



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
Mestrado em Direito

O FORMALISMO JURÍDICO, O NEOCONSTITUCIONALISMO E O
ANTIFORMALISMO DIALÓGICO - DECISÕES JUDICIAIS E POLÍTICAS
PÚBLICAS

JOÃO FERNANDO DE OLIVEIRA COELHO
RIO DE JANEIRO
2015

O FORMALISMO JURÍDICO, O NEOCONSTITUCIONALISMO E O
ANTIFORMALISMO DIALÓGICO - DECISÕES JUDICIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em direito.

JOÃO FERNANDO DE OLIVEIRA COELHO
RIO DE JANEIRO
2015

JOÃO FERNANDO DE OLIVEIRA COELHO

O FORMALISMO JURÍDICO, O NEOCONSTITUCIONALISMO E O
ANTIFORMALISMO DIALÓGICO - DECISÕES JUDICIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Esta dissertação do discente João Fernando de Oliveira Coelho foi julgada adequada para a obtenção do grau de Mestre em Direito e Políticas Públicas e aprovada em sua forma final pelo Curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO.

Rio de Janeiro, 17 de setembro de 2015

Professor Dr. Fernando Quintana
Professor orientador
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO.

Professor Dr. Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco – IESP-UERJ

Professor Dr. André Ricardo Cruz Fontes - UNIRIO

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não teria sido possível sem a acolhida generosa e a orientação abrangente e provocadora, filosoficamente sólida e questionadora, do Professor Fernando Daniel Quintana, que me levou a desenvolver o tema inicialmente traçado em contornos restritos. Grato, Professor, pelas aulas, pela leitura atenta, pelas problematizações e pelos longos diálogos e precisas observações que me permitiram elaborar minhas ideias e avançar em meu estudo do direito, iluminando-o a partir da Ética e da Teoria Política.

Igualmente, não conseguiria finalizar a pesquisa e o mestrado se não fosse pelo apoio afetuoso, amoroso, e – há que confessá-lo – profundamente paciente de Silvia, minha companheira, que esteve junto a mim nas longas jornadas de leitura e de escrita, e me ofereceu escuta em momentos angustiosos de minhas elaborações, permitindo assim a saída de muitas das “sinucas mentais” que os mestrandos enfrentam na construção de suas dissertações.

Ao Professor Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, que tenho em amizade desde a já longínqua graduação em direito, meu agradecimento pelo estímulo intelectual e profissional, e pelas lições tanto em sala de aula como nas lidas judiciais, em que foi para mim um exemplo de magistrado, sendo forte responsável pela consideração que nutro pela função judicial nas sociedades democráticas.

Aos membros da banca de qualificação, Professores Eduardo Domingues e Paulo Roberto Soares Mendonça, pelo estímulo ao desenvolvimento deste trabalho e pelos qualificados comentários e observações que, naquele momento, me levaram ao desdobramento e à melhor fundamentação da pesquisa.

Por fim, aos mestres que tive no PPGD-UNIRIO, a quem me refiro na pessoa do estimado Professor André Ricardo da Cruz Fontes, que trouxeram aportes fundamentais a meus estudos e souberam promover o pensamento, por meio de sua competente maiêutica, de seu interesse e da solidez de seus conhecimentos.

“Devemos igualmente recordar o que se disse antes e não buscar a precisão em todas as coisas por igual, mas, em cada classe de coisas, apenas a precisão que o assunto comportar e que for apropriada à investigação. Porque um carpinteiro e um geômetra investigam de diferentes modos o ângulo reto. O primeiro o faz na medida em que o ângulo reto é útil ao seu trabalho, enquanto o segundo indaga o que ou que espécie de coisa ele é; pois o geômetra é como que um espectador da verdade. Nós outros devemos proceder do mesmo modo em todos os outros assuntos (...)”
Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, 1095a1, 25-33

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo o estudo de dois paradigmas da teoria jurídica contemporânea, o positivismo e o neoconstitucionalismo, e da aplicação de postulados seus em decisões judiciais sobre políticas públicas, criticando, em ambos, a presença do formalismo jurídico, que leva seja à recusa do judiciário a intervir nos atos da administração pública, seja a uma intervenção que desconsidera as escolhas do administrador público e também seus argumentos no processo – de ambas as situações podendo decorrer resultados inadequados em vista do contexto social e da dimensão coletiva dos direitos sociais. Considerando como formalismo jurídico a preferência por normas, presente em ambos os paradigmas estudados – embora com distinções quanto à concepção das normas e à forma de sua interpretação –, a pesquisa contrapõe a essas abordagens a perspectiva antiformalista do direito exposta na obra de Chaim Perelman. Criticam-se as posturas formalistas, então, a partir da noção perelmaniana de *desarrazoado* e sustenta-se que caberia às decisões judiciais em políticas públicas, para se adequarem ao caso, ao contexto social e aos entendimentos correntes na matéria, articularem-se também em consideração aos argumentos trazidos ao processo, em vez de darem precedência absoluta às normas. Postula-se, por isso, uma abordagem dialógica para a decisão judicial, como meio de limitar o formalismo jurídico e, conseqüentemente, buscar evitar julgamentos desarrazoados em matéria de políticas públicas, em que os casos sejam resolvidos não apenas com base em fundamentos normativos, mas também nos melhores argumentos.

PALAVRAS-CHAVE: Formalismo jurídico. Decisão judicial. Direitos sociais. Políticas públicas. Direitos subjetivos. Antiformalismo dialógico. Razoabilidade. O desarrazoado.

LEGAL FORMALISM, NEW CONSTITUTIONALISM AND DIALOGICAL ANTIFORMALISM IN JUDICIAL RULING OF PUBLIC POLICIES

ABSTRACT

This research aims to examine two paradigms of legal theory, legal positivism and new constitutionalism, and the use of their postulations in judicial rulings regarding public policies. Criticism is made to the formalism of both approaches, which lead either to the refusal to intervene in government acts or to an intervention that does not consider the choices made or the arguments presented by officials, in any case producing results which are inadequate in relation to social context or to the collective dimension of social rights. Considering as formalism the preference for rules, which manifests itself in both paradigms, even if differently, the research opposes to it the antiformalist perspective presented in Chaim Perelman's work. Formalist standpoints are then criticized employing the perelmanian concept of the unreasonable and it is sustained that, to adequate themselves to the social context and to current assumptions on the matters decided, judicial rulings should consider also the arguments brought about in the suit, instead of giving absolute precedence to rules. A dialogical approach to judicial rulings is then put forward as a means of limiting legal formalism and, therefore, a way of avoiding unreasonable rulings, by solving cases not only based on rules, but also on the best arguments.

KEYWORDS

Legal formalism. Judicial ruling. Social rights. Public policies. Individual rights. Dialogical antiformalism. Reasonableness. Unreasonable.

SUMÁRIO

Introdução.	10
1. O formalismo jurídico.	20
1.1. Direito e moral.	24
1.2. O direito como estrutura normativa.....	28
1.3. Interpretação e aplicação do direito.....	36
2. O neoconstitucionalismo.	47
2.1. Norma jurídica – estrutura e interpretação.	55
2.2. O direito como ordem axiológica.....	60
2.3. Direitos sociais e tutela judicial.....	65
3. O antiformalismo dialógico.....	77
3.1. Racionalidade dialógica e argumentação.	79
3.2. A dimensão retórica do direito.	89
3.3. Fundamentação dialógica da decisão judicial.	97
4. Conclusão.....	104
Referências bibliográficas.	110

SIGLAS UTILIZADAS

ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADC	Ação declaratória de constitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AI AgR	Agravo regimental em agravo de instrumento
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung</i> – coletânea oficial das decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
MI	Mandado de injunção
MS	Mandado de segurança
RE	Recurso extraordinário
RE AgR	Agravo regimental em recurso extraordinário
REsp	Recurso especial
STA	Suspensão de tutela antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do estado de São Paulo

Introdução.

Rompendo uma longa tradição jurídica e institucional de separação entre direito e política, a intervenção jurisdicional nas políticas públicas se tornou um fato significativo na sociedade brasileira da atualidade. Desde a entrada em vigor da constituição de 1988, vêm se avolumando os exemplos de ações governamentais que são modificadas, condicionadas, determinadas ou mesmo interrompidas por decisões judiciais¹, de forma tal que se indica a consolidação, no presente, de um modo de atuação do poder judiciário e, por outro lado, uma injunção peculiar a que estão sujeitas as políticas públicas em nosso país².

A cena presente é a inversão do que se verificava no país há pouco mais de 25 anos, época em que, sob uma cultura jurídica predominantemente positivista, eram escassas as decisões judiciais que ousavam romper a barreira do então chamado “mérito administrativo”, a reserva de discricionariedade do administrador público na distribuição de recursos orçamentários e na formulação e implementação de políticas públicas. Atualmente, do ponto de vista da metodologia de aplicação do direito, é comum que essa intervenção se dê pela aplicação direta de dispositivos constitucionais relativos a direitos sociais, como os que asseguram o direito à saúde e à educação (arts. 6º, 196 e 205 da constituição), e que frequentemente interfira na formulação original das políticas públicas pelo Legislativo ou pelo Executivo – o que provoca críticas ao Judiciário, que cobram desse poder o respeito à seara da política e suas decisões, para o que lhe faltaria legitimidade.

Tal situação, contudo, se é fonte de controvérsia quanto à divisão dos poderes em sua forma clássica, não é vista como uma anomalia na nossa vida republicana, nem é algo apenas recentemente constatado, senão que um indicador da *expansão da ação* do Judiciário, que, segundo Gisele Cittadino (2004), é marca fundamental das democracias contemporâneas e constitui um reforço da lógica democrática – um processo que, segundo essa autora, traz consigo a ampliação também da participação social. Outros autores, localizando as raízes

¹ Veja-se o diagnóstico de contratos de obras em 2013, elaborado pelo TCU, que reporta que 3% dos projetos federais se enquadravam paralisados em razão de decisões judiciais. Disponível em http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/trabalhos_em_destaque/TRANSPORTE_Diagn%C3%B3stico%20de%20contratos%20paralisados%20de%20obr1.pdf

² Esta pesquisa se apoiará, no curso do texto, em exemplos de decisões que importaram em intervenção em políticas públicas, como o tratamento, pelo STF, do direito às creches públicas (RE 410715 AgR), da união estável homoafetiva (ADPF 132), e, por tribunais estaduais, de questões como o racionamento de água (Processo n.º 1015733-98.2014.8.26.0001, São Paulo) e a coleta de lixo urbano (Processo n.º 0375356-37.2011.8.19.0001, Rio de Janeiro).

desse processo no segundo pós-guerra europeu e na reconstitucionalização dos países ibéricos na década de 1970, a ele se referem como *judicialização da política*^{3,4}.

À invasão do Direito pela política, com a passagem do Estado de Direito ao *Welfare State*, segue-se, com o constitucionalismo moderno, a invasão da política pelo Direito, ampliando-se a esfera da legalidade: o Judiciário, por meio do controle da constitucionalidade das leis, especialmente no que se refere à declaração dos direitos fundamentais, passa a fazer parte, ao lado do Legislativo, da sua formulação. De outra parte, a jurisdição passa a afetar os interesses de indivíduos e os conflitos de caráter coletivo diretamente envolvidos com a dimensão da política, território naturalmente estranho à ‘certeza do Direito’, com o que o tempo da política passa a fazer parte do Direito. (Vianna, 1996: 268, 269)

Na teoria clássica da divisão de poderes, a criação do direito cabe apenas ao Legislativo. O Judiciário é dotado de um poder “nulo”, limitado a dizer o direito a partir da lei. O princípio da legalidade e a adoção da subsunção como técnica de aplicação judicial do direito levam à neutralização política do juiz. O Judiciário, então, atua como protetor dos direitos subjetivos individuais e da liberdade negativa – delineada, segundo Berlin (1981), como a possibilidade de o indivíduo (ou grupo) agir sem sofrer interferências de outros ou do estado⁵. A jurisdição se limita a questões de justiça comutativa – aquelas em que, no dizer de Aristóteles (2007), “se supre um princípio corretivo nas transações privadas”, isto é, entre cidadãos, e não entre estes e o estado. Para Santos *et alii* (2009), o Judiciário de feição liberal também se caracteriza pela atuação retrospectiva e reativa, em litígios individualizados, e pelo prestígio ao valor da segurança jurídica.

³ Segundo Hirschl (2006), trata-se de uma tendência mundial persistente de transferência de poder das instituições representativas para o judiciário – e de prevalência da instituição da supremacia constitucional –, pela qual se verifica o recurso cada vez mais acentuado aos tribunais e meios judiciais para a abordagem a I) questões morais relevantes para a comunidade, II) políticas públicas e III) controvérsias políticas.

⁴ É importante que se consigne a distinção posta por Barroso (2014) entre a judicialização da política, como uma decorrência de um modelo constitucional, e o ativismo judicial, visto como um modo específico e proativo de interpretar a Constituição que se manifesta pela sua aplicação direta a situações não expressamente contempladas no texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, e, ainda, pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

⁵ A liberdade negativa é política, liberdade do homem em sociedade, e pressupõe limitações trazidas pela lei – a delimitação de uma “área mínima” da vida privada livre de controle social (de conteúdo variável, por vezes identificada com a liberdade religiosa, de opinião e expressão, além da propriedade). É uma ideia moderna e liberal, que se forma na filosofia política a partir do século XVIII, ligada às noções de estado mínimo e não-interferência, que o autor designa como “liberdade de”, em contraste com a “liberdade para”, que seria a liberdade positiva (Berlin, 1981: 133-142).

Nesse quadro, o positivismo jurídico, em oposição ao jusnaturalismo, se torna a “filosofia dos juristas”, no sentido que Bobbio (1995) dá a essa expressão, de explicitar as concepções adotadas pela generalidade dos operadores jurídicos, no tocante à ideologia, à teoria (origem legislativa, imperatividade e coatividade do direito) ou à metodologia do direito (o método científico cartesiano, axiomático-dedutivo). Ao valor justiça, centro das preocupações jusnaturalistas, porém tido como subjetivo e externo ao jurídico, passa a sobrepor-se o valor segurança jurídica, num contexto em que as transações jurídicas se dão majoritariamente entre indivíduos, ao passo que o estado tem papel interventivo muito limitado (segurança, manutenção das liberdades negativas). Trata-se de um paradigma formalista, que, privilegiando a criação legislativa do direito, busca que as decisões judiciais sejam como que extrações logicamente consistentes da lei, e exclui do campo do direito considerações sobre a justiça e outros valores. A concepção positivista de direito se alinha com o padrão individualista do estado liberal, reforçando a noção de direito subjetivo como direito individual.

Com a reconstitucionalização europeia, a partir do segundo pós-guerra, e a consolidação do Estado Social, amplia-se o campo de atuação do Executivo e do Judiciário, em detrimento do Legislativo, e “a consagração constitucional dos direitos sociais e econômicos (...) significa (...) a juridificação da justiça distributiva” (Santos *et alii*, 2009). Nesse novo quadro, em que se consolidam direitos fundamentais que transcendem o plano meramente individual das liberdades negativas e dos direitos subjetivos, a legislação assume um *sentido promocional prospectivo*, colocando exigências de implementação, e a posição do juiz se altera, ele se desneutraliza e se compromete com os direitos fundamentais. A mudança de papel do estado também coincide, em grande medida, com o florescimento, na academia, da área de políticas públicas, partindo exatamente da atuação estatal ampliada:

(...) na Europa, a área de política pública vai surgir como um desdobramento dos trabalhos baseados em teorias explicativas sobre o papel do Estado e de uma das mais importantes instituições do Estado - o governo -, produtor, por excelência, de políticas públicas. (Souza, 2006: 22)

A breve contextualização sociopolítica tem o intuito de sinalizar a transição de paradigmas jurídicos, do positivismo ao novo constitucionalismo, na mesma quadra em que,

superada a excepcionalidade totalitária, se dá a consolidação do Estado Social na Europa, de forma articulada a constituições centradas em direitos fundamentais e com crescente participação do Judiciário na vida social. De forma tardia, ao fim do período autoritário, no Brasil a reconstitucionalização se processa instaurando um estado comprometido em intervir para promover direitos, no qual a função judicial também ganhou importância – em algum grau seguindo, a partir das experiências espanhola e portuguesa, a dinâmica que desde o pós-guerra se desenvolvia na Alemanha e na Itália. E também aqui o pensamento jurídico mudou.

Entretanto, não é objeto deste estudo a análise das transformações das relações entre estado e sociedade civil, nem se pretende, aqui, fazer um exame das teorias de sociologia política que se propõem a tal análise. A presente pesquisa, tomando a intervenção judicial em políticas públicas como uma realidade brasileira contemporânea, parte da premissa de que a metodologia jurídica empregada pelos juízes e tribunais tem um papel importante na configuração de suas decisões e que a mudança de paradigmas jurídicos observada desde meados do século XX, do positivismo ao novo constitucionalismo, foi decisiva no sentido de dar suporte à ampliação da ação do judiciário no que toca a questões dessa ordem.

Segundo Cittadino (2004), em países que se integram à tradição do *civil law* – como o Brasil – a expansão da ação judicial passa a se dar com base numa metodologia jurídica que supõe a aplicação direta de dispositivos constitucionais que têm estrutura de princípios, aberta, favorecendo a criação de um “direito judicial” e, em consequência, aprofundando a problematização da separação de poderes e da neutralidade política do Judiciário. Os juízes não mais atuam simplesmente aplicando a lei, como na configuração liberal e positivista, mas buscando a *promoção* de direitos, com base numa constituição que é um “consenso, ainda que formal, em torno de princípios jurídicos universais” (Cittadino, 2004: 110). Trata-se de uma mudança profunda de orientação, já que a tradição brasileira é de matriz continental europeia – portanto marcada pelo positivismo. Com a crítica a esse paradigma – contemporânea da ascensão de ordens jurídicas mais voltadas à proteção dos direitos sociais – a doutrina nacional inclina-se decididamente pela possibilidade de o Judiciário intervir em política públicas.

Através de exemplos colhidos na jurisprudência pertinente, pois, investigam-se as diferentes metodologias de aplicação judicial do direito que decorrem dos mencionados

paradigmas teóricos destacados, com especial atenção ao seu grau de formalismo – em conexão com o que se apura a ocorrência de decisões *desarrazoadas*, isto é, de consequências inaceitáveis, por serem “íniquas, ridículas ou opostas ao bom funcionamento do estado” (Perelman, 1996a: 432). Acerca da noção de formalismo, toma-se a postulação de Schauer (2011) de que este seja a preferência por normas como orientação para a ação e a decisão, caracterizando um elemento que está presente na abordagem positivista, de modo explícito, mas também na linha de pensamento neoconstitucionalista – a qual, no entanto, assume a constituição como referência normativa e vê na decisão judicial a função de concretizar a norma aplicável a cada caso (Barcellos, 2011). Postula-se, em seguida, com base na contribuição do jusfilósofo belga, a possibilidade de desenvolvimento de uma abordagem antiformalista dialógica do direito, pela qual se buscaria mitigar o risco de decisões desarrazoadas.

No primeiro capítulo, procura-se compreender o método de aplicação do direito que decorre do positivismo jurídico e seu peculiar formalismo. Para isso, traçam-se os lineamentos desse paradigma a partir da teoria pura do direito, de Hans Kelsen, projeto de uma ciência jurídica que pudesse identificar e singularizar o seu objeto, o direito positivo, e cujos postulados teriam consistência lógica, permitindo uma concepção coerente e universalizável da ordem jurídica, a partir da qual se poderiam analisar e compreender quaisquer ordens jurídicas particulares, bem como se poderiam prever consequências propriamente jurídicas das configurações normativas. Aborda-se o axioma da distinção entre direito e moral, que serve para estabelecer a diferença do modo de fundamentação típico do direito, que é dinâmico, partindo da norma fundamental pressuposta e passando pelas normas gerais, seguindo o processo de concretização até as normas individuais.

A seguir, examina-se a concepção do direito como estrutura normativa escalonada, a qual, apresentando as normas como esquemas objetivos de interpretação da conduta humana, supõe a subsunção como técnica de adequar os fatos às previsões normativas e, a partir daí, derivar normas de escalão inferior. Ainda, estuda-se a interpretação e aplicação do direito concebido como ordem positiva, posta basicamente por atos do legislador, e o espaço da discricionariedade judicial. Nesse particular, critica-se o formalismo exacerbado e a falta de tratamento teórico dos juízos de valor envolvidos na criação de normas jurídicas individuais, bem assim a consideração dos direitos subjetivos como sendo eminentemente individuais. Ao termo, apontam-se alguns exemplos de julgamentos nos quais

a metodologia de aplicação do direito é formalista e positivista e que se mostram desarrazoados – seja por negar efeitos a cláusulas de direitos fundamentais, seja por contrapor direitos subjetivos individuais a direitos fundamentais sociais, que têm índole coletiva.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo do que veio a se constituir num movimento do constitucionalismo contemporâneo brasileiro – o neoconstitucionalismo –, que, formulando críticas ao positivismo jurídico, acolheu diversas manifestações teóricas, a partir dos postulados da força normativa da constituição, de Konrad Hesse, e da prevalência dos direitos fundamentais, que foi desenvolvido a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, mas que se apoia, principalmente, na elaboração de Robert Alexy sobre tais direitos. Examinam-se também as formulações de Ronald Dworkin sobre a estrutura das normas jurídicas, com a sua distinção em regras, políticas e princípios, e, com base em Alexy, a sua consideração como “mandamentos de otimização”. A partir dessa análise, aponta-se a importante distinção entre técnicas de interpretação de normas, a subsunção e a ponderação, a primeira sendo característica da aplicação de regras – num modo “tudo-ou-nada” – e a segunda, uma construção mais recente, aplicando-se a normas-princípio, que indicam diretrizes, mas não são suficientemente específicas, e que podem conviver umas com as outras, sendo aplicadas em maior ou menor peso.

Aborda-se, igualmente, a concepção do direito como uma ordem axiológica, desenvolvida principalmente a partir da vivência da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, em conjugação com o postulado da prevalência dos direitos fundamentais, e importa em que a corte termina por construir o direito, fixando certos valores para a sociedade. Nesse sentido, mencionam-se a doutrina da efetividade da constituição, postulada por Luís Roberto Barroso e Ingo Sarlet, além da noção de mínimo existencial – a ser assegurado pelo estado – como desdobramentos daquela concepção. Quanto à intervenção judicial em políticas públicas, postula-se que o seu incremento desde a reconstitucionalização tem correlação com as mudanças na metodologia de aplicação judicial do direito, por sua vez ligada às evoluções da doutrina e da teoria jurídica abarcadas no neoconstitucionalismo.

Em sentido de crítica, contudo, aponta-se, a partir de elaborações de Habermas, a controvérsia quanto à divisão dos poderes que surge com a atuação do Judiciário na fixação de conteúdos e valores para regra a vida social, a par da possibilidade de o Tribunal

Constitucional se tornar numa instância autoritária ao fazê-lo (ou no superego da sociedade, no dizer de Maus), o que decorreria de uma equivocada equiparação, na visão desse autor, de princípios (visão deontológica) e valores (visão teleológica).

Suscita-se, por fim, também a partir de exemplos da jurisprudência, que embora fundada em direitos fundamentais, que constam de normas principiológicas, a intervenção jurisdicional na perspectiva neoconstitucionalista preserva um elemento formalista, já que reconhece normatividade à jurisprudência da corte constitucional, aplicada muitas vezes sem consideração às possibilidades econômicas do estado ou às peculiaridades do caso e sobrepondo-se a quaisquer outros elementos, normativos e não-normativos, além de adotar frequentemente o viés da eficácia máxima dos direitos fundamentais. Investiga-se na intervenção do Judiciário, também, a persistência do emprego da noção de direito subjetivo como passível de titularidade individual, excludente, sem abranger a dimensão coletiva ínsita na categoria dos direitos sociais constitucionais, do que podem resultar julgamentos desarrazoados.

No terceiro e último capítulo, analisa-se a contribuição de Chaïm Perelman à teoria jurídica, fundada numa “racionalidade dialógica” (Pessanha, 1989), sustentando a possibilidade de uma intervenção jurídica lastreada não só em fundamentos normativos, mas nos *melhores argumentos*, a demandar do julgador uma implicação mais profunda no caso individual, e, como participante de um processo dialógico, a interação com as falas das partes na construção da solução. Desse autor, traz-se também a noção de *desarrazoado* como a qualidade de raciocínios jurídicos que, embora atendo-se aos postulados sistemáticos cabíveis, dão azo a “consequências inaceitáveis, porque iníquas, ridículas ou opostas ao bom funcionamento do estado” (Perelman, 1996a: 432). O desarrazoado, tentaremos mostrar, figura na contribuição perelmaniana como um limite ao formalismo e também como uma fronteira do direito – que não pode ser definido apenas como um sistema de normas, sejam elas inscritas em leis ordinárias, numa constituição ou em precedentes da jurisprudência constitucional.

Expõe-se, outrossim, em breves páginas, a teoria da argumentação de Perelman, ou Nova Retórica, concebida como uma crítica à racionalidade de fundo cartesiano (baseada em verdades evidentes e no raciocínio *more geometrico*) e à formalização excessiva do raciocínio lógico, que deixou à margem, na modernidade, a atividade raciocinativa pela qual

se efetuam juízos de valor. Apresenta-se como essa contribuição teórica foi elaborada a partir da leitura da *Retórica* e da *Tópica* aristotélicas, voltando-se para um raciocínio a partir de opiniões, ou enunciados apenas prováveis, não redutível à lógica formal – e não enunciados com valor de verdade. Expõe-se que, nessa visão, é pela argumentação persuasiva que se consolidam preferências e dialogicamente se constroem juízos de valor, ensejando escolhas e decisões que não se fundam na verdade das conclusões, mas na adesão dos envolvidos. Expõe-se a adoção, pela teoria da argumentação, dos debates judiciais como modelo de racionalidade, a sustentar a crítica de Perelman à pretensão positivista de formalização da aplicação do direito e mesmo à concepção kelseniana do direito como sendo composto apenas de normas positivas. Segundo o filósofo belga, a categoria do *razoável* é mais importante do que a do *racional* para o direito, aquela frequentemente representada pelos princípios do direito – nesse ponto se podendo colher a sua crítica ao fundamento transcendental de Kelsen para o direito, a *Gründnorm*, em lugar da historicidade dos princípios.

Busca-se indicar, ainda, com Berman (2006), que o direito, como processo de atribuir direitos e deveres e resolver conflitos, organiza-se não a partir de um sistema, mas de problemas que se apresentam para decisão em contextos dialógicos, sendo uma disciplina prática intimamente vinculada à tópica e à retórica. Aborda-se a contraposição entre o pensamento sistemático em direito, predominante na tradição jurídica ocidental, e o pensamento tópico, representado pela contribuição de Viehweg (2008), bem assim o desprestígio da retórica na modernidade. Aponta-se que as provas demonstrativas, características do raciocínio sistemático, dirigem-se à ciência, enquanto a argumentação visa a prudência, associada na Ética aristotélica à sabedoria prática, e que a tópica é uma “alternativa preciosa” ao formalismo excessivo em direito, permitindo decisões em casos nos quais as normas não se mostrem suficientes – o que frequentemente ocorre, na visão perelmaniana.

Destaca-se ainda o foco de Perelman nas decisões judiciais como lugar privilegiado de argumentação, e sua correlação com o conteúdo do processo como fator de sua razoabilidade, sua constituição dialógica, além da participação dos interessados e da explicitação dos motivos (o raciocínio jurídico) – num quadro em que o juiz já não é um intérprete mecânico da lei, mas inscreve-se num processo de produção do direito que é também uma dinâmica argumentativa. Na visão do filósofo belga, “o direito é, simultaneamente, ato de autoridade e obra de razão e persuasão” (1996a: 570), em que a

construção da decisão se dá pelo embate das teses e pela incorporação eventual de elementos não sistemáticos, peculiares à causa.

Por fim, apresenta-se o caso do julgamento da ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal, em que se discutiu a juridicidade da união estável de casais homoafetivos, como exemplo de decisão *razoável*, pois construída mediante amplo debate e com a participação de *amicus curiae* representativos de movimentos sociais, bem assim com a incorporação de razões não-sistemáticas, mas, fundamentalmente, pela expressa remissão do voto do Relator aos argumentos trazidos ao processo. Toma-se essa peça jurisdicional como exemplo de mitigação do formalismo processual, em que, sem deixar a matéria ao legislador, e mais do que através de fundamentos sistemáticos autônomos e cogentes, o Tribunal procurou regular a matéria de forma socialmente aceitável, aproximando-se do que se nomeou aqui como antiformalismo dialógico, a partir da contribuição de Perelman.

Em conclusão, suscita-se que o formalismo jurídico da intervenção jurisdicional em políticas públicas pode ser responsável em grande parte por julgamentos desarrazoados, seja ao recusar a interferência em nome da separação de poderes ou da falta de regulamentação da constituição pela lei, pelo viés positivista, seja ao deferi-la em medida que desconsidera a esfera de atuação do formulador de políticas públicas e a dimensão coletiva dos direitos sociais, adotando uma orientação neoconstitucionalista. Indaga-se, assim, se, de certa forma, o juiz formalista, qualquer que fosse sua filiação teórica, não estaria se comportando como o geômetra de Aristóteles ao decidir casos de políticas públicas, e não como marceneiro, já que pretende sobrepor a uma situação fática particular um molde que talvez não sirva com adequação, deixando espaços não preenchidos ao mesmo tempo em que pode forçar os limites do caso para imposição de uma solução pré-fabricada.

No espectro formalista tradicional, positivista, de decisões tais como as que são analisadas nesta pesquisa, a reticência em reconhecer a aplicabilidade direta de disposições da constituição pode retirar qualquer conteúdo prático a um direito que foi considerado fundamental. Já quanto às decisões de que enfatizam preceitos de efetividade da constituição, especula-se que, na medida em que os direitos sociais sejam tratados como imponderáveis, as justificações judiciais deixam de dar ênfase à ligação entre a norma e o caso. Paradoxalmente, tanto numa como na outra abordagem reforça-se um enclausuramento metodológico com relação a postulados sistemáticos – no cânon positivista, como uma vinculação estrita a

normas e, no paradigma do novo constitucionalismo, pela aplicação da jurisprudência sem ponderação das circunstâncias e argumentos do caso, bem como pela diretriz de se dar máxima eficácia aos direitos (fundamentais) sociais e, assim, desconsiderar a dimensão coletiva destes, tratando-os como direitos subjetivos individuais.

1. O formalismo jurídico.

Hans Kelsen desenvolveu a teoria pura do direito com o propósito de conferir estatuto científico ao conhecimento jurídico. Na tradição do positivismo jurídico⁶, sua iniciativa teve o objetivo de expurgar do direito a metafísica – da qual eram abertamente tributárias as visões jusnaturalistas –, livra-lo de considerações feitas a partir de outros saberes e descrevê-lo a partir de sua especificidade: o conjunto das normas validamente postas. O autor vienense, igualmente, excluiu do campo de análise a abordagem da moral e dos valores – ainda que admitisse sua incidência no direito – e dos atos de vontade, elementos que, na esteira do positivismo, não considerava passíveis de tratamento racional. Ainda, pretendeu dissociar o direito da política e identificar o estado ao ordenamento jurídico.

Bobbio (1995), situa a origem da concepção positivista na formação do estado moderno, que substituiu a ordem medieval pluralista – na qual o direito frequentemente era posto pela sociedade, pelo costume – e se impõe como “forma monista”, monopolizando a produção jurídica. Essa transição, que passou pela separação entre religião e estado, levou a uma mudança no modo de conceber as categorias do próprio direito, que deixa de ser estatal e não estatal (natural e positivo) e passa a ser exclusivamente estatal (apenas o direito posto) – no que aquele autor chama de “dogma da onipotência do legislador”. No Estado Liberal, laico, consolidam-se a separação dos poderes, a representação, a disciplina da vida social por meio de normas gerais e abstratas e a instituição da neutralidade judicial. Nesse contexto, o positivismo se hegemoniza.

À época da formação de Kelsen, o positivismo jurídico na Alemanha, inaugurado pela escola histórica, de Savigny e seguido do pandectismo de Windscheid, desenvolvera-se na chamada jurisprudência dos conceitos, de Puchta, numa linha contínua que propugnava a sistematicidade mas também a origem social do direito.

No prólogo à primeira edição de sua Teoria Geral do estado, de 1925, o autor prestava tributo às influências positivistas da tradição germânica:

⁶ Na celebrada análise de Bobbio (1995), o positivismo busca constituir uma ontologia, uma epistemologia e uma axiologia do direito, ou seja, responder às indagações quanto ao que é o direito, quais são as condições do seu conhecimento e quais os valores que lhe são peculiares.

Vejo agora, com maior clareza, até que ponto meu esforço se ampara no de meus predecessores: sinto-me mais unido que nunca àquela orientação científica que na Alemanha teve como seus representantes mais ilustres Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband e Georg Jellinek. Essa orientação, distanciando-se da nebulosa metafísica do Estado, pretendia ser uma teoria do estado positivo, isto é, uma teoria do estado estritamente jurídica, sem qualquer matiz político; esta teoria era uma parte do grande movimento científico-social que – em paralelo a uma evolução análoga no domínio das ciências naturais – se opunha à especulação jusnaturalista do século XVIII e aspirava, apoiada na Escola Histórica do primeiro terço do século XIX, elaborar uma teoria da sociedade real – a sociologia do Direito positivo. Seu método estava imbuído, de forma mais ou menos consciente e conseqüente, da crítica kantiana da razão: o dualismo ser/dever-ser; a substituição de abstrações e postulados metafísicos por categorias transcendentais como condições da experiência; a transformação de antíteses absolutas em relativas, quantitativas e intra-sistemáticas...Quando reconheço o ordenamento jurídico como um conjunto de normas...quando suprimo as distinções entre Direito público e privado, subjetivo e objetivo, norma jurídica e sujeito de Direito...não faço mais do que desenvolver um germe que em toda parte se encontrava em estado de latência. (Kelsen, 1925, *apud* Calsamiglia, 1997, tradução livre)

Eram profundas suas críticas, no entanto, ao que entendia como falta de rigor e de objetividade das elaborações de seus predecessores, particularmente a respeito do dualismo metodológico (que denominava sincretismo) e à carência de uma abordagem do direito que fosse autônoma, sistemática (coerente) e unitária. As postulações do positivismo clássico apontavam o fundamento do direito não apenas nas normas, mas também na vontade, abrindo-se a interpretações psicológicas e sociológicas que, a seu ver, excediam a função que a norma jurídica tinha – servir como esquema de interpretação da conduta humana – e apenas induziam confusão.

De tais juízos resultou a proposta de um monismo metodológico, pelo qual se abordaria um único objeto, o direito positivo, excluindo toda consideração de ordem valorativa (moral ou ética) ou que fosse oriunda de outros campos do saber⁷. Concebia-se, assim, um modelo lógico-estrutural do ordenamento jurídico, a partir do qual se poderia responder, de modo passível de controle formal, às questões atinentes à especificidade do direito e ao seu fundamento e funcionamento efetivos. A descrição desse ordenamento jurídico, em sua especificidade de sistema unitário, completo e coerente, se daria pelos

⁷ Kelsen ressalva a centralidade de um único valor para o direito: a segurança jurídica.

postulados da ciência do direito, os quais, sendo dotados de valor de verdade (falseabilidade), se extrairiam pelo método científico (axiomático-dedutivo), como axiomas⁸.

A teoria pura do direito se propõe a explicar o fenômeno jurídico-normativo seguindo o molde das ciências naturais, isto é, descritivamente, de forma controlada e dotada de previsibilidade teórica. É tributária do positivismo comtiano, no sentido de que pretende reduzir o conhecimento racional à verificação de determinados fatos – as normas e o ordenamento jurídico. Diferentemente das ciências naturais, contudo, essa teoria não tem como objeto o ser, os fatos sociais, mas o dever ser, que é instituído nas normas e no ordenamento; não se funda no princípio da causalidade, mas no análogo princípio da imputação – uma inovação do mestre vienense. Nela, a expressão “pura” adquire um sentido metodológico, indicando o intento de uma abordagem específica da juridicidade.

A teoria pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. (...) Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como ele deve ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. (...) Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. (Kelsen, 2012: 1)

É significativo, outrossim, que Kelsen tenha escolhido para sua teoria o mesmo qualificativo que Kant deu à razão em sua *Crítica*. Se o filósofo de Königsberg pretendia, com esse adjetivo, apontar para a razão que independe da experiência, do dado empírico, que é apriorística, pode se ver no emprego do termo na obra do vienense o intuito paralelo de criar uma teoria que fosse apta para descrever o direito como estrutura normativa posta pelo estado, porém independentemente do conteúdo e dos traços de uma ordem jurídica dada, histórica, de valores efetivamente adotados por um legislador qualquer, isto é, sem recurso à experiência nem vínculo com um determinado padrão moral.

⁸ Deve-se ressaltar que Kelsen não pretendeu aplicar a lógica formal às normas e ao ordenamento jurídico, pois considerava que, não se confundindo com os postulados da ciência do direito, estes não se compõem de enunciados com valor de verdade, mas de atos de vontade que contém prescrições (dever ser).

As formulações da teoria pura se desenvolvem a partir da separação positivista entre ser e dever ser – também presente na dicotomia kantiana *Sein/Sollen* – e voltam-se a criar uma ciência puramente descritiva, com postulados que, por serem descritivos, são dotados de falseabilidade e, por conseguinte, sujeitam-se à lógica formal. Afiliando-se ao positivismo comtiano, a elaboração kelseniana rejeita não só a metafísica, mas a dita falácia naturalista e a vinculação ou fundamentação do direito a partir de uma determinada ordem de valores, assim tentando desenvolver a ciência jurídica como único modo racional de conhecimento do direito.

A teoria pura do direito é, pois, uma expressão do positivismo jurídico, ainda hoje a mais influente e a que mais de imediato identifica essa escola do pensamento. É também a mais clara manifestação do normativismo, por considerar que o direito decorre das normas postas, e do formalismo, pois tem como conceito central a noção de ordenamento jurídico como sistema – unitário, completo e coerente – a partir do qual poderiam ser deduzidas normas que disciplinassem todas as situações sociais.

O formalismo kelseniano, por outro lado, se liga ao universalismo que caracterizava certa visão de mundo na Europa da virada do século XIX para o século XX, em que Viena simbolizava um contraponto a visões nacionalistas e fragmentárias que então se afirmavam, mas, mais do que representar uma limitação da liberdade, era parte de um sistema de interpretação da realidade jurídica que buscava ser independente das ideologias concretas que eventualmente animassem o poder e era instrumental para o objetivo de dar dignidade científica ao estudo do direito (Camargo, 2003).

A noção de formalismo, aponta Kennedy (2011), é importante no estudo do direito desde longa data, e adota diferentes sentidos. Como categoria descritiva, denota uma preferência habitual por normas, em lugar de juízos morais, e o uso da interpretação jurídica baseada em princípios (ou precedentes) para resolver incertezas e preencher lacunas normativas. Como categoria crítica, o formalismo vem se opor às teorias jurídicas fundadas na vontade (e combatidas expressamente) e, como categoria sociológica, aponta para o direito como sistema – noção identificada à de ordenamento jurídico, ao qual Kelsen atribuía as características de coerência e completude. Por qualquer desses enfoques, constata-se que a teoria pura do direito exhibe uma concepção formalista do ordenamento jurídico. Também o

processo de concretização que propôs denota formalismo, pois indica os pressupostos de validade dos atos jurídicos (inclusive os atos de criação do direito).

1.1. Direito e moral.

O mestre vienense, em suma, nega qualquer direito que não o que decorre de normas postas pelo estado e defende a possibilidade da construção de um conhecimento estritamente científico sobre o direito (Coelho, 2001). A partir do seu “monismo metodológico”, procede a uma distinção entre direito e moral e nega que qualquer manifestação valorativa ou moral possa ser parte do direito. Em sua perspectiva, a função da ciência jurídica é estudar um objeto singular, o direito positivo, e não avaliar a justiça de uma ordem jurídica qualquer a partir de uma dada pauta de valores ou de um padrão moral, muito menos legitimá-la. A separação entre as ordens normativas do direito e da moral, por outro lado, era coerente com a ideologia liberal e universalista da Viena do início do século XX, que postulava o relativismo moral – Kelsen nega a existência de uma moral universal e assume a tarefa de situar o direito num plano distinto.

Uma teoria dos valores relativista não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça. Significa, sim, que não há valores absolutos, mas apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta, mas apenas uma justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos. (Kelsen, 2012: 76)

O direito, nessa perspectiva, é um sistema normativo composto de enunciados postos pelo estado, que atribuem um sentido objetivo a condutas humanas, integrando-se num ordenamento unitário, completo e coerente, cujos comandos, se descumpridos, autorizam a imposição de uma sanção imanente, externa (heterônoma), socialmente organizada e institucionalizada – isto é, imposta pelo estado, que tem o monopólio do uso legítimo da força. Em sentido prático, o direito é uma técnica específica de organização social, coercitiva, que existe como meio para direção das condutas dos indivíduos e coletivos, atuando por meio de motivação indireta, pela prescrição de deveres e sanções organizadas socialmente. A

descrição do direito pela ciência jurídica se dá por meio de proposições hipotéticas, os postulados jurídicos, sendo clara a distinção que o autor faz entre essa atividade e a prescrição – atributo característico das normas.

Por outro lado, a moral é também um sistema normativo, que no entanto se distingue do direito pela sua origem (não estatal), por sua estrutura e conteúdo, pela especificidade das sanções que prevê (que são internas e não necessariamente sociais) e, sobretudo, pelo modo de fundamentação das suas normas. Na moral, as normas inferiores podem ser deduzidas diretamente das normas superiores, mais fundamentais, por uma operação lógica, uma conclusão do geral para o particular, num encadeamento que remete a uma norma fundamental, a qual é origem da *validade* e também do *conteúdo* das demais.

Da norma segundo a qual devemos amar nosso próximo, podemos deduzir as normas: não devemos fazer mal ao próximo, não devemos, especialmente, causar-lhe a morte, não devemos prejudica-lo moral ou fisicamente, devemos ajuda-lo quando precise de ajuda. Talvez se pense que a norma da veracidade e a norma do amor ao próximo se podem reconduzir a uma norma ainda mais geral e mais alta, porventura a norma: estar em harmonia com o universo. Sobre ela poderia então fundar-se uma ordem moral compreensiva. (Kelsen, 2012: 218)

No direito, ao contrário, as normas inferiores extraem das normas superiores (e da norma fundamental) apenas o seu fundamento de validade – o que está ligado à distinção kelseniana entre ordenamentos de tipo estático e dinâmico. Nessa linha, se, num sistema estático, a norma fundamental é determinante não só da validade mas também do conteúdo das demais normas, o próprio conteúdo dessa norma haveria de ser *imediatamente evidente* a todos, isto é, perceptível por qualquer participante racional da comunidade. Em última análise, esse conteúdo deveria ser dado pela própria razão. Entretanto, a concepção de uma tal norma fundamental pressupõe um conceito que Kelsen repudia e em razão do qual criticou a obra kantiana, que é o de uma razão prática, legisladora, que o autor aponta ser insustentável, pois “*a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento de normas é um ato de vontade*” (2012: 218).

Distanciando-se radicalmente dos jusnaturalismos, o autor repudia que os ordenamentos jurídicos possam se constituir dessa forma. Nos ordenamentos de tipo dinâmico como o direito, a norma fundamental é apenas o fundamento de *validade* das demais normas –

não do seu conteúdo. A vinculação do conteúdo das normas inferiores ao das normas superiores é apenas parcial e não prescinde do ato legislativo intermediário, editado com respeito à competência própria. A norma fundamental – pressuposta – não tem por conteúdo outra coisa que não a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a um legislador (competência), ou seja: essa norma determina como devem ser criadas as demais normas do ordenamento, gerais e particulares.

Produz-se no direito, dessa forma, uma derivação normativa dinâmica: as normas jurídicas não podem ser deduzidas, em conteúdo, das normas que as antecedem por uma operação lógica; apenas a sua validade é extraída destas. A partir da norma fundamental do sistema, o que se extrai é um critério de aferição da validade das demais normas, que devem ser produzidas por agentes a quem é atribuído esse poder.

Segundo Sgarbi (2009), o caráter dinâmico dos ordenamentos jurídicos reside em que nestes a derivação normativa necessariamente se verifica mediante “sucessivas autorizações” a diferentes agentes para produção das normas (distribuição de competências). Por isso, diferentemente dos sistemas morais, os ordenamentos jurídicos não se compõem só de normas de conduta, mas também de normas atributivas de poderes jurídico-normativos.

No direito os deveres jurídicos e as sanções correspondentes são ligados por meio de uma relação não natural, análoga à de causalidade: a relação de imputação. Essa relação está para a causalidade assim como o dever-ser está para o ser, e, se na causalidade o vínculo entre condição e consequência é independente da vontade humana, na imputação existe a intervenção de uma vontade – contida numa norma.

Tal-qualmente uma lei natural, também uma proposição jurídica liga entre si dois elementos. Porém, a ligação que se exprime na proposição jurídica tem um significado completamente diferente daquela que a lei natural descreve, ou seja, o da causalidade. Sem dúvida alguma que o crime não é ligado à pena, o delito civil à execução forçada, a doença contagiosa ao internamento do doente como uma causa é ligada ao seu efeito. Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja. O ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica – através de um ato de vontade, portanto -, enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie. (Kelsen, 2012: 86-87)

O princípio da imputação funciona, assim, como critério metodológico (Calsamiglia, 1997), articulando os deveres dos cidadãos e as sanções pelo seu descumprimento, a partir das normas postas. Dessa forma, estabelece-se uma explicação da regulação jurídica da vida social que não depende do conteúdo específico de um determinado ordenamento jurídico, nem de considerações oriundas de qualquer outro campo de saber, isto é, uma teoria pura que distingue direito e moral.

Pela imputação se atribui a uma determinada conduta um sentido objetivo, por meio de um nexos normativo, e não causal. Na concepção de Kelsen, a imputação é, ao modo de um juízo sintético *a priori*, o meio pelo qual, a partir da norma, se torna possível conhecer o sentido de uma ação humana para além do plano meramente subjetivo e, assim, atribuir-lhe consequências não causais, mas que sejam aquelas imputadas pelas normas do ordenamento.

Assim, na contribuição kelseniana, a ciência do direito tem um método singular e um objeto próprio – o direito positivo – e consiste num conjunto de postulados jurídicos dotado de sistematicidade, coerência e previsibilidade teórica. O direito não se confunde nem se superpõe à moral, nem a ciência do direito se identifica a um conhecimento sobre uma moral, mas, como afirma Coelho (1997: 68), constitui um saber que é “o ápice da trajetória típica da modernidade, no sentido da tentativa de alicerçar na ciência o conhecimento da organização da sociedade estabelecida através de normas”.

1.2. O direito como estrutura normativa.

Na teoria pura do direito, a norma jurídica é um esquema de interpretação objetivo da ação humana e o conjunto das normas se integra num ordenamento jurídico que se organiza de forma escalonada e se apoia numa norma que é fundamental em sentido lógico-jurídico (*Gründnorm*) e pressuposta, um fundamento transcendental ao direito posto⁹. A apreciação quanto a se um fato é relevante juridicamente (lícito ou ilícito) resulta de uma interpretação específica, normativa, feita em vista do ordenamento jurídico, por meio de um raciocínio especificamente jurídico, ancorado na noção de imputação. O ordenamento jurídico é o objeto maior da atenção de Kelsen, que o concebe como unitário (a partir da norma pressuposta, que tem por função servir de ‘ponto inicial’ da juridicidade e integra todas as normas), coerente (livre de contradições) e completo (contendo soluções para quaisquer situações concretas).

O autor também trata na teoria pura do direito a questão da fundamentação das normas dentro do ordenamento jurídico. Em sua concepção, uma norma é válida em razão de sua existência e de sua compatibilidade com a norma que a antecede logicamente e na hierarquia do ordenamento – esta, por sua vez, lhe dá fundamento. Trata-se de uma derivação normativa em que as normas superiores conferem validade às inferiores – e, em alguns casos, lhes determinam o conteúdo.

O ordenamento é, pois, em famosa imagem, estruturado como uma pirâmide invertida, na qual as normas superiores (gerais) possibilitam a criação das normas inferiores (particulares), e a conformidade destas com as anteriores é que lhes dá validade. A norma fundamental pressuposta, anterior e externa ao ordenamento positivo, vem a servir de “fecho” lógico a essa estrutura, impedindo uma regressão infinita das cadeias de fundamentação. Integram-se no ordenamento jurídico, nessa concepção, normas de três escalões: a constituição, as leis gerais e as sentenças e atos administrativos (resultando do processo judicial e administrativo). Essas normas são criadas pelos órgãos estatais sucessivamente autorizados a fazê-lo (com exceção do direito consuetudinário).

⁹ Sgarbi (2009) e Albuquerque (2009) referem que o conceito de ordenamento hierarquicamente estruturado (*Stufenbaulehre*) surgiu na obra de Kelsen pela incorporação de uma ideia de Adolf Julius Merkl, e a noção de *Gründnorm* foi extraída da obra de Alfred Verdross. Ambos foram seus alunos.

Há que se ressaltar, contudo, que o normativismo positivista não deixou de considerar a secular noção de direito subjetivo, a qual – ainda que a considere não como efeito da vontade, mas um reflexo da ordem positiva – contrapunha-se de modo simétrico a um dever jurídico, este oriundo da norma. Dessa forma, na teoria pura do direito a concepção do direito como estrutura normativa não é incompatível com a ideia, de matriz liberal e individualista, de que em cada comunidade há uma correspondência entre direitos e deveres individuais.

Para Kelsen, criar e aplicar o direito são aspectos do mesmo processo, que ora nomeia de concretização, ora de determinação: a criação de uma norma jurídica importa necessariamente a aplicação de norma de escalão antecedente, superior. Há, no entanto, uma delegação sucessiva de competências para criação de normas, à medida que se desdobram os escalões do ordenamento. São diversos os agentes que criam normas superiores e inferiores. A relação entre os escalões de normas é de determinação ou vinculação, embora não completa – a criação de normas inferiores carece da atuação de órgãos que as especifiquem.

Calcando-se apenas na norma fundamental pressuposta e não aplicando qualquer direito posto, o legislador constituinte cria a constituição, que é a norma positiva primeira do sistema. Essa norma deve ser entendida no sentido material: é a norma (ou conjunto de normas) que regula a produção das normas jurídicas gerais, e pode consistir num documento (uma constituição escrita) ou em normas consuetudinárias. Distingue-se, pois, da constituição em sentido formal, que é um documento assim nomeado e que geralmente contém inúmeras outras disposições relevantes para o ordenamento jurídico. A constituição se distingue não só por sua posição e conteúdo, mas também, se for uma constituição formal, pelo fato de não poder ser revogada ou alterada pela mesma forma que as leis – o processo legislativo ordinário –, razão pela qual é dotada de maior estabilidade.

O escalão seguinte é o das normas gerais – a lei e o costume¹⁰ – que têm como característica a abstração e a impessoalidade, e se estruturam em torno de previsões fáticas hipotéticas às quais são associadas consequências (sanções). As leis são criadas por órgãos especialmente instituídos pela constituição, centralizados. Tais órgãos podem ser um monarca

¹⁰ Kelsen admite a juridicidade do costume, contanto que seu emprego seja sancionado por uma norma posta: a constituição. Uma distinção relevante entre leis e costume é que este último é de produção descentralizada, a cargo dos mesmos agentes sujeitos à sua regra – com ressalva do costume antigo, que é aplicado às gerações posteriores, que não participaram de sua formação.

ou até mesmo um ditador, mas, nos regimes democráticos costuma haver um parlamento eleito pelo povo – e o processo legislativo nesses casos também é regulamentado pela constituição. É possível que a constituição também reconheça o direito consuetudinário, sua aplicabilidade por órgãos derivados, através do processo judicial ou administrativo, e seu *status* relativamente ao direito legislado.

Quanto às leis escritas, formais, o escalão das normas gerais se divide em dois: o das leis produzidas pelo Parlamento e o dos decretos, estes oriundos de órgãos executivos ou administrativos e de alcance simplesmente regulamentar – ainda que se reconheçam os decretos-leis (autônomos em relação às leis).

Um terceiro escalão normativo nessa topologia é o do processo judicial e administrativo, normas individuais, do qual constarão as sentenças e os atos normativos da administração pública. Em relação às sentenças, Kelsen explicita que as mesmas são normas jurídicas e que sempre terão caráter constitutivo, isto é, criador de direito.

Para o mestre vienense, um ordenamento jurídico é necessariamente um sistema do tipo dinâmico; suas normas valem não em razão do seu conteúdo, mas da sua conformidade com a norma fundamental – que atribui competência legislativa aos criadores das demais normas derivadas. A norma fundamental, que em última análise é pressuposta, é relacionada com a aceitação social da própria criação do direito. Há que se registrar, contudo, que na segunda versão de sua Teoria Pura, editada em 1960, o autor postulou também que somente se pode considerar não-disputada a norma positiva primeira (a constituição) quando a ordem jurídica seja *globalmente eficaz*, isto é, quando as normas estejam servindo de parâmetro de obediência e, no caso de não obediência, estejam sendo aplicadas pelos funcionários do estado. Assim, a validade tem origem não só lógico-jurídica, mas também na eficácia das próprias normas.

O direito, portanto, não decorre de um princípio fundante único a partir do qual, por dedução, se pode extrair a validade e o conteúdo das demais normas do ordenamento – tal como nos jusnaturalismos de fundo divino ou racionalista. Tampouco poderiam as normas (plano do dever ser) serem derivadas de fatos (plano do ser) senão que de outras normas. O direito será necessariamente posto, positivado, em sucessivas normas escalonadas, criado pelo homem seja a partir de uma decisão coletiva de estabelecer a regulação jurídica ou de um

fundamento lógico-jurídico transcendental – a *Gründnorm* – e seu conteúdo será o que efetivamente venha a constar das normas do sistema.

(...) a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; quando – no último caso – o indivíduo ou a assembleia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa. Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito Positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior. (Kelsen, 2012: 221-222)

É em virtude do processo pelo qual as normas do ordenamento jurídico são progressivamente derivadas da norma fundamental (concretização ou determinação) que se torna possível, de acordo com a teoria pura do direito, a estruturação do ordenamento com grau crescente de particularidade, de forma a cumprir o seu objetivo de promover a organização social, como técnica específica, coercitiva e não-natural.

Desse modo, o constituinte cria a constituição, que o legislador aplica, criando a lei; o juiz, por sua vez, aplica a lei e cria (deriva) outras normas, mais específicas, as sentenças. Pode-se por esta via traçar, desde a constituição, ou mais, da “*instauração do fato fundamental da criação jurídica*”, a cadeia das normas válidas que autorizam, determinam ou permitem a prática de certos atos. Na visão ora estudada, o processo de concretização transmite às normas inferiores o fundamento que decorre da norma primeira e disso decorre a obrigatoriedade das normas jurídicas como um todo.

Para Kelsen, portanto, o ordenamento jurídico é um encadeamento de normas, de fundamentação dinâmica, isto é, toda norma é criada como resultado da aplicação de uma norma anterior, por autoridades a quem, de forma sucessiva, é delegada competência normativa. Dessa forma, o ordenamento se expande de forma vinculada à norma fundamental, portanto coerente, cumprindo o objetivo de organização social por meio da regulação jurídica

das condutas, com segurança jurídica. Esse processo, nomeado pelo autor como concretização, envolve o controle formal da criação do direito – ao menos nos escalões inferiores à constituição –, que fica subordinado aos requisitos de validade das normas superiores que são aplicadas.

O autor se refere expressamente aos procedimentos de criação de normas – o processo legislativo e o processo judicial ou administrativo – e, se de um lado afirma que a criação de uma constituição não se subordina a nenhum requisito, pois não há norma anterior que vincule o constituinte, de outro aponta que o legislador ordinário deve observar os requisitos de competência previstos na constituição, e refere que, quando se trate da criação de normas individuais, pelo judiciário ou pela administração pública, não só devem ser observados os requisitos de competência previstos nas normas gerais a serem aplicadas, como o conteúdo daquelas estará condicionado por estas últimas (a norma, no entanto, é uma moldura de interpretações possíveis). Se na configuração do Estado Liberal a criação do direito é primordialmente dada ao legislativo, em vista da separação de poderes, pode se compreender que, na formulação kelseniana, se faça ao judiciário exigências não apenas formais, mas materiais – não se poderia dar ao juiz a faculdade de criar o direito, senão que por aplicação estrita de normas gerais, legislativas.

Portanto, todo o processo de concretização do direito está sujeito a um controle rigoroso, de observância das normas que delegam competência normativa e, sob essa perspectiva, pode-se dizer que o modelo propugnado na teoria pura do direito é formalista – até mesmo a criação do direito através do costume não prescinde de uma base normativa positiva (Kelsen, 2012: 251/252). Há um certo paralelismo, por outro lado, entre a descrição kelseniana dos momentos de produção de normas gerais e de normas individuais, no que toca ao controle formal – ainda que seja maior o grau de adstrição à norma geral imposto ao juiz do que o que é imposto ao legislador em relação à constituição. De certo modo, pode se ver na noção de um único processo de criação do direito um processo de controle formal de aplicação do direito.

A relação que intercede entre as normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária e a sua aplicação pelos tribunais ou órgãos da administração é, no essencial, a mesma que existe entre a constituição e a criação, por ela regulada, de normas gerais de Direito. (...) Porém, a relação entre o elemento formal e o elemento material é, nos dois casos, diferente. A constituição (no sentido material da palavra)

em regra apenas determina os órgãos e o procedimento da atividade legislativa e deixa a determinação do conteúdo das leis ao órgão legislativo. (...) As normas jurídicas gerais criadas de conformidade com a constituição, porém, determinam quase sempre não só os órgãos e o processo pelos quais e no qual devem ser aplicadas, mas também – contudo, em medida diferente – o conteúdo das normas individuais que representam as decisões judiciais e as resoluções administrativas. (Kelsen, 2012: 257,258)

No percurso da concretização, mais que ao processo legislativo, dá-se grande atenção ao processo judicial, através do qual são produzidas normas jurídicas individuais – as sentenças. Explicitando sua perspectiva formalista, distingue o direito material do direito formal – o primeiro portando os conteúdos que são vinculantes na produção de normas jurídicas de escalões inferiores e o último consistindo na disciplina da competência e do procedimento para essa produção. As indicações do autor a esse respeito têm caráter notadamente metodológico, especialmente se vistas em face da sua concepção do ordenamento jurídico como um sistema normativo escalonado, unitário, coerente e completo. A teoria pura do direito prevê um processo/método formalista de aplicação/criação do direito.

As regras de competência e procedimento (direito formal) estabelecem a articulação entre o escalão das normas gerais e o das normas individuais – quem vai aplicar e como vai aplicar umas e criar as outras. Por outro lado, a adstrição do conteúdo das sentenças ao conteúdo da lei (direito material) visa a segurança jurídica e resguarda a cláusula de separação dos poderes. Dessa forma, a usual representação do ordenamento como uma pirâmide normativa poderia ser aditada, se considerássemos o sentido da concretização do direito, tal como propugnado por Kelsen.

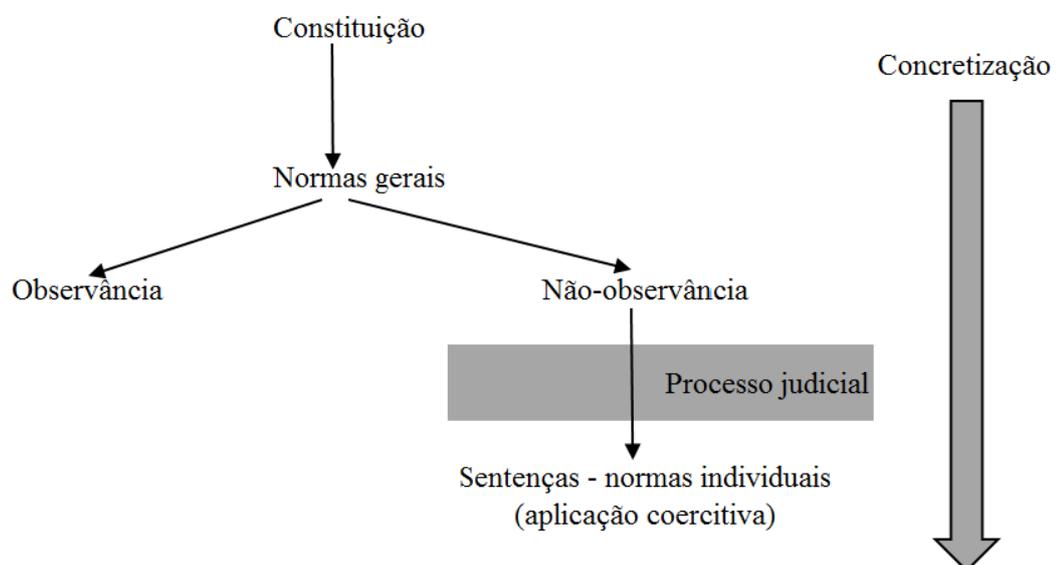


Figura 1

É de se frisar que, na terminologia kelseniana¹¹, a decisão judicial não declara um direito determinado em outro momento, mas o descobre, o constitui. Como a sentença é uma norma individual, a conclusão nela contida há de ser única e prevalecer, por segurança jurídica – o que se dá com o trânsito em julgado, ponto do processo em que a norma adquire seu sentido objetivo. Diferentemente do parlamento no processo legislativo, o tribunal, no processo judicial, precisa se certificar da existência, validade e conteúdo da norma a aplicar e, mediante subsunção, isto é, identificando os fatos às hipóteses normativas, derivar as consequências cabíveis e criar uma norma jurídica de sentido objetivo, que permita a aplicação coercitiva do direito – observando o princípio da imputação.

Para individualizar a norma geral por ele aplicada, o tribunal tem de verificar se, no caso que se lhe apresenta, existem *in concreto* os pressupostos de uma consequência do ilícito determinados *in abstracto* por uma norma geral. Esta determinação do fato que condiciona as consequências do ilícito implica a determinação da norma geral a aplicar, isto é, a averiguação de que está em vigor uma norma geral que liga uma sanção ao fato (ou situação de fato) em apreço. O tribunal não só tem de responder à *quaestio facti* como também à *quaestio juris*. Depois de realizadas estas duas averiguações, o que o tribunal tem a fazer é ordenar *in concreto* a sanção estatuída *in abstracto* na norma jurídica geral. Estas averiguações e esta ordem ou comando são as funções essenciais da decisão judicial. (Kelsen, 2012: 264)

Portanto, o processo judicial, como meio de criação de normas individuais, embora similar, distingue-se da criação das normas jurídicas gerais (o processo legislativo) porque é mais estrito do ponto de vista formal e também quanto ao conteúdo das sentenças. O legislador tem mais liberdade diante da constituição do que o juiz, que está limitado em forma e conteúdo pela lei que aplica. A técnica da subsunção, tal como a descreve Engisch (1983: 94/95), é o meio de assegurar que os fatos examinados pelo juiz no caso individual sejam adequadamente enquadrados à hipótese legal, da qual se deve extrair as consequências jurídicas cabíveis, sendo a técnica privilegiada por Kelsen nesse momento de produção jurídica¹².

¹¹ O percurso é esse nos casos de juízos de procedência. Nos casos de improcedência, a sentença apenas declara que não se deu inobservância do Direito.

¹² Camargo (2003: 112) observa criticamente que a teoria pura do direito “não tem um alcance hermenêutico que explique o movimento de compreensão, interpretação e concretização do direito. Basta-lhe a subsunção do fato à norma válida como mecanismo de extração de uma sentença, ainda que não seja a única possível.”

Apesar da similaridade entre o processo legislativo e o processo judicial, suas diferenças indicam ser mais adequado tê-los como processos *análogos* que, todavia, se encadeiam no processo mais amplo de concretização do direito. Na visão do autor, a constituição e as normas gerais, se ensejam a observância direta, não são autônomas para aplicação individual e coercitiva – a qual só se dá mediante indispensáveis normas individuais.

Sugere-se para o processo judicial o seguinte esquema de visualização:

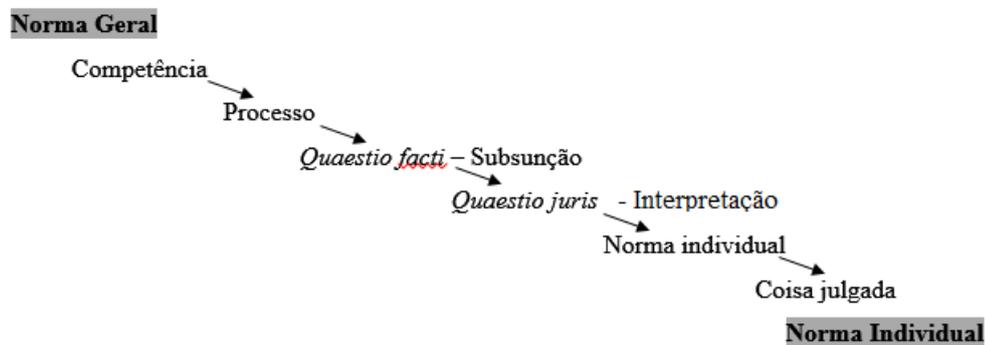


Figura 2

O mestre de Viena assinala, por outro lado, que esse que é verdadeiramente um método para criação das sentenças tem também certo paralelismo com o processo cognitivo de fatos naturais – embora seja formalizado. Ao órgão competente do processo judicial corresponderia o sujeito que conhece, ao passo que os fatos *sub judice* correspondem ao que, no processo cognitivo, os fatos dados ao conhecimento. Assim se justifica que, em complemento à exposição do método de produção da norma individual, formule ele no capítulo VIII de sua “Teoria Pura do direito” uma teoria da interpretação destinada ao intérprete individual, sujeito do processo de conhecimento, que é instrumental para a aplicação do direito – e portanto para sua criação.

O autor aprofunda, a partir desse ponto (item 2.g do capítulo V da teoria pura do direito, dedicado à dinâmica jurídica) sua visão de que toda aplicação do direito é ao mesmo tempo criação de direito e, ao descrever as decisões judiciais como normas de caráter constitutivo, afirma que estas não se limitam a declarar um direito que tenha sido descoberto em outro momento, “*já firme e acabado*”. Sustenta, ao contrário, que essas normas criam

direito de forma significativamente diferente de uma constituição e das normas gerais, pois são normas individuais, que ensejam aplicação coercitiva.

1.3. Interpretação e aplicação do direito.

Segundo Kelsen, a interpretação ocorre em todo momento de aplicação do direito, no processo de concretização/determinação, desde a criação das normas gerais até o cumprimento coercitivo de uma norma individual. Trata-se, na sua dicção, do processo mental pelo qual o intérprete busca fixar o sentido da norma que vai aplicar, que se justifica porque a determinação do conteúdo das normas é incompleta, em vista da especificidade do caso.

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. (Kelsen, 2012: 388)

A interpretação se diferencia em interpretação autêntica e não autêntica, conforme se dê por um órgão que esteja a aplicar o direito ou por um cidadão que procura observar o direito ou, ainda, por um cientista jurídico. Essa distinção, contudo, não sinaliza uma interpretação como correta por qualquer critério, mas apenas denota o grau de vinculação dos órgãos estatais. Assim, o órgão encarregado de aplicar o direito realiza interpretação autêntica e, por essa via, cria uma norma jurídica a todos imponível – ou aplicável apenas às partes, caso se trate de norma individual. Está nessa posição o legislador que interpreta a constituição ao criar uma lei, bem como o juiz que profere uma sentença com base em uma dada interpretação da lei na qual esta se baseia¹³. Coisa diversa é a fixação do sentido de uma norma por um cidadão que procura avaliar a sua conduta, ou por um cientista que examina essa norma, já que desse processo não resulta qualquer vinculação de órgãos estatais.

As interpretações autêntica e não autêntica são diferentes também porque a primeira é uma operação cognoscitiva, porém envolvendo um ato de vontade, ao passo que a segunda é um ato de puro conhecimento. Com efeito, toda interpretação autêntica é um ato de

¹³ Kelsen refere (2012: 393) que “a vinculação do legislador é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este”.

aplicação e também de criação do direito e não um ato puramente cognoscitivo, racional, e por isso inclui uma parcela de vontade. A interpretação autêntica, aquela que se dá no momento de criação de uma norma de escalão inferior, supõe que a norma do escalão superior não determina completamente o conteúdo da norma a criar, apenas leva a um quadro de soluções de igual valor, dentre as quais o intérprete deve escolher uma, por meio de um ato de vontade, consubstanciado na norma a ser criada. (Kelsen, 2012: 394). Não assim, contudo, o ato de interpretação não-autêntica, que é apenas cognoscitivo – no que diz respeito ao direito.

O ato de vontade envolvido na interpretação autêntica, entretanto, não é abordado pela ciência do direito, porque não é posto nem condicionado pelo direito positivo, mas, tendo um conteúdo discricionário, decorreria da incidência de outras normas.

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ainda ter lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. (Kelsen, 2012: 393)

O autor, assim, embora formalista, não concebe a interpretação e aplicação do direito de um modo puramente dedutivo e, embora negue a possibilidade de incluir no estudo jurídico os juízos de valor e atos de vontade, a interpretação que propõe não se identifica à do cânon da escola da exegese – para ele, o juiz não é um autômato que aplica leis.

A interpretação se justifica porque as normas jurídicas têm um grau de indeterminação, que pode ser intencional, decorrendo da generalidade da norma, ou não-intencional, conforme os termos do enunciado normativo sejam equívocos ou haja conflito de normas. No primeiro caso, trata-se de uma característica estrutural das normas, e, no segundo, a ambiguidade, a redundância ou as contradições (textuais) impõem que se pesquise o sentido da norma a aplicar ou se determinar qual a norma aplicável.

Kelsen, no entanto, critica os métodos de interpretação, negando a possibilidade de que qualquer deles possa determinar qual uma única solução correta dentre as várias compatíveis com a norma aplicanda, ao passo que exclui expressamente o emprego dos argumentos *a contrario* e de analogia, bem assim a apreciação e a ponderação dos interesses¹⁴. Afirma, por outro lado, que a interpretação é livre – que não há como não sê-lo – e que as conclusões do intérprete podem, em certos casos, levar até mesmo à criação de uma norma que contrarie a norma aplicanda.

É de maior interesse para esta pesquisa a interpretação autêntica, tal como a vê o mestre vienense, em especial aquela que se dá no processo judicial e que leva à criação das sentenças, porque é através desses atos que se materializa a intervenção jurisdicional nas políticas públicas. A interpretação do direito na criação das sentenças tem também importância maior para o tema aqui estudado porque nestas normas a determinação do conteúdo pelas normas gerais é mais estrita – atendendo ao duplo imperativo de preservação da segurança jurídica e da separação dos poderes.

Fica claro, contudo, que na teoria pura do direito as normas apresentam uma moldura de possibilidades e que a sua interpretação não leva necessariamente a uma única solução, mas a várias possibilidades, de igual estatuto¹⁵.

Todavia, a teoria pura do direito, embora preservando um espaço de discricionariedade judicial, exclui da análise a moral e os valores, bem assim quaisquer considerações sobre a justiça das decisões e a aplicabilidade de princípios gerais de direito, afirmando que este é composto apenas por normas. A transformação de normas gerais em normas individuais, por outro lado, não é puramente formal, como na lógica, pois se tratam de enunciados normativos, prescritivos, destituídos de falseabilidade.

Esse processo, nada obstante, se dá mediante forte controle hermenêutico, que visa, por meio da subsunção, à preservação da segurança jurídica e da separação dos poderes (reserva de criação do direito ao legislador) e, via de consequência, pressupõe a neutralidade

¹⁴ A seu ver, a ponderação se reduz a uma petição de princípio, já que se dá exatamente na norma que dela deveria resultar, e não antes.

¹⁵ Adeodato (2013: 111) aponta haver três grandes tendências no que toca à identidade entre direito e direito positivo: a da única resposta correta (dedutivista como na exegese ou indutivista como Dworkin), a da norma como moldura (autorreferente em Kelsen e heterorreferente em Alexy) e as teorias realistas (de Alf Ross ou Niklas Luhmann).

política do julgador. Destarte, o processo kelseniano de criação de normas individuais, situadas no escalão inferior do ordenamento jurídico, é de derivação normativa e por isso é ainda dedutivista.

No que toca ao enquadramento jurídico dos fatos pelo intérprete/aplicador do direito, a metodologia de aplicação do direito da teoria pura do direito se contenta com a técnica da subsunção, ao passo que os juízos de valor – a valoração dos fatos – ficam excluídos de tratamento teórico-jurídico. Para Kelsen, os juízos de valor, como não integram o direito posto, não são objeto da teoria pura e sequer são passíveis de abordagem racional. Nesse particular, a solução da teoria pura do direito é preservar o espaço discricionário do juiz – a interveniência da vontade na interpretação da autêntica.

Assim, na perspectiva da teoria kelseniana, é perfeitamente adequada a aplicação do direito quando observe a separação dos poderes, a neutralidade judicial e os limites hermenêuticos postos pela norma a ser aplicada – mesmo que ao juiz seja dado algum grau de escolha. A adequação do julgamento, como ato de aplicação do direito, é puramente formal – não é aferida em relação a parâmetros de justiça, nem com relação aos seus efeitos. Aplicar o direito, nessa perspectiva, é uma operação quase inteiramente racional – apenas se deixa uma lacuna, que é preenchida pela vontade do juiz na escolha da alternativa, dentre as que a lei lhe faculta, em vista dos fatos da causa.

Ademais do enquadramento formalista, como se ressaltou *supra*, a aplicação do direito na perspectiva da teoria pura acolhe também a premissa de que os direitos se ligam a sujeitos individuais, retomando, ainda que com modificações – que se podem atribuir à sua visada de que o direito é principalmente o direito objetivo, posto –, as noções de direito subjetivo que evoluíam na doutrina desde o século XVII.

Percebe-se, pois, nessa construção, que, embora considere dimensões que extrapolam a conceituação jusnaturalista, nela persiste a noção de que os direitos subjetivos têm uma estrutura que os vinculam com exclusividade e reciprocidade a deveres jurídicos¹⁶. A cada direito subjetivo, na visão tradicional, porém conservada em parte, corresponde um dever, estabelecendo-se entre ambos uma relação que, na matemática, é nomeada como *biunívoca*.

¹⁶ Kelsen ressaltava, contudo, que ter direito subjetivo importa também em: a) não ser proibido e não poder ser impedido de fazer algo; b) ter autorização específica para fazer algo e c) ter direito de ação.

Historiando a noção de direito subjetivo, Lopes (1994) aponta que as concepções modernas (a contar do século XVII) “têm a característica do reflexo”, isto é, funcionam quando se aplicam a dois indivíduos, em trocas individuais¹⁷. A doutrina anterior a Kelsen (Windscheid, Ihering, Jellinek), que assentava suas teses sobre o direito subjetivo na vontade, numa teleologia ou na conjunção de ambas, também afirmava a sua correlação estrita com o dever jurídico.

O Direito subjetivo, traduzindo, desta sorte, um poder no seu titular, sugere de pronto a ideia de um *dever* a ser prestado por outra pessoa. Quem tem um poder de ação oponível a outrem, seja este determinado, como nas relações de crédito, seja indeterminado como nos direitos reais, participa obviamente de uma *relação jurídica*, que se constrói com um sentido de bilateralidade, suscetível de expressão na fórmula *poder-dever*: poder do titular do Direito exigível de outrem; dever de alguém para com o titular do Direito. O *dever* pode ser um de tipo variável: dar, tolerar ou abster-se; enquanto o *Direito* será sempre o mesmo, isto é, o *poder de exigir o cumprimento do dever*. (Pereira, 2005: 36, grifos do original)

O autor da teoria pura, por sua vez, ainda que dissentindo quanto à origem do direito subjetivo – já que afirma que este não decorre da vontade nem de um fim almejado, mas é mera descrição do direito positivo ou seu reflexo (Sgarbi, 2013: 174) –, reconhece como um dos seus aspectos, que se trata de um “correlativo de uma obrigação ativa”. Na teoria pura, portanto, o direito subjetivo surge como um dos conceitos jurídicos fundamentais, parte do que o autor denominou a “estática jurídica”, sem qualquer ressalva quanto ao seu tradicional caráter biunívoco.

O que se verifica em sua teorização é, pois, que embora deslocando a fonte do direito subjetivo para o direito positivo, e lhe atribuindo aspectos diversos da mera correlação com um dever jurídico de alguém, o autor não abandona o esquema tradicional da reflexividade, ou relação biunívoca entre direito subjetivo e dever jurídico. Dessa forma, à perspectiva normativista que vê a aplicação do direito como um processo predominantemente dedutivo, adiciona-se uma outra componente, um outro pressuposto, que é o enquadramento

¹⁷ Lopes (1994) aponta que o conceito moderno de Direito subjetivo é historicamente indissociável da noção de propriedade e se liga às noções de qualidade moral, de Grócio; de liberdade, de Hobbes; e de propriedade natural, de Locke.

dos direitos como situações eminentemente individuais que estão em simetria com deveres jurídicos também individuais.

Nessa concepção, toda violação de um direito subjetivo tem origem no descumprimento de um dever jurídico, o que naturaliza o postulado – liberal – de que numa dada comunidade os direitos e deveres dos cidadãos individualmente considerados não só se correspondem como se equilibram, uns assegurando os outros. Há dois corolários possíveis para esse cenário.

Por um lado, tem-se que no Estado Liberal, que se limita a garantir as liberdades dos cidadãos, os conflitos jurídicos sejam reduzidos à dimensão individual, de desajustes entre direitos e deveres dos indivíduos, sendo passíveis de correção num plano estritamente interindividual. Em segundo lugar, tem-se que só se justifica o emprego da adjudicação diante da violação de um direito subjetivo, ou seja, da constatação do descumprimento de um dever jurídico. Como os direitos e deveres são individuais a princípio, forma-se uma tendência de que no caso de uma obrigação estatal prevista na constituição, o juiz considere que, na ausência de lei expressa não se possa afirmar que tenha havido violação de direito.

A teoria pura do direito, ao incorporar a noção de direito subjetivo em reciprocidade com o dever jurídico, concebe o complexo dos direitos numa sociedade como uma pluralidade de situações previstas no direito positivo que associam direitos a deveres individuais dos cidadãos, de forma biunívoca. As correspondências jurídicas, por isso, ocorrem em transações privadas e os conflitos de interesses serão abordados por uma atuação apenas corretiva do judiciário. Assim, numa perspectiva liberal, normativista e formalista, a intervenção do juiz se dá a partir do direito positivo e apenas no plano da justiça comutativa, no sentido que lhe dá Aristóteles em sua *Ética*, como aquela que “supre um princípio corretivo nas transações privadas” (2007: 151).

A teoria pura do direito, portanto, alinhou-se com os postulados da separação dos poderes e da neutralidade política do juiz, fornece o embasamento teórico para uma atuação judicial que tende a se limitar a violações de direitos individuais, apresentando a tendência se vincular estritamente às regras do ordenamento jurídico. A atuação do poder judiciário se volta, a princípio, para a correção, para a reparação do dano, a promoção do retorno ao *status quo ante*. Pode-se dizer, por isso, que essa atuação é retrospectiva, isto é, visa remediar

violações de direitos já consumadas, pela imposição de sanções que, assim como os direitos e deveres, se projetam no mesmo âmbito individual.

No Estado Liberal, a criação do direito era ação política que cabia ao legislativo, mas não a sua aplicação pelo judiciário, a quem Montesquieu apelidou de “poder nulo”, de cujos integrantes se esperava que fossem a “boca da lei”. O positivismo kelseniano, embora inserindo o juiz na criação do direito, vinculou-o estritamente ao direito criado pelo legislador.

(...) com a canalização de todas as projeções com pretensão de validade para o endereço político do legislativo e o conseqüente tratamento oportunístico dos valores máximos (cresce a força e a importância do positivismo jurídico), a neutralização do Judiciário se apoiará na centralização organizada da legislação (só a lei, votada e aprovada pelos representantes do povo, obriga) e reforçará o lugar privilegiado da lei como fonte do Direito. Este reforço ocorre não só pela exaltação do princípio da legalidade e a conseqüente proibição da decisão *contra legem*, mas também pelo ato jurisdicional como um processo de subsunção do fato à norma. Ao sublinhar-se a subsunção como o *método* de aplicação do Direito, neutraliza-se para o juiz o jogo dos interesses concretos na formação legislativa do Direito (se esses interesses serão atendidos ou decepcionados não é problema do juiz, que apenas aplica a lei) (Ferraz Jr., 1994: 15).

Nessa visão, a aplicação judicial do direito reflete, com sua aspiração a processo racional, o ideal do juiz politicamente neutro, que só realiza suas escolhas normativas dentro do quadro de possibilidades do direito posto pelo legislativo. Mesmo reconhecendo um certo grau de discricionariedade judicial – a norma como moldura das decisões – a teoria pura do direito concebe que a criação/aplicação judicial do direito é formal e fortemente dedutivista, procurando responder à constatação de eventuais ilicitudes pela aplicação de sanções. Aliando a isso a preservação da noção de direitos subjetivos individuais em estrita correspondência com deveres jurídicos também individuais, a teoria pura do direito postula uma atuação judiciária de feição comutativo e retrospectivo, que supõe uma correspondência estrita entre ilícito e sanção, análoga, na forma, à correspondência entre direito subjetivo e dever jurídico – o que pode levar a distorções.

Num primeiro nível, o formalismo enseja decisões que, ainda que sejam coerentes com os parâmetros do sistema, produzem resultados contrários à equidade, desproporcionais ou, na dicção de Perelman (1996a), opostos ao “bom funcionamento do estado”. Trata-se,

como se exporá com pormenor no capítulo III desta pesquisa, da noção do *desarrazoado* como produto de um sistema jurídico formal que não considera o contexto social em que está situado e enseja julgamentos que contrariam o que é socialmente aceito. Segundo o filósofo belga, com maior relevância para o direito do que as noções de razão e de racionalidade, que se reportam às ideias de verdade, de coerência e de eficácia, “o razoável e o desarrazoado são ligados a uma margem de apreciação admissível e ao que, indo além dos limites permitidos, parece socialmente inaceitável” (1996a: 436).

Assim podem haver decisões judiciais que, fixando-se no postulado positivista das “sucessivas delegações”, considerem que, para deferir uma certa prestação social a um cidadão se faça necessária uma lei (em sentido estrito), uma norma geral criada pelo parlamento, na qual expressamente se atribua ao estado o dever de entregar essa prestação – digamos que medicamentos ou tratamentos de saúde. Não basta, nessa perspectiva, haver previsão constitucional – que pode ser considerada genérica ou “programática”. Exige-se nesses casos a norma interposta, sob o frequente argumento da necessidade ao respeito à cláusula constitucional de separação dos poderes, ao princípio do orçamento ou à reserva de discricionariedade da Administração Pública.

Tome-se, por exemplo, um mandado de segurança¹⁸, ajuizado por um cidadão que passara por um transplante renal e que alegou, com base nos dispositivos constitucionais relativos ao direito à saúde (arts. 6º e 196) que necessitava de determinado medicamento para reduzir o risco de rejeição do órgão recebido. Seu pleito ao judiciário foi de que o réu, o estado do Rio de Janeiro, fosse condenado a fornecer esse medicamento. O Tribunal de Justiça, no entanto, negou a liminar e, ao fim, julgou improcedente o pedido, sob a seguinte ementa:

Não se pode, apenas respaldado na norma programática do art. 196, CF, ordenar à Secretaria de Saúde, sequer ouvida, o fornecimento de determinado remédio de manutenção a transplantado de rim. O pleito exige procedimento administrativo e ato material lesivo a direito subjetivo.

¹⁸ Mandado de Segurança n.º 762/98, julgado pelo 9º Grupo de Câmaras Cíveis – TJRJ – em 25/03/1999.

A filiação formalista – e positivista – de tais argumentos se evidencia, primeiramente, na referência à norma constitucional como *programática*, isto é, despida de efetividade suficiente, incapaz de gerar todos os seus efeitos por si¹⁹. Na argumentação empregada, a distribuição de competências normativas prevista no modelo kelseniano de ordenamento escalonado levaria a que a situação jurídica do cidadão somente estaria respaldada se a autoridade legislativa competente – o Congresso – tivesse criado a norma adequada, concretizando o comando constitucional. Como consequência, o julgado afirma também que, para que fosse reconhecido o dever jurídico do estado, haveria de estar presente uma violação de direito subjetivo do cidadão, mas que, não havendo lei que criasse esse direito com efetividade plena, também não poderia se falar em sua violação.

O julgado, proferido mais de uma década depois de vigente a constituição, apresenta nítida orientação positivista, porque afirma a necessidade de haver lei para reconhecer-se o direito, e é restritivo, isto é, indefere pedido de prestação estatal que tinha fundamento constitucional. Suas conclusões, no entanto, ainda que coerentes com postulados acolhidos pela teoria pura do direito, contrariam o que era jurisprudência corrente na época e já tinha aceitação social: o entendimento de que o direito à saúde assegurado pela constituição importava no dever imediato de qualquer ente estatal (Municípios, Estados, DF, União) fornecer medicamentos e tratamentos necessários à manutenção da saúde e da vida – o que parecia ser o caso. Trata-se, assim, de conclusões que se enquadram na noção de *desarrazoado*, porque, dada a aceitação social desse pedido à época, a solução dada ao caso feriu a equidade – entendida como justa distribuição de bens sociais²⁰.

O STF já julgara casos similares, valendo destacar um recurso extraordinário em que, na mesma época, se apreciara pedido da mesma ordem²¹:

(...) SAÚDE - PROMOÇÃO - MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.

¹⁹ V. Barroso, 2010: 203.

²⁰ Noção que se correlaciona à manutenção das “liberdades básicas iguais” mencionadas no primeiro princípio da teoria da justiça de John Rawls (2008: 376).

²¹ AI 238328 AgR, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 16/11/1999.

O indeferimento de prestações positivas era uma situação bastante comum nos primeiros anos de vigência da constituição de 1988, mas que persiste mesmo diante da predominância de posições neoconstitucionalistas, levando a que, em alguns casos, sejam negadas prestações de direitos sociais. Considerava-se, nessa linha, que na ausência de norma que crie de forma expressa e especificada o dever jurídico do estado, não haveria direito subjetivo em sua plenitude.

Entretanto, nem sempre uma orientação positivista leva a um posicionamento restritivo de direitos. Paradoxalmente, a concessão de pedidos de prestações sociais pode ser o efeito exacerbado de se considerar que o cidadão tem um direito subjetivo individual contra o estado, porém sem que se considere a dimensão coletiva do conflito. Em diversas ações versando questões de políticas públicas constata-se que os direitos sociais têm sido tratados como se fossem direitos subjetivos individuais, isto é, como se fossem parte de uma relação biunívoca na qual o estado tem o dever contraposto de fornecer uma determinada prestação social em caráter individual. O fundamento positivo dos pedidos, nesses casos, são dispositivos constitucionais que asseguram direitos fundamentais sociais (saúde, educação, habitação, entre outros).

Em ação movida contra a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo²², uma cidadã, alegando não um direito constitucional, mas a violação de direito previsto no Código de Defesa do Consumidor, pediu para ser excluída do racionamento de água que vigorava na capital, o que foi acolhido:

O fornecimento de água e escoamento de esgoto é serviço essencial e deve ser prestado continuamente, nos termos do art. 22 da Lei 8.078/1990 — Código de Defesa do Consumidor. (...) Assim, não pode ser interrompido a pretexto de "manutenção do sistema que automaticamente pode levar a intermitência do abastecimento devido aos fechamentos necessários"

²² Ação n.º 1015733-98.2014.8.26.0001, julgada pela 3ª Vara Cível Regional de Santana – TJSP – em 29/12/2014

Nesse caso, tratava-se de uma política pública – o racionamento de água, em contexto de seca – à qual a cidadã contrapôs a existência de um direito que estaria contido na cláusula do Código de Defesa do Consumidor que “assegura” a prestação contínua de serviços públicos. A decisão tomou como premissa suficiente para acolher o pedido o fato de que o direito estava previsto em lei, porém não se indagou sobre a abrangência desse direito, seu caráter coletivo – o racionamento é uma medida geral – e assim terminou por conceder à autora da ação uma vantagem custosa e singular, distinguindo-a dos demais cidadãos. Há, no caso, uma clara desigualdade no tratamento da autora da ação em relação aos demais consumidores, também cidadãos paulistanos. A orientação positivista dessa sentença transparece do reconhecimento do dispositivo legal como fonte inquestionável de um direito a uma prestação pública, bem assim que, havendo uma lesão de direito, necessariamente se haveria de atribuir um dever ao estado (a companhia de saneamento).

Este último caso se apresenta igualmente como exemplo do que se pode ter como *desarrazoado*, não apenas porque rompe a equidade ao excluir uma cidadã de um racionamento geral de água, mas porque impõe ao estado um custo para manter a situação de discriminação, que é inusitada. Trata-se de uma consequência que é oposta ao bom funcionamento do estado, mencionado por Perelman (supra), e que decorre da aplicação de um dispositivo legal (o artigo 22 do Código de defesa do consumidor), porém sem qualquer ponderação da dimensão coletiva do bem que é objeto desse direito – a prestação do serviço de fornecimento de água. A interpretação e aplicação do direito, no caso, partiu da premissa da existência de um direito subjetivo criado pela lei, de alcance estritamente individual, ao qual corresponderia, em relação biunívoca, um dever estatal (prestar o serviço de forma contínua). A decisão, por isso, apresenta uma aplicação formalista da lei, ao modo positivista, mas, ao não considerar que o fornecimento de água (e sua eventual interrupção em virtude de seca) tem abrangência coletiva, não só rompe a equidade e impõe um ônus excessivo ao estado, como, pelo inusitado da medida, aproxima-se do ridículo – outra característica do *desarrazoado*.

2. O neoconstitucionalismo.

A partir da redemocratização e da reconstitucionalização de 1988, consolidou-se no Brasil – tendo como bases a doutrina constitucional e a jurisprudência europeia sobre direitos fundamentais posterior à segunda guerra, em particular a alemã – uma linha de pensamento acerca do direito constitucional que, com o tempo, foi designada como neoconstitucionalismo²³ e que, embora plural nas referências e nos desenvolvimentos teóricos que lhe são associados, adotou como premissas básicas, em sua origem, a força normativa da constituição e a prevalência dos direitos fundamentais²⁴. Outros postulados que caracterizam essa abordagem podem ser compreendidos em articulação com essas premissas básicas: a distinção de normas em regras e princípios, a renovação da hermenêutica constitucional, a justificação da intervenção judicial na produção do direito, a remoralização do direito e a consideração do ordenamento jurídico como ordem objetiva de valores. Essa abordagem justeórica, que de modo quase unânime identifica o constitucionalismo brasileiro em seu estado atual²⁵, surge e se desenvolve em conexão com o novo desenho constitucional e traz, sob a marca da renovação da doutrina tradicional, uma significativa transformação da dogmática jurídica e da *práxis* nessa área.

Os desenvolvimentos teóricos em direito desde a metade do século XX representaram, em muito, uma reação contra o paradigma positivista (e contra o formalismo jurídico), em vista de sua concepção do direito como um sistema apenas de normas e, conseqüentemente, sua inaptidão para lidar com valores – além do alheamento da teoria jurídica em relação ao conteúdo da lei e da ideologia de que a mesma deveria ser cumprida, mesmo quando o estado se apresentou como criminoso. No campo da política, com a derrota dos regimes nazista e fascista, Alemanha e Itália passaram por um processo de

²³A expressão “neoconstitucionalismo” se disseminou aqui apenas a partir da ampla divulgação de uma coletânea intitulada “Neoconstitucionalismo(s)”, organizada por Miguel Carbonell e publicada em 2003, como relata Sarmento (2010: 235-236).

²⁴ Não se pretende exaurir, aqui, as características desse paradigma do direito, mas, com escopo mais modesto, destacar alguns de seus axiomas teóricos e propor uma análise dos seus desenvolvimentos contemporâneos, no que for pertinente ao objeto desta pesquisa. Como visões panorâmicas dessa escola de pensamento, indicam-se as contribuições de Barroso (2006), Barcellos (2007), e Sarmento (2010), e, em linha de crítica, Ávila (2009) e Dimoulis (2011).

²⁵ Não há consenso, todavia: “Ao contrário do posicionamento que prevalece no Brasil, afirmando a existência de uma ruptura entre um antigo e um novo constitucionalismo, grande parte da doutrina estrangeira considera que o importante é a afirmação da relevância da constituição, de seus princípios e direitos fundamentais na aplicação do Direito, não havendo inovação, mas tão somente insistência da doutrina na necessidade de concretizar as promessas do movimento constitucionalista.” (Dimoulis, 2011: 196).

redemocratização e promulgaram novas constituições que refletiram esse espírito, incorporando catálogos de direitos fundamentais^{26,27} e passando a prever o controle de constitucionalidade. A carta italiana é de 1947 e a Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) data de 1949. Muito embora o controle de constitucionalidade das leis e atos estatais não fosse uma novidade na Europa àquela época – já constara da constituição da Áustria de 1920, por obra de Hans Kelsen, que chegou a ser juiz da Corte Constitucional austríaca, e até mesmo da constituição suíça de 1874 (Dimoulis, 2011: 185) – a instalação do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), em Bonn, em 1951, inaugurou a produção de uma jurisdição constitucional singular e influente, que não só afirmava a subordinação de toda a atividade jurídica à ordem constitucional como passou a desenvolver, numa atuação construtiva, os direitos fundamentais²⁸ – e o faz até hoje.

A mudança política e institucional nos países redemocratizados logo após a segunda guerra mundial se correlaciona a uma mudança nas relações entre estado e sociedade, em que Habermas (1997) identifica a superação do estado liberal e a ascensão sustentada do Estado Social, ou intervencionista. Dá-se, por extensão, uma mudança no paradigma jurídico, que deixa de se referir a uma ordem em que o estado apenas garante liberdade a cidadãos dotados de direitos subjetivos a se desenvolver, para passar a ancorar-se num modelo de estado obrigado a intervir para que aqueles direitos, agora constitucionalizados como direitos fundamentais, possam ser exercidos com plenitude. Nesse quadro, especialmente em razão do novo alcance do controle de constitucionalidade – garantir direitos fundamentais – instaura-se o que esse autor aponta ser uma controvérsia em torno da divisão de poderes, surgindo a indagação de como uma jurisprudência construtiva poderia operar no âmbito de uma

²⁶ Em alinhamento histórico com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela ONU, em 1948.

²⁷ Embora a referência maior das teses neoconstitucionalistas sejam as cartas do segundo pós-guerra, não é delas o pioneirismo no reconhecimento de direitos sociais, contudo, ou o desenho de um estado social. A constituição mexicana de 1917 atribuiu aos direitos trabalhistas o estatuto de direitos fundamentais e a constituição de Weimar, de 1919, que instituiu a primeira república alemã e trouxe, como direitos sociais, *e.g.*, o direito à educação e, em contraponto à liberdade econômica, a preservação de um nível de existência conforme à dignidade humana. (Comparato, 2001). Contudo, não só a experiência Weimariana foi encerrada pelo nazismo, como o neoconstitucionalismo se desenvolveu majoritariamente a partir de teses que têm origem na prática constitucional alemã do segundo pós-guerra, em particular a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal – donde que este trabalho dá ênfase aos diplomas desse período.

²⁸ Em um julgamento nesse sentido, o tribunal afirmou que “(...) o direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias pode haver um ‘mais’ de direito em relação aos estatutos positivos do poder do estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é tarefa da jurisdição encontra-lo e realiza-lo em suas decisões” (BVerfGE 34, 269, p. 304, *apud* Habermas, 1997: 303)

repartição de poderes, considerando que, tradicionalmente, o judiciário não tinha a atribuição de formular o direito, mas passa a tê-la. Assim, os desenvolvimentos institucionais produzem mudanças, com as quais surge, uma certa conflituosidade entre o poder de legislar e a jurisdição, com questionamentos quanto à legitimidade das cortes em dizer o direito a partir da jurisprudência constitucional.

Processo similar ao dos países diretamente envolvidos no conflito mundial se deu na redemocratização e reconstitucionalização de Portugal e Espanha, que aprovaram novas constituições na década de 1970, quando superaram regimes autoritários, e então instauraram o controle de constitucionalidade – (Lafer, 2009: 78) aponta um certo paralelismo com o fim dos regimes burocrático-autoritários na América Latina, em especial o fim do governo militar no Brasil –, levando ao incremento dos estudos constitucionais também nesses países. Pode-se ver na constituição de 1988, portanto, não só um momento significativo da redemocratização do país, mas, em razão da adoção de uma ampla carta de direitos fundamentais, individuais e sociais e de um modelo efetivo e original de controle de constitucionalidade (que reúne traços do modelo americano, difuso, e do modelo continental, concentrado), uma aproximação com os movimentos de reconstitucionalização na Europa, com a instauração de uma ordem jurídica propícia à recepção das ideias e ao florescimento das reflexões que vieram a se aglutinar sob a designação de neoconstitucionalismo.

A tese da força normativa da constituição foi sustentada por Konrad Hesse a partir da experiência da corte constitucional alemã e com base no desenvolvimento da sua jurisprudência, vindo a se incorporar à doutrina brasileira contemporânea, segundo a qual a constituição, como norma jurídica, produz efeitos reais, especificamente normativos, mesmo considerando o estrato político em que se insere, no qual as relações de poder têm preponderância e os consensos são mutáveis. Embora sem negar a importância das relações de poder e sua tensão com a normatividade jurídica, aquele autor contrapôs-se à tese de Ferdinand Lassalle²⁹, segundo a qual a constituição real de um país consistia na soma dos fatores reais de poder, em face dos quais a constituição jurídica era apenas uma “folha de papel”:

²⁹ Lassalle, Ferdinand. *Que é uma constituição?*, São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html#2>, acesso em 12/07/2015.

Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-político e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (Hesse, 1991: 15)

É de se destacar que a noção proposta por Hesse, ao buscar a interação entre normatividade e política, guarda significativa convergência com o que Habermas (1997) desenha como os polos entre os quais oscilam a teoria política e a teoria jurídica ao fim do século XX, a facticidade e a validade, a objetividade e a normatividade.

De acordo com essa elaboração, a constituição se torna uma força ativa se estiver presente na consciência geral – e, em particular, na consciência dos agentes do estado encarregados da sua guarda, observância e implementação –, e contar com o permanente concurso da vontade humana e legitimação. Produz-se assim uma “vontade de constituição” (*Wille zur Verfassung*), ligada à compreensão da necessidade de haver uma norma como anteparo ao arbítrio, distinta do processo político (no qual prevalece a vontade de poder - *Wille zur Macht*). Portanto, a força da constituição não é apenas jurídica e tampouco decorre só de fatores extrajurídicos, mas é normativa e, ao mesmo tempo, interfere na política.

Segundo essa tese, a força normativa da constituição está ligada a certos pressupostos de conteúdo da norma e da praxe constitucional, que podem estar presentes ou não. A constituição, para manter sua força, precisa guardar correspondência com a atualidade política da comunidade, limitar-se a normas de organização e princípios fundamentais e equilibrar valores antitéticos como, por exemplo, o federalismo e possibilidade de intervenção, ou, mais especificamente, o direito de propriedade e a obrigação de esta atender à sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, CRFB). Por outro lado, a constituição se reforça pela mais ampla possível “vontade de constituição”, por um baixo grau de revisão e de emendas e por meio de sua interpretação construtiva pelo judiciário – uma exigência de que este, no cotidiano, aplique as suas normas tendo em vista as condicionantes sociais presentes, em permanente mutação.

No Brasil dos anos 1980/1990, no contexto de uma constituição então recente, em que a doutrina hesitava diante do novo e amplo catálogo de direitos fundamentais, individuais

e sociais, a tese de Hesse é recepcionada e vem dar fundamento ao postulado da efetividade constitucional como a “materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais (...), a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (Barroso, 2003: 85), criando a base doutrinária para uma postura de “positivismo de combate” (Sarmiento, 2010), a ser desenvolvida perante os tribunais.

A ênfase nesse postulado intenta diferenciar o neoconstitucionalismo da antiga doutrina constitucional que, com olhos postos na experiência norte-americana, afirmava haver disposições constitucionais autoaplicáveis e não autoaplicáveis³⁰.

Observa-se que a doutrina da efetividade recorre a uma abordagem positivista, pois sustenta que a constituição, como norma, é dotada de obrigatoriedade e tem eficácia jurídica própria e específica – ao passo que vem fundamentar um certo ativismo, uma postura de “combate” segundo a qual, como a constituição cria direitos subjetivos aos quais correspondem deveres jurídicos, o cumprimento desses deveres pode ser obtido por meio do recurso ao judiciário, a quem se pedirá a aplicação direta de dispositivos constitucionais. Ao mesmo tempo, a ideia de efetividade surge a partir de uma perspectiva em que os direitos fundamentais assumem um *sentido promocional prospectivo* na realidade brasileira, isto é, a partir de quando se coloca a exigência de atuação do estado para sua implementação.

Assim, num momento inicial, o novo pensamento constitucional se articulou, aqui, a partir da conjugação das ideias de força normativa da constituição e efetividade.

Por outra via, com igual influência na renovação do constitucionalismo, desenvolve-se a partir da prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão uma teorização sobre direitos fundamentais – em articulação com o constitucionalismo europeu e a par do desenvolvimento das discussões sobre os direitos humanos e das querelas sobre a justiça³¹ – que aponta para a sua prevalência e centralidade no ordenamento jurídico.

³⁰ “Executáveis por si mesmas, ou autoexecutáveis, se nos permitem uma expressão que traduz num só vocábulo o inglês *self executing*, são, portanto, as determinações, para executar as quais, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquela onde o Direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação (...) Mas nem todas as disposições constitucionais são autoaplicáveis. As mais delas, pelo contrário, não o são. ” (Barbosa, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*, vol. 2, 1933. *apud* Barcellos, 2011: 47).

³¹ Pode ser referido o embate na teoria política entre as visões de matriz liberal igualitária e comunitaristas, a partir da publicação de *A Theory of Justice*, de John Rawls, em 1971, no que Richard Rorty (1996) sinalizou ser um dilema moral básico da contemporaneidade, entre a “nossas lealdades particularistas e nosso senso de justiça universalista”. Nesse ponto, consulte-se Quintana, 2012, capítulo 12 (pp. 259-291).

As ideias de Robert Alexy³² são particularmente influentes na doutrina e na jurisprudência constitucional sobre esse tema, sustentando ele, a partir da experiência alemã, que os direitos fundamentais se caracterizam a partir de quatro marcos: máximo alcance, máxima força jurídica, máxima importância e máxima indeterminação.

Em sua elaboração, o alcance máximo decorre de que os direitos fundamentais se encontram regulados na constituição, que é a norma de ápice do sistema, e por isso se irradiam por todo o ordenamento como valores objetivos – o que importa em que qualquer norma que os contrarie é nula por inconstitucionalidade. Quanto à sua força jurídica/normativa, esta decorre de que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes estatais e têm “justiciabilidade plena”, isto é, sua observância, assim como sua violação, estão sujeitas ao controle judicial, independentemente de haver lei interposta; a observância dos direitos fundamentais passa a ser condição de validade das leis – assim entrando em tensão com o princípio democrático. Considera-se, nessa perspectiva, que através dos direitos fundamentais, a constituição determina a estrutura básica da sociedade (como, por exemplo, ao regular o direito de propriedade, os direitos políticos, a liberdade de crença, a privacidade), o que expressa a máxima importância desses direitos. Por fim, na elaboração alexyana (fundada na realidade constitucional alemã) os direitos fundamentais se expressam pela forma típica das disposições constitucionais, que é sucinta e “vazia”, isto é, não especifica em detalhes todos os termos da sua incidência – o que lhes dá máxima indeterminação, ou seja, sua extensão se fixa por meio da concretização judicial e seu conhecimento se dá no estudo da jurisprudência, mais que na concisa expressão da norma constitucional.

Quem consiga converter em vinculante a sua interpretação dos direitos fundamentais – isto é, na prática, quem logre que seja ela adotada pelo Tribunal Constitucional Federal -, terá alcançado o que é inalcançável por meio do processo político usual: de certa forma, terá convertido em dispositivo constitucional sua própria concepção sobre os assuntos sociais e políticos de máxima importância e os terá excluído da agenda política. (Alexy, 2003: 36-37, tradução livre)

³² Neste ponto, por concisão, Alexy, 2003, *Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*, publicado em CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s), org. Madri, Editorial Trotta, 2003, pp. 31-47.

Nessa perspectiva, explicita-se a relação “problemática” que Habermas (1997: 297-298) aponta haver entre legislação e jurisdição nos estados constitucionais, ou de controvérsia a respeito da divisão de poderes. No quadro de uma democracia em que se instaurou o controle de constitucionalidade, como aquele em que surgem as elaborações justeóricas aqui abordadas, é pertinente a indagação que faz esse pensador sobre como a interpretação construtiva do direito pelo judiciário pode se dar no âmbito da divisão de poderes sem que se lance mão de competências que são legislativas – trata-se, ao fundo, de questão sobre a legitimidade do judiciário para criar o direito.

É marcante, na produção doutrinária do primeiro momento do neoconstitucionalismo, o desenvolvimento da noção de máxima eficácia dos direitos fundamentais como desdobramento do postulado de efetividade constitucional – e em alinhamento à tese de Alexy quanto à máxima força normativa desses direitos. De acordo com essa tese, os direitos sociais contraprestacionais – que são direitos fundamentais aos quais corresponde um dever jurídico estatal de entregar prestações positivas à coletividade – passam a ser vistos pela teoria constitucional como “situações jurídicas imediatamente desfrutáveis” (Barroso, 2003: 105), ou direitos subjetivos “em favor dos quais (...) milita uma presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficaz” (Sarlet, 2012: 637).

A jurisprudência, por sua vez, recepcionou os postulados constitucionalistas renovados, em especial o Supremo Tribunal Federal, que passou a construir em sua jurisprudência a aplicação dos direitos fundamentais em chave expansiva, com entendimentos calcados nas teses da força normativa da constituição e da prevalência dos direitos fundamentais. São exemplos dessa jurisprudência a afirmação do direito a prestações estatais de saúde³³ e educação³⁴, além de reiterados julgamentos no sentido da proteção a direitos fundamentais como a privacidade³⁵, a liberdade religiosa³⁶ e os direitos de livre expressão e

³³ RE 271286 AgR, em 12/09/2000 – o STF reconheceu o dever do estado fornecer medicamentos antirretrovirais para tratamento da infecção pelo vírus HIV.

³⁴ RE 410715 AgR, em 22/11/2005 – o Tribunal afirmou ser dever dos municípios o oferecimento de creches para todas as crianças até seis anos de idade.

³⁵ MS 23851/DF, em 26/09/2001, no qual o STF limitou a quebra do sigilo bancário e fiscal em proteção à intimidade e à privacidade.

³⁶ STA 389 Agr/MG, em 03/12/2009, em que o Tribunal negou a estudantes judeus a designação de exame do ENEM em data alternativa ao *shabat*.

reunião³⁷ e de greve³⁸ – que em maior parte não demandam ação estatal, mas, principalmente, que o estado se abstenha de impedir o seu exercício.

A passagem do “positivismo de combate” a um outro patamar se deu a partir da recepção no Brasil de obras de Ronald Dworkin³⁹ e de Robert Alexy⁴⁰, que trouxeram para o debate local a questão da distinção das normas jurídicas em regras e princípios, bem como a especificidade da sua aplicação, além de um amplo debate sobre justiça e direitos fundamentais. Suas teses fundaram a construção de um corpo doutrinário que sinalizou a passagem do neoconstitucionalismo a um segundo momento, em que se produziram desdobramentos teóricos relativos à caracterização do direito como ordem axiológica (com aproximação de direito e moral), bem assim à forma de interpretação da constituição e à expansão da jurisdição constitucional.

As premissas teóricas de base aqui escolhidas para análise do neoconstitucionalismo – força normativa da constituição e prevalência dos direitos fundamentais – articulam-se a esses desdobramentos. A redescritção das normas jurídicas em regras e princípios, a proposta de uma hermenêutica especificamente constitucional e a justificação da intervenção judicial na produção do direito se ligam à primeira. Por outro lado, a tese da prevalência dos direitos fundamentais fundamenta o postulado de que a constituição, ao se fundar em direitos que têm vinculação à noção central de dignidade da pessoa, aproxima a moral do direito e estabelece uma “ordem objetiva de valores”⁴¹. Abordam-se a seguir esses relevantes desdobramentos.

³⁷ ADPF 187/DF – o STF assegurou a realização da chamada “marcha da maconha”.

³⁸ MI 774 Agr/DF – Afirmação do direito de greve do servidor público.

³⁹ *Taking Rights Seriously*, publicado originalmente em 1977. Levando os direitos a sério. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

⁴⁰ *Theorie der Grundrechte*, de 1986. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

⁴¹ Visão que se consagra a partir de julgamentos do Tribunal Constitucional Federal alemão, sendo paradigmático o caso *Lüth*, referido por Torres (1999: 78), em que o postulante pretendia exibir em uma cinemateca um filme do período nazista e, enfrentando a ameaça de um boicote supostamente não vedado pela lei civil, obteve do tribunal decisão no sentido de que prevalecia, no caso, seu direito fundamental à livre expressão. A decisão afirmou que “os direitos fundamentais são direitos principalmente defensivos do cidadão contra o Estado, mas nas disposições relativas aos direitos fundamentais da Lei Básica também se incorpora uma ordem objetiva de valores que é considerada uma provisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito”. (BVerfGE 7, 198).

2.1. Norma jurídica – estrutura e interpretação.

O neoconstitucionalismo propugna o estabelecimento de princípios hermenêuticos adequados às especificidades da constituição, em especial à estrutura diferenciada de suas normas – que se apresentam como regras e princípios – e seu caráter político, que consagra determinadas escolhas⁴². Nessa perspectiva, a técnica da subsunção como “sotoposição de um caso individual à hipótese ou tipo legal” (Engisch, 1983: 94), embora avaliada como ainda fundamental para o direito, é tida como insuficiente para lidar com as situações que decorrem da aplicação de normas que se estruturam como princípios, isto é, como “mandamentos de otimização”, na dicção de Alexy (2012).

A especificidade do conteúdo da constituição está em que, em grande parte, ela não se compõe de normas de conduta, mas de normas de organização que, realizando a “sucessiva delegação” kelseniana, criam órgãos e atribuem competências; igualmente, a constituição contém normas que definem direitos, em especial os direitos fundamentais, além de normas programáticas, que “traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos” (Barroso, 2010: 203). Ademais, a constituição abriga um conjunto de referências a valores, de ideais a serem perseguidos. Considera-se haver nela uma axiologia e um elenco de objetivos. Para tal estrutura normativa, considera-se que a aplicação mediante subsunção de fatos às previsões normativas é insuficiente, porque não enseja a realização dos objetivos incorporados à constituição.

Considerando as peculiaridades da norma constitucional sob essa perspectiva, especialmente sua abertura semântica e sua destinação programática, o neoconstitucionalismo, em seu desígnio antipositivista, incorporou em seus postulados a distinção entre regras e princípios formulada por Dworkin (2011) e Alexy (2012). De acordo com Dworkin, os juristas raciocinam sobre direitos e obrigações com base em padrões normativos, que tanto podem ser regras como princípios ou políticas – estas últimas, espécies não consideradas pelo positivismo jurídico. A diferença entre umas e os outros residiria no modo de sua aplicação: enquanto as regras são inteiramente e impositivamente aplicáveis, se forem válidas (aplicabilidade “tudo-ou-nada”), os princípios e políticas têm uma dimensão de peso, e se

⁴² É sedimentado na doutrina brasileira o elenco dos princípios de interpretação especificamente constitucional lançado por Luís Roberto Barroso em *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 369 ss.: supremacia da constituição, presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, interpretação conforme à constituição, unidade da constituição, razoabilidade/proporcionalidade e efetividade.

aplicam em maior ou menor medida. No caso de aplicação de regras, qualquer conflito entre elas deve necessariamente ser resolvido para escolha da premissa normativa do raciocínio jurídico – incidem então os critérios clássicos de solução de antinomias entre normas: a hierarquia, a posterioridade, a especialidade etc⁴³ –, ao passo que outras espécies normativas, os princípios e políticas, figuram na ordem jurídica em tensão entre si e podem ser aplicados a uma mesma situação mediante um juízo que não exclua qualquer um deles *a priori*, mas considere o seu peso, sua força. Alexy, por sua vez, sustenta que os princípios são “mandamentos de otimização” de determinados bens, que podem ser atendidos em maior ou menor grau, enquanto as regras contêm determinações claras, excludentes. Por um ou outro viés, regras e princípios são espécies normativas qualitativamente diferentes.

As normas constitucionais, para o neoconstitucionalismo, podem ser regras, mas, com grande frequência, são princípios, que, podendo ser implementados em maior ou menor grau e tendo importância variável, não são passíveis de aplicação por subsunção, senão que pela técnica da ponderação, que o neoconstitucionalismo adotou. Os princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir.

Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete. (Barroso, 2001: 20)

A constituição passa a ser vista como um complexo de normas de estrutura variada – regras e princípios – que, especialmente através dessa segunda espécie, revela escolhas do legislador no sentido de assegurar determinados direitos aos cidadãos e concretizar certos fins do estado e da vida coletiva. Na perspectiva do neoconstitucionalismo, ademais, há uma coerência axiológica na normatização constitucional, que se pode inferir dos princípios e que se organiza por meio dos direitos fundamentais – o que justifica a necessidade de se fazer uma leitura da constituição que considere esse sentido geral e

⁴³ Cf. Kelsen, 2012: 228-232.

possibilite a concretização de direitos mesmo que estes não estejam previstos em regras taxativas, mas em princípios a serem desenvolvidos por uma jurisprudência construtiva.

O neoconstitucionalismo sustenta, pois, que a constituição, como norma jurídica, é dotada de imperatividade, ou eficácia jurídica, tanto quando apresenta regras como princípios. Nada obstante a singeleza dessa constatação, justifica-se assim uma significativa mudança nos cânones da interpretação constitucional em favor do método da ponderação, contra a posição do positivismo jurídico, pelo qual a lei e a constituição têm idêntica estrutura e sujeitam-se às mesmas formas de interpretação e à aplicação mediante emprego da subsunção. Na visão neoconstitucionalista, ademais, a constituição traz em si um sistema de valores, que cabe à jurisprudência concretizar. Tais postulados doutrinários amadurecem a partir da vivência de constituições que, como a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, contêm um programa normativo que visa à coordenação do sistema jurídico como um todo⁴⁴, bem assim à disciplina da atividade estatal – e, por essa via, à modificação da realidade social, com fins determinados. São cartas cujas normas assumem “um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação” (Ferraz Júnior, 1994: 18).

Igualmente, a premissa de que a constituição se compõe de normas de diferente estrutura – não apenas regras, mas também princípios – leva à crítica da insuficiência da técnica interpretativa da subsunção, privilegiada no paradigma positivista, para fins de se estabelecer o sentido da norma constitucional. Afirma-se, nessa linha de pensamento, especialmente a partir da jurisprudência da corte constitucional alemã, a necessidade de aplicação da técnica da ponderação, que seria apta para abranger normas jurídicas de textura aberta, que indicam diretrizes mas não são suficientemente específicas, e que podem conviver umas com as outras em tensão, sendo aplicadas em maior ou menor peso. Essa opção metodológica reforça, por outro lado, o postulado da construção judicial do direito, dando maior relevância à função interpretativa e concretizadora do direito que cabe ao judiciário.

⁴⁴ A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha dispõe sobre os direitos fundamentais nos seus primeiros dezenove artigos, dos quais cabe destacar as seguintes provisões: “Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.”.

Reconhece-se, nessa linha, que a constituição, por sua posição como norma positiva que funda o sistema, é dotada de características diferentes das normas legislativas inferiores, em razão da natureza de sua linguagem, de seu conteúdo específico e de sua dimensão política (Barroso, 2010). Tais características vão condicionar sua interpretação e aplicação, que não pode se dar do mesmo modo que as normas gerais (leis). Seu posicionamento no topo do ordenamento jurídico positivo lhe traz o atributo da supremacia, em razão da qual contém os critérios de validade não só formal como material de todas as outras normas – o que leva à nulidade de quaisquer normas que lhe sejam contrárias. Quanto à sua linguagem, a constituição emprega mais cláusulas gerais e apresenta maior abertura semântica – menor densidade de conteúdo, maior abrangência e indeterminação –, ensejando interpretação e aplicação mais livres, que dão ao intérprete papel mais extenso na criação do direito.

A dinâmica da subsunção se dá ao modo de um silogismo clássico, apontam Barroso e Barcellos (2008): após a escolha da premissa maior (a regra a aplicar), a premissa menor (o fato a apreciar) seria aplicada, levando, unidirecionalmente, a uma conclusão que, dada a aplicabilidade das regras no regime tudo-ou-nada, seria correta ou incorreta. A subsunção é adequada quando só há uma norma aplicável – o que é o caso quando se trata de regras – e as técnicas tradicionais de interpretação (literal, sistemática, teleológica, histórica) e os critérios de eliminação de antinomias (critério temporal, hierárquico e de especialidade) servem à seleção da premissa maior do raciocínio e ao esclarecimento do seu sentido. A ponderação, por sua vez, é vista como uma “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.” (Barcellos, 2005: 23) e surge como *alternativa* à subsunção, afastando o emprego daquelas técnicas e critérios e se aplicando quando não seja possível reduzir o conflito normativo à incidência de uma única norma, como no caso em que princípios conflitantes indicam soluções diversas.

Nesse contexto, a subsunção não tem elementos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes: sua lógica de funcionamento tentará isolar uma única premissa maior para o caso. (...) não é possível simplesmente escolher *uma* disposição constitucional em detrimento das demais: o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de maneira harmônica, não admite essa solução. (Barcellos, 2005: 32)

Ocorre que as normas-princípio da constituição, como se viu, têm estrutura diferenciada das simples regras; sua aplicação conjunta, desde que compatibilizada, é não só possível como necessária quando no caso se dê a incidência de mais de uma norma-princípio. Impõe-se, nesses casos, o raciocínio mais complexo da ponderação, que é organizado em três etapas (Barcellos, 2005: 91-92): seleção das normas relevantes para o caso, em razão de sua convergência, e identificação de eventual conflito entre elas (premissas maiores); exame dos fatos e do reflexo sobre eles das normas selecionadas; e, por fim, exame em conjunto de fatos e normas, atribuindo-se pesos aos elementos em disputa (normas) e assim escolhendo-se qual deles vai prevalecer, e em que intensidade/medida. Esse processo é guiado pelo princípio hermenêutico da proporcionalidade ou razoabilidade e, através dele, é sopesada a extensão da aplicação possível de cada princípio objeto da ponderação, consideradas as possibilidades jurídicas e concretas do caso.

O princípio da razoabilidade/proporcionalidade tem sua origem traçada desde a prática jurídica norte-americana, fundada em precedentes judiciais, e dos desenvolvimentos jurisprudenciais e doutrinários da Alemanha a partir do segundo pós-guerra. Na sua vertente de razoabilidade, apresenta-se como expressão do chamado devido processo legal, sobretudo do ponto de vista material (*substantive due process*) e funciona como critério de aferição da constitucionalidade das leis; em seu aspecto de proporcionalidade, orienta a interpretação no controle da constitucionalidade dos atos do poder executivo (como exigência de necessidade da ação e sua adequação, diante da constituição). Trata-se de um princípio hermenêutico, que não é expresso na constituição, mas “tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça” (Barroso, 2010: 305) e serve como guia do processo interpretativo, visando a proteção dos direitos fundamentais pelo controle da discricionariedade dos atos governamentais (no que se caracteriza como oposto ao iníquo e inequitativo, enfim, ao desarrazoado), pela compatibilização do sentido das normas com os fins constitucionais e pelo sopesamento, já mencionado. O princípio da razoabilidade se apresenta, assim, como um construto intelectual característico dessa escola de pensamento jurídico, formalizando uma diretriz interpretativa que propugna a adequação da norma ao caso, mantendo-se na decisão o alinhamento com os princípios constitucionais substantivos.

2.2. O direito como ordem axiológica

Como referido ao início deste capítulo, o neoconstitucionalismo incorpora as críticas ao positivismo surgidas em meados do século XX, não só quanto à indiferença teórica em relação aos totalitarismos e autoritarismos, mas particularmente em relação ao formalismo. Apontava-se, por essa via, a insuficiência daquele paradigma para fazer frente a uma nova arquitetura constitucional do sistema jurídico, baseada não mais apenas em regras inscritas na legislação ordinária, mas em princípios e em direitos fundamentais – bem como para lidar com a exigência posta por esse novo sistema: a prática de uma jurisprudência construtiva. Na perspectiva neoconstitucionalista, como adiante se vai especificar, a distinção entre normas-regra e normas-princípio reside, dentre outros aspectos, em que estas últimas “identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados” (Barroso, 2003: 295), isto é, têm um conteúdo axiológico, aberto à concretização⁴⁵ não só por meio da legislação, mas por meio da jurisdição, que ganha um papel criativo – ao passo que as normas-regra apenas contêm comandos.

Mais até do que apontar a insuficiência do positivismo para lidar com a nova estrutura da ordem jurídica, o neoconstitucionalismo se liga a uma tendência da teoria do direito e do pensamento moral que se fortalece a partir do segundo pós-guerra, no sentido da afirmação de limites éticos e morais mais estritos à atuação do estado, a serem fixados nas constituições. Retoma-se no direito o deontologismo e busca-se a juridicização do estatuto do humano: os direitos fundamentais (Torres, 1999). A estrutura principiológica das novas cartas constitucionais europeias – de Itália e Alemanha, inicialmente, e, depois, de Portugal e Espanha – vem refletir essa reação àquela que fora considerada uma organização jurídica servil aos totalitarismos e autoritarismos. A constituição brasileira de 1988 se filia a essas diretrizes.

Desenvolve-se, a partir dessa nova arquitetura constitucional, também uma nova hermenêutica, que pretende não mais estar apenas presa à lei positiva, ou pelo menos não mais a normas que, como simples regras, não comportem a inscrição de valores nem de princípios substantivos. Forma-se, assim, uma nova perspectiva justeórica que valoriza a dimensão axiológica do direito:

⁴⁵ No sentido kelseniano de a criação de uma norma jurídica por aplicação de norma de escalão superior, ou derivação, como, no caso, se poder dizer da decisão judicial que aplica diretamente a constituição.

Com a virada *kantiana* e a reaproximação entre ética e Direito, passou-se a cogitar da efetividade da regra moral abstrata. Claro que não chega ao exagero de advogar que a norma ética possa anular a regra jurídica positivada, eis que tal possibilidade destruiria completamente a segurança jurídica. Mas voltou-se a defender, na linha dos últimos trabalhos de Radbruch, que há um *mínimo ético* a atuar efetivamente sobre a ordem jurídica positiva, coarctando a validade e a eficácia das normas que com ela contrastem. (Torres, 2009b: 478. Grifos do original)

Incorpora-se ao direito, pois, uma aspiração à promoção da justiça – aliás, as décadas finais do século XX são de intenso debate entre as abordagens liberal e comunitária no que toca à forma de se realizar esse valor – e não mais apenas da segurança jurídica. Essa mudança de paradigma leva, por outro lado, a uma expansão do papel do Poder Judiciário na efetivação do direito.

Por outro lado, seja por considerar que a constituição brasileira é axiológica – e portanto que há uma base positiva de valores a efetivar na vida social – ou, mais distante do posicionamento positivista, por incorporar o pensamento de Dworkin⁴⁶, e entender que o direito tem um substrato moral que cabe ao juiz expressar em cada caso, os autores do neoconstitucionalismo investem contra o que entendem ser um dogma positivista: a separação absoluta entre direito e moral.

A tese da prevalência dos direitos fundamentais (máximos alcance, força, importância e indeterminação, na construção alexyana) se combina, nesse ponto, com a da força normativa da constituição (Hesse). Autores neoconstitucionalistas postulam, então, que a imperatividade jurídica há de se traduzir em efetividade, ou eficácia social: o cumprimento efetivo da constituição pelo estado e pela sociedade, a concretização máxima de seus comandos normativos, em especial os direitos fundamentais, pela legislação, pela ação do executivo ou pela jurisdição.

Modernamente, já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e *acionabilidade* dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia. É puramente

⁴⁶ O autor dá à igualdade um papel central no Direito, e sustenta em *Levando os direitos a sério* (2011) a tese de que a todo indivíduo são devidos “igual consideração e respeito”.

ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. (Barroso, 2003: 10)

Nesse ponto, revela-se nessa linha de pensamento a influência da teoria dos direitos fundamentais do Estado Social, segundo a qual “deve o estado procurar os pressupostos sociais necessários para a realização da liberdade dos direitos fundamentais e favorecê-los” (Amaral, 1999: 103). A noção da eficácia social desses direitos é abordada de forma complementar por Barroso (2003) e Sarlet (2012) e, por outro lado, está presente também na formulação referente ao “mínimo existencial”, que do mesmo modo caracteriza o neoconstitucionalismo e aqui será examinada com base em Torres (1999).

Barroso parte do conceito de reconhecimento do direito pela comunidade ou, mais especificamente, os efeitos do cumprimento de uma regra, haurido de Reale (1981: 112-113) e afirma que a eficácia social é “a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos” (2003: 84), na forma mais aproximada possível. Sustenta que há normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais individuais e sociais – que são direitos subjetivos e, por isso, a) correspondem a deveres jurídicos do estado, b) podem sofrer violações e c) são exigíveis judicialmente. Os direitos fundamentais sociais derivam de um papel reconhecido ao estado na distribuição dos bens sociais e, ao contrário dos direitos individuais – uma defesa da autonomia privada contra o estado –, visam proteger os indivíduos da dominação econômica por outros indivíduos. Se a existência de direitos sociais constitucionalizados não traduz, por si, a existência de um Estado Social, ao menos sinaliza a preocupação de promover algum grau de igualdade material entre os indivíduos.

Sarlet (2012) agrega a essa visão a noção de que a norma do art. 5º, §1º, da constituição⁴⁷, não é uma regra, mas um princípio, e portanto, seguindo a conceituação de Alexy (v. *infra*) trata-se de um *mandamento de otimização* do qual decorre o dever de o estado e os particulares buscarem a eficácia social dos direitos fundamentais. A concretização dos direitos fundamentais passa a ser, então, a finalidade da sociedade organizada sob a regra constitucional. O sentido da expressão constitucional “aplicação imediata” é não só temporal, mas também diz respeito à desnecessidade de mediação legislativa – as normas de direitos fundamentais podem ser aplicadas diretamente pelo judiciário. A forma da tipificação do

⁴⁷ Art. 5º, §1º da constituição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

direito fundamental também reforça a sua *acionabilidade*, isto é, a sua exigência mediante uma ação, caso a norma o estruture como uma situação jurídica suficientemente definida, imediatamente desfrutável e com correspondência a um dever jurídico igualmente preciso.

Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade. Não por outro motivo – isto é, pela sua especial relevância na Constituição – já se afirmou que, em certo sentido, os direitos fundamentais (e a estes poderíamos acrescentar os princípios fundamentais) governam a ordem constitucional. (Sarlet, 2012: 352/353)

Já a noção de mínimo existencial, na formulação de Torres (1999), também se articula com a ideia de eficácia social (ou efetividade) das normas de direitos sociais (ou de prestação), sendo também característica da influência das teorias dos direitos fundamentais no neoconstitucionalismo. Esse conceito tem correlação com o mínimo social de Rawls⁴⁸ e os direitos constitucionais mínimos da tradição norte-americana.

De acordo com essa formulação, há um direito a condições mínimas de existência que demanda, mais que a abstenção de condutas estatais, a entrega de prestações positivas, e esse direito, ainda que não positivado, pode ser extraído da ideia de liberdade e dos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana. Mais do que uma provisão concreta, portanto, o mínimo existencial é um limite mínimo relativo a vários direitos (mesmo que originariamente não fundamentais), que expressa as noções de justiça e distribuição justa da riqueza social.

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. (Torres, 1999: 263)

⁴⁸ O segundo princípio da teoria da justiça rawlsiana é o da diferença, que se justifica na medida em que, além de decorrer de “posições e cargos abertos a todos”, visa beneficiar os membros menos privilegiados da sociedade – observada, no entanto, a ordem “léxica” que antepõe a esse princípio o das liberdades básicas. (Rawls, 2008: 376).

Nesses termos, a noção de mínimo existencial se associa à de eficácia social dos direitos sociais, ou efetividade, sendo assegurada por esta, ao menos em parte. O mínimo existencial se inscreve num âmbito de proteção positiva obrigatória, o *status positivus libertatis*, e, ainda que não se identifique com os direitos sociais, está atrelado a eles, particularmente o direito à seguridade social, à educação, à moradia e à assistência jurídica (Torres, 2009a: 243-244).

Nada obstante a perspectiva neoconstitucionalista atribua importância central aos direitos fundamentais, dois dos três autores examinados admitem que as prestações positivas podem ficar condicionadas a limites econômicos do estado. Barroso, todavia, assinala que a recusa estatal a prestações é sempre inconstitucional e conclui⁴⁹ que cabe acionar a via judicial para que se produza a efetividade da constituição nesse particular, “mesmo ao custo de um ativismo judicial que não tem raízes profundas na tradição brasileira, mas que vem em boa hora”. (Barroso, 2003: 111). Sarlet, ainda que considerando o complexo dos direitos fundamentais como ligado a um conjunto de prestações estatais para sua proteção (o *status positivus socialis*) que se tornou a parte mais importante do ordenamento jurídico, admite, com Barroso, a incidência de limites econômicos à eficácia social da norma que cria direito fundamental prestacional, isto é, admite a reserva do possível (Sarlet, 2012: 363). Posição diferente é a de Torres, para quem “a reserva do possível não é aplicável ao mínimo existencial” (2009a: 105) – ressaltando-se que o mínimo existencial não se identifica com os direitos fundamentais ou sociais, como exposto acima, embora a eles se correlacione.

Assim, no neoconstitucionalismo a caracterização do direito como uma ordem axiológica se correlaciona com a noção de prevalência dos direitos fundamentais. Os valores identificados e protegidos por esses direitos passam a ser considerados como estruturantes da ordem jurídica, imponderáveis (ao menos no que toca ao mínimo existencial), e, porque inscritos em normas principiológicas, sujeitam-se a mandamentos de otimização, isto é, a uma concretização obrigatória e progressiva pela atividade estatal (principalmente), administrativa, legislativa ou jurisdicional. Com isso, os direitos fundamentais passam a ser o conteúdo juridicamente exigível de uma moralidade pública, isto é, uma moralidade que pretende ser válida para todos os casos e que não comporta inflexões – pois tem estatuto constitucional e de direito fundamental, fora do alcance do processo político majoritário. Por essa via, de certa

⁴⁹ E cita nesse ponto o julgamento do RE 271286 AgR pelo STF (vide nota 21).

forma, não só se institui a normatividade de um certo núcleo de preceitos morais, como, diante da falta de concretização desses preceitos, se estabelece a necessidade de uma atuação judicial construtiva do direito, isto é, atribui-se à jurisdição um papel criador, decorrente da diretriz de efetivação dos direitos fundamentais. O sentido das disposições jurídicas passa a ser, por outro lado, aquele que o judiciário lhe dá, por meio de sua interpretação.

A reconstrução do sistema jurídico como ordem axiológica, a partir dos direitos fundamentais, pode ser vista como uma resposta ao silêncio da teoria jurídica positivista em relação a valores – que decorria do relativismo moral kelseniano, de corte liberal e universalista – e à sua suposta neutralidade mesmo diante de estados que assentiam a projetos ditatoriais e genocidas. No plano teórico, uma relevante diferença se estabelece em relação ao projeto positivista: ao admitir a aproximação de direito e moral, as teorias dos direitos fundamentais suscitam a crítica ao postulado da ordem jurídica como um sistema exclusivamente dinâmico, em que a dimensão formal da validade da norma seria suficiente, em que bastaria observar-se a competência e o procedimento de produção da norma para que esta fosse válida.

Numa ordem jurídica axiológica, centrada nos direitos fundamentais, é preciso que, além da validade formal, as normas observem o conteúdo desses direitos, sob pena de invalidade. Os direitos fundamentais se tornam, então, em um critério *substantivo* de validade das normas jurídicas, uma condicionante axiológica da sua validade – tal como expressa pela jurisprudência. Ao mesmo tempo, os dispositivos constitucionais que os contêm podem ser aplicados diretamente, sem interveniência do legislador ordinário. A fundamentação dos direitos na constituição é ampla, flexível e orientada a determinados valores, dispensando, em parte, as “autorizações sucessivas” previstas no modelo kelseniano. A aplicação direta da constituição, em especial pelo judiciário, assemelha o direito a uma ordem moral, estática, no sentido de que as normas individuais se aproximam de serem extraídas diretamente da norma superior do sistema.

2.3. Direitos sociais e tutela judicial.

O neoconstitucionalismo se caracteriza também por postular um elevado grau de intervenção judicial para a concretização de direitos, em especial os direitos sociais. Segundo Sarmiento (2010), um ordenamento jurídico de base constitucional, com uma ampla carta de direitos fundamentais, faz supor uma atuação intensa do Judiciário, como “guardião das

promessas” do texto constitucional⁵⁰. A doutrina neoconstitucionalista adota uma perspectiva interna do direito, isto é, a partir da tarefa daquele que é considerado o seu elaborador, intérprete e aplicador privilegiado da norma constitucional (sobretudo): o juiz. É através do processo judicial (aproveita-se aqui a noção kelseniana de concretização progressiva do direito) que se vão efetivar direitos previstos em cláusulas constitucionais principiológicas – como as que garantem os direitos sociais – caso não haja a sua garantia “espontânea”⁵¹ pelo estado, que todavia está obrigado constitucionalmente a promover os objetivos inscritos na constituição. Nesse contexto, fortalece-se na doutrina a expressão “ativismo judicial” para delinear a postura judicial que resulta da interpretação e aplicação direta pelos juízes da constituição aos casos concretos.

A elaboração neoconstitucionalista, como antes se apontou, surge numa quadra histórica de profunda transformação do estado e de suas relações com a sociedade, em que se verifica grande transferência de poder do Legislativo para o Executivo e para o Judiciário, no processo que a sociologia política contemporânea igualmente veio a nomear como judicialização da política, mencionado na introdução deste trabalho. Modificaram-se nesse período as relações entre o estado e a sociedade civil, portanto, pela ascensão não só do Judiciário, mas do Executivo, em detrimento da anterior centralidade do Legislativo. A sociedade passou a endereçar suas demandas por direitos, em maior parte, ao governante e ao juiz, não mais ao parlamento; passou a buscar mais ação administrativa e adjudicação do que legislação.

À invasão do Direito pela política, com a passagem do Estado de Direito ao *Welfare State*, segue-se, com o constitucionalismo moderno, a invasão da política pelo Direito, ampliando-se a esfera da legalidade: o Judiciário, por meio do controle da constitucionalidade das leis, especialmente no que se refere à declaração dos direitos fundamentais, passa a fazer parte, ao lado do Legislativo, da sua formulação. (...). Assim, com o constitucionalismo moderno, o processo de adjudicação de direitos conheceria um novo ator – o Judiciário –, em clara contraposição ao contexto original do *welfare* (...). (Vianna, 1996: 269)

⁵⁰ Expressão que é de Antoine Garapon, que em *O juiz e a democracia – o guardião das promessas* (Rio de Janeiro: Revan, 1999) aborda o papel do Judiciário na vida social atual.

⁵¹ Barcellos (2011) salienta que o cumprimento espontâneo das obrigações constitucionais pelo executivo é aquele que se contrapõe ao cumprimento em razão de decisões judiciais.

Embora a judicialização da política não seja objeto desta pesquisa – e não se pretenda aqui fixar relações causais entre mudanças sociais e doutrina jurídica –, é útil considerar as contribuições do campo sociológico para a análise da ênfase na efetivação/concretização dos direitos sociais (uma das finalidades das políticas públicas), que parece indicar uma modificação do paradigma jurídico liberal, no que diz respeito à separação de poderes, à neutralidade política do juiz e à limitação hermenêutica da jurisdição às possibilidades semânticas do texto da lei (normas-regra). Percebe-se, ao menos, uma implicação mútua entre as transformações da teoria jurídica e aquelas pelas quais passam as relações do estado com a sociedade civil a partir do segundo pós-guerra, deslocando-se, por via da constitucionalização do direito, significativa parcela de poder para o Judiciário – na Europa como aqui.

Retomam-se, a esse respeito, as preocupações habermasianas acerca da controvérsia relativa à divisão dos poderes que decorre do desenvolvimento de uma jurisprudência constitucional construtiva, em que o judiciário tangencia – senão exerce – uma competência legislativa, o que leva a questionamentos sobre sua legitimidade.

Considerando, pois, que a força normativa da constituição é uma premissa central do neoconstitucionalismo, e também a prevalência dos direitos fundamentais, e que nessa perspectiva sustenta-se que deve haver uma garantia permanente contra a “inércia” governamental em cumprir os seus deveres constitucionais, e considerando, ainda, que toda a atividade jurídica se subordina à constituição, formal e materialmente, o neoconstitucionalismo postula a centralidade do papel do judiciário em assegurar a eficácia geral da ordem jurídica, tomando por natural que se possa “(...) exigir diante do Poder Judiciário exatamente aquele efeito que o comando normativo pretende produzir e as condutas que o realizam e que, por qualquer razão, não vieram a acontecer espontaneamente” (Barcellos, 2011: 75).

Para o neoconstitucionalismo, portanto, cabe ao judiciário concretizar direitos a partir da constituição, adotando uma postura hermenêutica ativa, em que, empregando o método da ponderação, construa um comando jurídico suficientemente preciso para ser executado, a partir de normas principiológicas, de textura aberta. Nesse processo, ademais, o juiz não apenas explicita o sentido de normas constitucionais, como se se tratasse de simples interpretação de texto ou subsunção, mas participa da construção desse sentido através de

juízos de valor referidos à axiologia constitucional, isto é, aos princípios materiais/substantivos e aos direitos fundamentais – essa postura se atém à diretriz de dar efetividade ao programa constitucional.

Neste ponto, ganham especial consequência e aplicação prática as críticas do neoconstitucionalismo ao método subsuntivo de interpretação e aplicação do direito, postulado pelo positivismo. Como se trata de dar efetividade às normas constitucionais e promover direitos que têm *sentido promocional prospectivo*, postula-se que o juiz faça escolhas dos meios de concretização desses direitos, e, portanto, que faça juízos de valor vinculados à ordem axiológica auferida da constituição e dos precedentes jurisprudenciais. Se, na ótica positivista, a norma oferecia ao juiz uma moldura e cabia a ele escolher, dentre as possibilidades ali enquadradas, por exercício discricionário, aquela que se tornaria efetiva em sua sentença⁵², no neoconstitucionalismo a atividade judicial que importa numa escolha – expressão da vontade – é pautada pela razoabilidade/proporcionalidade. A postura cobrada ao juiz, nessa ótica, é de formulação ativa do direito, uma jurisprudência construtiva, acompanhando a mudança ocorrida nas relações entre sociedade e estado com a consolidação do Estado Social, no qual mitigou-se a separação dos poderes e não só se deu a invasão do direito pela política, como, com o constitucionalismo moderno, deu-se “a invasão da política pelo direito” (Vianna, 1996: 268, 269).

Num contraponto a essa dinâmica, Habermas aponta que considerar a constituição como uma ordem objetiva de valores importa no risco de se pretender impor *a priori* a uma sociedade uma forma de vida determinada, caso em que o tribunal constitucional se transforma numa instância autoritária (1997: 321, 326). Novamente, se trata de um questionamento à legitimidade do judiciário para instituir fins (teleologia) quando a “viga mestra introduzida no direito” é trazida pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito.

Nesse quadro de substancialismo constitucional, similar ao que se desenvolveu na própria Alemanha a partir da instauração do Tribunal Constitucional e sua jurisprudência

⁵² No positivismo, embora Kelsen reconhecesse que o ato de aplicação do direito era cognitivo e volitivo, a vontade não era abordada teoricamente, porque não era vista como parte da atividade racional humana. Como apontou Ferraz Jr. (1994: 14-15), essa construção era coerente com os postulados liberais da neutralidade do judiciário e da separação dos poderes – além da superioridade da atividade legislativa, na qual se reconhecia o legítimo exercício da vontade na conformação dos direitos.

construtiva dos direitos fundamentais, e é relatado por Maus (2000), convém retomar a advertência dessa autora quanto aos riscos da administração judicial da moral.

A apropriação da persecução de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida — tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia — como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O Tribunal Federal Constitucional, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma "teologia constitucional". (Maus, 2000: 192, grifos da autora)

Como visto, na perspectiva neoconstitucionalista os direitos fundamentais são direitos subjetivos, e recebem ênfase especial os direitos sociais – aos quais corresponde a obrigação estatal de entregar prestações positivas que os concretizem –, nada obstante constarem de normas que não são suficientemente específicas. A pronta exigibilidade das prestações tendentes a garantir esses direitos decorre do postulado de efetividade da constituição, que assegura, mais do que a abstenção estatal de turbar a intimidade, a liberdade ou a privacidade do cidadão, o *status positivus socialis*, que garanta o acesso do cidadão à efetiva liberdade. Na estrutura axiológica da constituição, os direitos fundamentais individuais e sociais sinalizam as escolhas mais importantes do constituinte, verdadeiros fundamentos do ordenamento jurídico, que, por isso, são prioritários.

A adoção do modelo do direito subjetivo, na perspectiva neoconstitucionalista, vem se articular com o postulado da intervenção judicial, ou judicialização, pois, considerando-se as prestações sociais como um direito do cidadão, a omissão na sua entrega caracteriza uma violação de direito, diante da qual o judiciário está legitimado a atuar. A atuação do judiciário segue, no entanto, condicionada pela iniciativa de outros agentes, cidadãos ou ministério público, e esse poder permanece caracterizado pela inércia. O judiciário não age sozinho, apenas sob provocação⁵³. No Estado Social (ou que admite

⁵³ Embora não seja o foco deste trabalho, há que se registrar a existência de discussão relevante sobre a intervenção judicial em políticas públicas, questionando a eficácia desse modo de atuação. Sarmiento (2010: 212) suscita que o judiciário é mais “generoso” em ações individuais visando prestações sociais do que em ações coletivas e, considerando que a classe média é a clientela predominante do judiciário – segundo pesquisas – a

direitos sociais), o juiz já não é neutro e caracterizar os direitos sociais como direitos subjetivos ao molde clássico (*supra*), mesmo que sujeitos à ponderação, constitui-se num pressuposto da intervenção judicial, já que esta só vai se dar diante de lesão ou ameaça de lesão a direito – como, aliás, prevê o art. 5º, XXXV, da constituição.

Sarmiento (2010: 179-214) discorre sobre os distintos posicionamentos acerca da possibilidade de tutela judicial aos direitos sociais, sustentando que, na constituição brasileira, eles são expressamente previstos e por isso, ao contrário do que ocorre em países como a Alemanha – onde são reconhecidos como um meio de se concretizar o valor da liberdade –, recebem tutela direta. Critica a tese de que, por se tratarem de direitos coletivos, não possuem uma dimensão subjetiva, porém, ao reafirmar essa dimensão, aponta a necessidade de que, para o seu reconhecimento em juízo, com o deferimento de prestações positivas, não dispensam a ponderação com os princípios da democracia e da separação de poderes.

Lopes (1994), por sua vez, aponta a problematicidade de tratarem-se tais direitos de acordo com o molde do direito subjetivo – herança conceitual anterior até mesmo ao positivismo jurídico – e de reconhecer-lhes eficácia sem considerar que na seara distributiva os bens sociais não são devidos pelo estado apenas àqueles que os perseguem mediante ações judiciais, mas a todos os cidadãos destinatários das políticas públicas específicas.

Segundo esse autor, a noção de direito subjetivo no ocidente é indissociável da de direito de propriedade, no sentido de domínio, de exclusão dos direitos de terceiros sobre o mesmo objeto.

(...) o conceito de Direito subjetivo como fundamento da ordem jurídica tem uma formulação própria na modernidade. Além disso, (...) a propriedade, como exclusão de todos os outros direitos sobre a coisa, ou ainda de todos os outros direitos sobre a coisa, como simples derivados da propriedade, é moderna. (Lopes, 1994: 123).

Contudo, os direitos sociais se distinguem dos direitos subjetivos tradicionais (liberdades públicas, direitos negativos), tanto por serem de titularidade coletiva – fruição distinta – como por exigirem remédios distintos dos que se aplicam a litígios interindividuais,

judicialização poderia estar gerando um efeito concentrador de recursos públicos, ao passo que importantes demandas populares restariam sem atendimento.

voltando-se a questões de justiça distributiva. Sua implementação é ligada à administração da escassez de bens sociais e é o estado que neles figura como obrigado, não um particular ilicitamente aquinhado com algo que é devido a outrem. Como refere Lopes, esses direitos entrarão em contradição com as políticas públicas se forem considerados como direitos subjetivos da maneira tradicional. O Judiciário se insere nessa mediação, contudo, empregando o antigo conceito de direito subjetivo, individual, excludente e ilimitado, o que compromete a própria efetivação coletiva de tais direitos – e é paradoxal que isso ocorra sob justificáveis que pretendem dar efetividade à constituição. Assim, torna-se uma falácia a transposição de demandas de índole coletiva a um contexto de justiça comutativa, pois as causas são julgadas sob o pressuposto de que o pleiteante, em ação individual, seja titular, como se fosse o único interessado, de direitos subjetivos contra o estado.

Amaral (1999), por sua vez, aponta que o postulado da “máxima eficácia” dos direitos fundamentais, corolário do princípio da imperatividade e efetividade (eficácia social) da constituição, leva a uma atuação judicial no sentido de concederem-se indiscriminadamente prestações estatais, sem considerar as limitações econômicas, que mesmo teóricos como Barroso, Sarlet e Torres, aqui resenhados, reconhecem existir.

A posição, por paradoxal que pareça, não está ligada, ao menos na prática pretoriana, a qualquer concepção dos direitos fundamentais, mas um positivismo extemporâneo, fundado na premissa de que, se ‘está na lei’, é Direito, associada a uma compreensão a nosso ver equivocada da efetividade das normas constitucionais. (AMARAL, 1999:109)

A imperatividade da constituição, pilar do neoconstitucionalismo, leva necessariamente, na visão de Barroso (2003) e Sarlet (2012) à afirmação da eficácia social dos direitos fundamentais. Nesse ponto se revela nessa linha de pensamento a influência da teoria dos direitos fundamentais do Estado Social, segundo a qual “deve o estado procurar os pressupostos sociais necessários para a realização da liberdade dos direitos fundamentais e favorecê-los”⁵⁴.

⁵⁴ Cf. Amaral (1999: 103)

A jurisprudência recente em matéria de tutela de direitos sociais é perpassada pelas teses neoconstitucionalistas e traz exemplos eloquentes dessa postura hermenêutica ativa, de aplicação direta da constituição e de ponderação no sentido de concretizar os direitos fundamentais. Em ação⁵⁵ na qual um cidadão pediu o fornecimento de medicamentos que precisariam ser importados e não constavam da lista padronizada do SUS nem tinham registro na ANVISA, o judiciário fluminense decidiu que o direito fundamental à saúde justificava a entrega dessa prestação e que, por ponderação, esse direito deveria prevalecer sobre as limitações orçamentárias, nos seguintes termos:

A saúde é, ao mesmo tempo, um direito fundamental e social. Constituição Federal que deve ser interpretada, por meio de mutação constitucional, com o fito de dar efetividade a tal direito, sem, contudo, colidir com o inciso I do seu artigo 167, o que impõe a ponderação de tais valores, tendo, como fio condutor, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Interesses financeiros da Administração Pública que devem ceder frente ao direito em questão, diante da solidariedade social.

Nada obstante, a vinculação das decisões acerca de direitos fundamentais a uma axiologia constitucional, ainda que se configure como um meio de concretização desses direitos, pode levar a que, presente a noção da sua prevalência, não sejam considerados quaisquer outros argumentos e fundamentos pelo judiciário.

Ao decidir questões sobre políticas públicas a partir dos postulados doutrinários da prevalência dos direitos fundamentais e da máxima eficácia dos direitos fundamentais (inclusive sociais), bem como a partir de precedentes jurisprudenciais que pretendem delinear uma determinada axiologia a partir da constituição, o judiciário se aproxima de um novo formalismo. Como visto em Schauer (2011), o formalismo é uma preferência por normas – não necessariamente, normas jurídico-legislativas, mas que também podem ter origem doutrinária ou jurisprudencial (como os precedentes do *stare decisis* num sistema de *common law*), bastando que sejam vinculantes para a ação. De modo disseminado, o judiciário, ao decidir sobre políticas públicas tem preferido essas regras e, reconhecendo caráter geral e dominante aos direitos sociais, a jurisprudência, com grande frequência, vem concretizar o direito a prestações estatais. Há nesse formalismo renovado um risco, persistente, de incorrer

⁵⁵ Recurso de agravo de Instrumento 0019333-45.2014.8.19.0000, 20ª Câmara Cível do TJRJ, julgamento em 15/05/2014.

em julgamentos desarrazoados, a partir de uma inadequação que é a concentração de recursos públicos para atendimento de causas individuais – o que poderia ser tido como julgamentos inequitativos, para recorrer à conceituação de Perelman.

Intervindo na seara das políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal determinou que, sem levar em consideração limites orçamentários e fiscais, o município de Santo André (SP) deveria prover o serviço de creche para todas as crianças ali residentes. Assim, afirmou a eficácia social direta das normas constitucionais de direitos fundamentais, tidos como direitos subjetivos individuais, bem como sua superioridade diante de outros princípios constitucionais e a inaplicabilidade da tese da reserva do possível⁵⁶.

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. (...) Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Nesse julgamento, o STF considerou que uma determinada prestação social destinada a uma coletividade – uma creche –, antes de ser objeto de uma política pública geral que equacionasse os recursos do orçamento para o atendimento das necessidades gerais, era objeto de um direito fundamental, subjetivo e individual, de titularidade daquele que moveu a ação. Sob essas premissas, o tribunal interveio na política pública municipal e distribuiu recursos da sociedade a uma só pessoa, de forma excludente, isto é, sem considerar as necessidades dos demais cidadãos.

A partir de uma axiologia constitucional fixada pela jurisprudência e do emprego de postulados doutrinários invariantes, quase como axiomas de decisão, estabelecem-se diretrizes para as decisões judiciais que permitem, mercê de tratarem as questões apresentadas

⁵⁶ RE 410715 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005.

a partir de formas estáveis, a extrapolação dos raciocínios em modo assimilado ao *more geometrico* característico das matemáticas. Os direitos fundamentais, nessa articulação, surgem como um novo *positum* que são aplicados menos com recurso ao método da ponderação do que a uma reiterada subsunção – novamente, corre-se o risco de, assim, deixar o judiciário de fazer juízos de valor que levem em conta as particularidades do caso.

Em outro caso, tomando as noções de eficácia social da constituição e supremacia dos direitos fundamentais como postulados sistemáticos que prevalecem sobre quaisquer outros fundamentos, inclusive de ordem fiscal, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro determinou, em decisão liminar⁵⁷, que o governo do estado fizesse previsão orçamentária para o ano seguinte e instalasse uma delegacia de polícia especializada no atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violência:

Concretização do mandamento constitucional, enquanto princípio-garantia, que não está ao alvedrio dos poderes, constituindo, ao revés, uma obrigação inafastável. (...) Parcial provimento do agravo para determinar que o agravado faça constar do próximo orçamento (ano de 2009), dotação necessária à criação e manutenção da DCAV para o atendimento de crianças e adolescentes, implementando, no referido ano, a mencionada política pública (...)bem como para determinar que até a instalação desta DCAV, sejam atendidos na DEAM de Jacarepaguá, a qual deve estar equipada para tal, com recursos humanos e materiais, as crianças e adolescentes que são vítimas de violência física e sexual.

Decidindo dessa maneira, o Tribunal alinhou-se ao entendimento do STF no sentido de que a constituição prevê direitos subjetivos para os cidadãos e que estes devem ser assegurados por prestações concretas, não cabendo ao ente político qualquer escolha, mesmo que fundada em razões econômicas, o que desafia a cláusula, também constitucional, da separação dos poderes. Todavia, é patente a supressão da esfera da escolha do administrador, ao passo que a causa, por tratar apenas de uma política pública, considera os direitos em jogo como direitos subjetivos violados, respondendo ao mesmo modo que faria numa causa individual, assim deixando de considerar uma dimensão coletiva mais ampla (outras demandas sociais) que se reflete no orçamento público, e por isso se aproximando, em razão da possível falta de proporcionalidade, de um julgamento desarrazoado. O orçamento, aponte-se, é resultado de um processo democrático e por isso, a decisão que o desconsidere, ao

⁵⁷ Recurso de agravo de instrumento n.º 2008.002.04566, julgado pela 15ª Câmara Cível em 11/11/2008.

aplicar a constituição diretamente, poderá incorrer nos problemas de legitimidade do judiciário, abordados antes a partir de Habermas (1997).

Nessa direção, outro caso digno de atenção em matéria de políticas públicas se deu numa ação em que o Ministério Público, alegando que o Município do Rio de Janeiro tinha a obrigação constitucional de contribuir para um meio ambiente equilibrado, pediu que esse ente político fosse condenado a fazer a coleta seletiva do lixo em toda a cidade, inclusive e particularmente nas áreas públicas, instalando, em lugar de cada papelreira comum, quatro recipientes que atendessem ao código internacional de cores da reciclagem⁵⁸:

JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO, para condenar a 1ª. Ré, diretamente e o 2º Réu subsidiariamente na obrigação de fazer de implantar permanente do dos padrões mais adotados de coletores: de lixo orgânico - Marrom e inorgânico recicláveis - Azul - papel, Vermelho - plástico, Verde - vidro e Amarelo - Metal, em especial nas vias públicas de grande circulação, praças, parques, além da manutenção de logística capaz de transportar separadamente e dar destinação a cada tipo de resíduo.

Os argumentos para essa conclusão se basearam em que, havendo um direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, esse direito poderia ser violado pela falta de proteção suficiente, isto é, pela falta de ações (políticas públicas) que assegurassem aos cidadãos os efeitos práticos desse direito. Ora, resgatando a noção de desarrazoado em Perelman, tem-se que este expressa a qualidade de decisões que, embora respeitando preceitos sistemáticos, produzem consequências “iníquas, ridículas ou opostas ao bom funcionamento do estado”. (1996a: 432-433). É de se perguntar se não é este o caso, já que, de uma penada, o judiciário determinou que se trocassem os coletores de lixo em toda a extensão da segunda maior cidade do país, uma das maiores cidades do planeta, sem qualquer ponderação quanto a limitações orçamentárias ou quanto à autonomia da municipalidade na formulação e implementação de suas políticas públicas de saneamento, coleta e tratamento de resíduos. Apenas foi considerado, nesse julgamento, que os direitos fundamentais prevalecem sobre quaisquer outros, abrangendo o direito a um ambiente saudável, o que dispensaria, em caso de proteção insuficiente desses direitos, a ponderação com outros direitos.

⁵⁸ Processo: 0375356-37.2011.8.19.0001, julgado em 25/06/2012 pela Central de Assessoramento Fazendário do TJRJ.

Em casos como esses, revela-se a aplicação da norma constitucional não como princípio, mas como regra. A intervenção jurisdicional corre o risco de ser desarrazoada, seja porque trata de situações coletivas como se fosse apenas de direito subjetivo individual, desconsiderando os direitos dos que não são parte na ação, seja porque afirma a superioridade de um dado direito fundamental sem considerar a cláusula de separação dos poderes ou as limitações de ordem econômico-orçamentárias.

Julgamentos com esse conteúdo incorrem nos mesmo problemas que decisões que, partindo do cânone positivista, apliquem dispositivos legais de maneira formalista, no qual a norma se sobrepõe à realidade, a premissa maior praticamente dispensando qualquer outro elemento no raciocínio judiciário e se impondo como conclusão ao modo de uma petição de princípio. A solução para efetivação dos direitos sociais, por decisões judiciais, com base na sua supremacia enquanto norma constitucional, se buscou dar eficácia máxima a esses provimentos, não é suficiente para abranger a dimensão coletiva dos bens públicos (e das políticas públicas), já que, apegando-se a um conceito tradicional de direito subjetivo, individual e excludente, não considera que tais bens são da ordem dos “ativos divisíveis da comunidade, os quais podem ser atribuídos entre seus membros em porções iguais ou desiguais”, como afirmou Aristóteles (2007: 151).

Fica, portanto, a crítica no que tange à intervenção jurisdicional em políticas públicas na chave de um formalismo renovado, porque, embora se dê assim a expansão da efetividade constitucional, os instrumentos conceituais – ou o seu emprego – frequentemente se deixa de considerar a índole coletiva dos direitos sociais, ou de fazer um balanceamento entre necessidades individuais e coletivas. A abertura do raciocínio jurídico a valores, propugnada no neoconstitucionalismo, fica neutralizada quando se estabelece um axiologia constitucional fixa, que é tratada pelo judiciário como um novo *positum*. Carece-se, ainda, de maior flexibilidade, mas, sobretudo, de uma forma eficaz de justiciabilidade (ou possibilidade de adjudicação) das questões de justiça distributiva à altura das premissas iniciais do neoconstitucionalismo – parte substancial da crítica que essa linha de pensamento endereça ao positivismo jurídico.

3. O antiformalismo dialógico.

Este ponto do trabalho busca conjugar as contribuições de Perelman relativas ao conceito de razão e sua crítica ao formalismo jurídico. Abordam-se, por isso, elementos de base da sua teoria da argumentação e também textos que tratam especificamente do direito e do raciocínio jurídico e judiciário – em especial a crítica ao que chama de desarrazoado⁵⁹. Sustenta-se, pois, que dessas vertentes da obra perelmaniana se pode extrair uma abordagem antiformalista e dialógica para o trato das interações sociais pelo direito – que para esse pensador tem lugar central como mediador das relações na sociedade⁶⁰. Esse autor, como se verá, adota como modelo de racionalidade o debate no processo judicial – uma atividade dialógica – e critica a descrição juspositivista do direito limitada a um sistema normativo, assim como a noção de aplicação do direito como um processo dedutivo formalizado, do qual os juízos de valor estariam excluídos, relegados pelo positivismo ao território da vontade, ou seja, fora do espectro da racionalidade. Postula-se, igualmente, que essa crítica se aplica a qualquer formalismo, seja o que toma leis *stricto sensu* por parâmetro, seja o que se ampara numa axiologia predicada pela doutrina jurídica ou pela jurisprudência construtiva de uma corte constitucional.

A proposta de Perelman, por meio da teoria da argumentação, é situar os juízos de valor no campo da razão e da aplicação do direito, o que leva à necessária ruptura com o formalismo jurídico, em razão de sua inaptidão em lidar com essa dimensão. Em sua visão, o direito é antes de mais nada algo relacionado a problemas de decisão, ou seja, não pode ser descrito de maneira satisfatória com base apenas em postulados sistemáticos, por mais sofisticados que sejam – e certamente não pode sê-lo sem levar em conta os juízos de valor e o contexto dialógico em que se dão as decisões. Ademais disso, o direito encontra limites naquilo que o autor nomeia como desarrazoado, que é uma qualidade dos julgamentos e conclusões tomadas a partir do direito, aferida pelo sentido comum, diante da maior ou menor aceitabilidade social – dessa forma, o direito não se define apenas a partir de um sistema, seja ele qual for.

⁵⁹ Perelman (1996a: 427-437).

⁶⁰ Embora não seja objetivo deste estudo pesquisa, cabe registrar a notável aproximação do autor com Habermas, nesse ponto, já que este sustenta que o direito faz a mediação entre o *mundo da vida* e os sistemas (1997).

O posicionamento crítico de Perelman em relação ao formalismo teve como referência original a teoria pura do direito, que lhe era contemporânea, mas, sustenta-se aqui, conserva sua força diante de certas posições neoconstitucionalistas, embora com adaptações, pois, a partir do momento em que se erige uma axiologia constitucional fixa, em que se assumem postulados doutrinários que hegemonizam os direitos fundamentais de forma absoluta, os provimentos judiciais correm o risco de deixar, novamente, de fazer juízos de valor orientados aos casos, adotando regras como razão preferencial de decidir. Enquanto a teoria kelseniana descreve o direito como um sistema normativo, a partir do ordenamento estatal – o que Perelman aponta ser insuficiente –, o neoconstitucionalismo, embora postulando que as normas constitucionais têm caráter axiológico e aberto e que sua aplicação é permeada pela razoabilidade, compromete-se ainda em grau acentuado com a noção de sistema, a partir dos já referidos postulados doutrinários e da jurisprudência construtiva, e portanto com uma aplicação do direito fortemente dedutiva, formalista.

Para o filósofo belga, que se contrapunha ao positivismo seu contemporâneo, há, contudo, uma racionalidade dialógica que se manifesta em exemplos históricos do processo judicial, surgindo do embate de teses e se exteriorizando pela prática do discurso persuasivo e pela argumentação, a demonstrar que a fundamentação jurídica efetiva não é estritamente normativa e sistemática, mas também ética – e que considerar o direito apenas um sistema normativo é uma limitação. As decisões se produzem a partir dos argumentos, que dizem respeito às peculiaridades da causa, e se inserem num processo argumentativo, isto é, almejam a adesão – ainda que se imponham às partes por força do direito.

Como as decisões judiciais se dão exatamente num contexto dialógico, porém frequentemente sob a marca de um persistente formalismo jurídico, mostram-se fecundas as possibilidades de análise dos julgamentos em matéria de políticas públicas a partir das construções perelmanianas, que supõem uma racionalidade dialógica. Como já se abordou nos capítulos precedentes, a adjudicação formalista, seja ela positivista clássica ou de linha neoconstitucional, apresenta dificuldades no trato de questões onde esteja envolvida a distribuição dos “ativos divisíveis da comunidade”, como referiu Aristóteles (2007: 15), ou nas quais se trate das desigualdades sociais ou econômicas a que se refere Rawls (2008: 376), exatamente pela limitação que os formalismos apresentam para incorporar juízos de valor de forma flexível, adequada ao caso em tratamento. Busca-se, neste capítulo, examinar a possibilidade de um tratamento dialógico dessas questões que mitigue uma aplicação

formalista do direito e permita incorporar ao julgamento elementos exteriores ao sistema jurídico, em especial juízos de valor.

3.1. Racionalidade dialógica e argumentação.

Insatisfeito com a conclusão (racionalista) quanto à irracionalidade dos julgamentos de valor (envolvidos, por exemplo, na aplicação do direito), Perelman inicia em 1947, com Lucie Olbrechts-Tyteca, a pesquisa que levaria à publicação, cinco anos mais tarde, de *Rhétorique et philosophie, pour une théorie de l'argumentation en philosophie*, e, em 1958, do *Tratado da argumentação – a nova retórica*. Nessa obra, Perelman e Olbrechts-Tyteca empreendem uma profunda releitura da *Retórica* e da *Tópica* de Aristóteles, principalmente, e exploram o raciocínio dialético e argumentativo (não analítico), o qual afirmam que, embora desvalorizado pelo pensamento moderno, predomina nas interações humanas em que, diferentemente dos sistemas formais, o ponto de partida não são verdades evidentes nem passíveis de demonstração imediata, mas premissas que têm a qualidade da verossimilhança. Trata-se, pois, de um projeto de recuperação e revalorização da razão prática⁶¹, no qual esta passa a se verificar como construção eminentemente dialógica.⁶²

O método de pesquisa de Perelman e Olbrechts-Tyteca envolveu um levantamento exaustivo das argumentações efetivamente desenvolvidas em diversos ramos da atividade humana e, embora tomasse os debates judiciais como modelo, abrangeu também a retórica de políticos, pregadores, filósofos, escritores e diplomatas (Monteiro, 2006). Nessa pesquisa, Perelman e sua colaboradora constataram a ocorrência prevalente de argumentos que não se prendiam à lógica formal, sinalizando com isso a existência de uma racionalidade “secreta” em interações humanas (Perelman, 1996b: 574), tecidas não pela razão analítica, mas pela argumentação.

As razões da escolha do modelo judicial denotam o distanciamento assumido pelos autores em relação ao cânon racionalista:

⁶¹ Freitag (1989) trata dessa noção em Kant, como aquela faculdade humana que permite o julgamento moral, ou que “desvenda as leis do mundo social” – aquele no qual os homens agem, o *Sollen* – e que tem o imperativo categórico como instrumento.

⁶² Segundo Pessanha (1989: 244), Perelman “mostra que é a teoria da argumentação que consegue afinal fundamentar (dia) logicamente os juízos de valor, os juízos da razão prática, e embasar uma axiologia não-absolutista.”

O papel tradicional do Direito é organizar, efetivamente e de diversas formas, a dialética entre vontade e razões humanas, logo imperfeitas. Os ensinamentos que ele nos oferece e que examinaremos na continuação desta explanação não têm nenhum valor para os metafísicos apaixonados por absolutos, mas quão preciosos são para os filósofos que reconhecem os limites inevitáveis da condição humana. (Perelman: 1996a, 364)

A Teoria da Argumentação, ou Nova Retórica, é, no dizer de Mendonça, “um novo paradigma de estudo das ciências humanas e sociais, fundado em um novo tipo de lógica, ancorada em um processo de argumentação” (2007: 87), no qual é retomado, a partir de Aristóteles, um modelo de racionalidade dialética – em oposição à racionalidade analítica – que se distancia do modelo cartesiano do *cogito*, isto é, da razão necessária e monológica, fundada no conhecimento do evidente e na dualidade verdadeiro/falso, que caracteriza o raciocínio analítico. Esse novo modelo tem uma “estreita ligação” com o direito (Mendonça, 2007) e “constitui uma das mais importantes contribuições, em nosso século, à revisão do conceito de Razão, incidindo particularmente sobre a questão da cientificidade no campo das ciências humanas ou sociais.” (Pessanha, 1989: 221).

O próprio Perelman enuncia, ao início do *Tratado*, que ali se introduz “uma ruptura com uma concepção da razão e do raciocínio, oriunda de Descartes”, pois a Nova Retórica afronta as noções cartesianas basais: 1) da evidência como marca da razão (razão necessária) e 2) da limitação da racionalidade ao raciocínio *more geometrico* (que, partindo de ideias claras e distintas, estende a evidência dos axiomas do sistema a todos os teoremas, por meio de provas apodíticas). Perelman e Olbrechts-Tyteca propõem, assim, que nos campos que escapam ao cálculo – as ciências humanas, por excelência – opera uma razão diferente, não monológica, mas argumentativa, dialógica.

Segundo Perelman, em sua maior parte as interações humanas não se dão com base em premissas que possam aspirar à verdade, mas sim à verossimilhança. São, frequentemente, premissas da classe a que Aristóteles se referiu como opiniões na *Tópica* (1973: 11), enunciados prováveis. É pela argumentação persuasiva, retórica, construída a partir desses enunciados, que se consolidam preferências e dialogicamente se constroem juízos de valor, ensejando escolhas e decisões que, mais do que se calcar na verdade, fundam-se na adesão dos envolvidos.

A alternativa perelmaniana ao modelo cartesiano de racionalidade, como já se referiu, se baseou no modelo do processo judicial, “verdadeira decantação de dois mil anos de experiência de aprendizado jurídico, (...) modelo alternativo à geometria e à matemática, *musas inspiradoras* de todas as diferentes versões do positivismo” (Maia, 2009: 63).

Contudo, não se descarta a racionalidade cartesiana, mas postula-se que a mesma deve ser complementada pela racionalidade argumentativa, para integrar ao campo da razão os julgamentos de valor. O que Perelman critica na lógica de matriz cartesiana, tal como se desenvolveu nos séculos XIX e XX, é que esta se formalizou em excesso, privilegiando o raciocínio analítico e as provas apodíticas, desprezando totalmente as provas dialéticas, referidas por Aristóteles na *Retórica* e na *Tópica*. A seu ver, tais desenvolvimentos limitaram o campo do racional ao formal e dele excluíram os juízos de valor e quaisquer outros elementos externos ao sistema, descartando as provas dialéticas, em consequência, como figuras de retórica ornamental.

Essa razão, da qual Descartes esperava que permitisse, pelo menos em princípio, resolver todos os problemas que se colocam aos homens e cuja solução o espírito divino já possui, ficou cada vez mais limitada em sua competência, de sorte que o que escapa a uma redução ao formal lhe apresenta dificuldades insuperáveis. (Perelman, 1996b: 3)

A formulação perelmaniana enfrenta, assim, o monismo metodológico de origem cartesiana e seu formalismo inerente, segundo o qual só há um método a seguir para atingir a verdade a partir das intuições evidentes dadas ao sujeito individual: o método demonstrativo, da prova apodítica, o raciocínio *more geometrico*, do qual o positivismo jurídico se utiliza. É também monista o método proposto por Kelsen em sua teoria pura, pois busca abordar com exclusividade o direito positivo.

Na proposta de Perelman e Olbrechts-Tyteca, uma racionalidade dialógica surge como a alternativa a considerarem-se inapelavelmente irracionais as ações humanas que envolvam julgamentos de valor – perspectiva do racionalismo e do positivismo – e consiste num instrumento para lidar com objetos de conhecimento que não sejam evidentes, mas até mesmo controvertidos, como é comum, bem como para abordar o que trata do apenas verossímil (que para Descartes seria não-verdadeiro, falso ou quase). Em sua proposta, podem

se incluir no campo da racionalidade as controvérsias de opiniões, o entrelaçamento de teses razoáveis, porém de consequências incompatíveis, enfim, raciocínios a partir de premissas comuns, cotidianas, que não se reduzem a expressões formais (sob pena de contradição ou contrariedade) e que, numa perspectiva lógico-formal, seriam desqualificados como irracionais. Sobretudo, pode-se incluir a decisão como resultado da adesão a uma tese, considerando racionais os juízos de valor que a embasam.

Assim, ao raciocínio com base no necessário e evidente, Perelman opõe uma outra forma, que tem como pontos de partida o verossímil, o plausível, o preferível, o não-coercivo; ao que é passível de demonstração, opõe aquilo que pode ser objeto de persuasão ou convencimento; à prova analítica, contrapõe a prova dialética; à concordância, opõe a adesão. Trata-se de raciocínio dialético, recuperado a partir de sua releitura de Aristóteles. Na contribuição de Perelman, a razão necessária (impositiva) tem aplicação limitada em sistemas não inteiramente formais, como o direito; antes, a razão que aí opera é dialógica, aborda problemas e tem por finalidade dar sustento a decisões – no que é aplicável, aliás, à maior parte dos assuntos humanos. Partindo dessa razão não coerciva, a teoria da argumentação preserva a possibilidade de se debater racionalmente questões que não girem em torno da verdade e se propõe a justificar decisões tomadas nesses contextos não com referência a absolutos, mas com base nos melhores argumentos.

Apenas a existência de uma argumentação, que não seja nem coerciva nem arbitrária, confere um sentido à liberdade humana, condição de exercício de uma escolha racional. Se a liberdade fosse apenas adesão necessária a uma ordem natural previamente dada, excluiria qualquer possibilidade de escolha; se o exercício da liberdade não fosse fundado em razões, toda escolha seria irracional e se reduziria a uma decisão arbitrária atuando num vazio intelectual. Graças à possibilidade de uma argumentação que forneça razões, mas razões não-coercivas, é que é possível escapar ao dilema: adesão a uma verdade objetiva e universalmente válida, ou recurso à sugestão e à violência para fazer que se admitam suas opiniões e decisões. (Perelman: 1996b, 581)

Nesse sentido, os autores do *Tratado da Argumentação* modelam o raciocínio em matérias dadas ao senso comum⁶³ como um processo argumentativo, em que um *retor/orador*

⁶³ Sem pretender aprofundamento nesse tema, convém retomar colocações de Hannah Arendt (1999), que refere o senso comum à experiência pública, compartilhada, aquilo que “como uma mesa (...) se interpõe entre os que se assentam ao seu redor; (...) ao mesmo tempo separa e estabelece uma relação entre os homens” (p.62).

expõe suas teses a um auditório num discurso – que pode ser composto de uma só pessoa (o próprio *retor* na argumentação consigo mesmo ou um interlocutor singular), especializado ou universal⁶⁴ – e as debate mediante procedimentos retóricos e pelo emprego da tópica. Na sua concepção, esse auditório pode ser composto até mesmo por aqueles que não estão presentes, como o público de leitores de um livro ou um texto – é o conjunto dos indivíduos que o orador pretende persuadir ou convencer. Afastando-se da lógica formal e do raciocínio analítico – que visam, se não à verdade, ao menos a estabelecer conclusões que tenham relações de necessidade com as premissas (coerência no sistema) –, a argumentação visa à adesão do auditório, por razões não constringentes, a persuasão racional. Ao contrário da lógica formal, a argumentação é sempre pessoal e não prescinde de um contexto – ela é necessariamente referida a um auditório composto por pessoas concretas, com crenças igualmente concretas. Por isso, não se identifica com a busca da verdade, mas da adesão do auditório a uma tese determinada.

Nada obstante a importância da teoria da argumentação⁶⁵ para a crítica perelmaniana ao formalismo jurídico, não é possível aprofundar o seu estudo dentro dos limites estreitos deste capítulo sem que isso signifique, por um lado, sacrificar a análise à simplificação e, por outro, desviar-se o foco analítico do objeto do trabalho – a metodologia de aplicação do direito empregada nas decisões judiciais que atualmente abordam políticas públicas⁶⁶. A contribuição do filósofo belga, no entanto, é central na investigação quanto ao formalismo que se manifesta nessas decisões e, em alguns casos, para caracterizar o que aqui se nomeia como antiformalismo dialógico – em especial o caráter dialógico da racionalidade e sua abertura a fundamentos éticos, o trato das premissas apenas verossímeis (opiniões) e o caráter contingente das decisões.

⁶⁴ Ainda que registrando ser problemática a noção de um auditório universal (veja-se a nota 66, sobre a crítica de Robert Alexy nesse ponto), registre-se que Perelman (2004b: 260-264) fala de um auditório universal intentado, almejado, imaginado, que varia na história, socialmente, de acordo com a cultura. O racional assim concebido não é eterno, mas condicionado à época, à civilização e mesmo a cada disciplina. Os critérios do racional nessa perspectiva já não são intemporais e impessoais, como no cartesianismo, nem transcendentais, como em Kant, mas residem num ideal de comunhão e entendimento.

⁶⁵ Além do Tratado (Perelman e Olbrechts Tyteca, 1996b), outras fontes podem ser referidas para estudo da teoria da argumentação, em especial Perelman (1987), Pessanha (1989), Lemgruber, (1999), Maia (2003 e 2009), Bittar e Almeida (2012) e Atienza (2014).

⁶⁶ Não se ignora, por outro lado, as críticas à Nova Retórica Perelmaniana contidas em desenvolvimentos posteriores, em especial a teoria da argumentação jurídica, de Robert Alexy (2001). Esse autor objetou quanto à noção de auditório universal, uma vez que o acordo de todos não pode ser obtido, bem como quanto à ausência de distinção suficiente entre persuasão e convencimento, a recusa ao emprego dos métodos da lógica moderna, a falta de distinção entre diferentes tipos de julgamento e a ausência de meios para se apontar uma solução correta.

Perelman, em sua produção posterior, assume a oposição ao positivismo jurídico e ao formalismo a ele inerente, buscando lançar as bases de uma lógica especificamente jurídica, que não se valha apenas do raciocínio dedutivo a partir da norma posta mas abranja os juízos de valor efetuados em todo julgamento e eventuais elementos externos ao sistema. Para ele, a definição das próprias premissas do raciocínio jurídico é central a esse processo, e complexa, pois envolve juízos subjetivos/valorativos. O texto da lei é aberto à polissemia e sua interpretação é sempre mediada pelos contextos em que o intérprete está inserido, de modo que o formalismo é marcadamente insuficiente para descrever e guiar o raciocínio jurídico.

Em sua visão, não há algo como uma verdade judicial, mas há um caminho racional na construção da decisão em juízo, balizado por “sentos humanos e racionais, calcados sobretudo em experiências, valores, provas e discursos” (Bittar e Almeida: 2012, 476). A noção de justiça é historicamente contingente e não universalizável, e na reflexão de Perelman, é frequentemente substituída pela de equidade, esta sempre ponderada com a de segurança jurídica/legalidade nos julgamentos concretos. O julgador não é, portanto, uma “máquina silogística” (Bittar e Almeida, *cit.*), nem há uma verdade previamente dada, que lhe cabe descobrir. Outrossim, as questões postas ao direito não se reduzem à determinação da verdade ou falsidade de enunciados:

O Direito, tal como funciona efetivamente, é essencialmente um problema de decisão: o legislador deve decidir quais serão as leis obrigatórias numa comunidade organizada, o juiz deve decidir sobre o que é Direito em cada situação submetida ao seu juízo. Mas nem o legislador nem o juiz tomam decisões puramente arbitrárias: a exposição dos motivos indica razões por que uma lei foi votada e, num sistema moderno, toda sentença deve ser motivada. O Direito positivo tem como correlativo a noção de decisão, senão razoável, pelo menos raciocinada. (Perelman, 1996a: 376)

Poderia se dizer, neste ponto, que na visão de Perelman a fundamentação do direito não é exclusivamente lógico-jurídica, como no positivismo e particularmente na teoria pura do direito de Kelsen e sua *Gründnorm*, mas ética; casuística e não universal; é particular e historicamente contingente. É possível, com as devidas adaptações, transpor essa crítica a qualquer sistema jurídico formalizado, inclusive aquele que decorre, contemporaneamente, dos postulados de prevalência dos direitos fundamentais e da máxima eficácia dos direitos

fundamentais, além da jurisprudência que dá a esses direitos uma precedência absoluta em relação a quaisquer outros argumentos.

O foco central da teorização posterior do filósofo belga Perelman é o raciocínio judicial, que ocorre na solução de conflitos, quando se impõe tomar uma decisão. Volta-se o autor, assim, para a práxis do direito, e reafirma a possibilidade de uma razão prática, ao passo que repudia a colonização do raciocínio jurídico pela lógica formal, almejada pelos formalismos de qualquer ordem. A lógica jurídica que propõe não é voltada para o alcance da verdade, mas é uma lógica argumentativa, que se materializa num discurso processual, retórico, pelo qual se constroem a justiça, a equidade e a razoabilidade das decisões (julgamentos). O juiz, nesse quadro, não tem como ser a boca da lei, nem as decisões judiciais precisam espelhar os precedentes em todos os casos.

A lógica da argumentação, frontalmente contrária à lógica formal, diametralmente oposta à proposta por Hans Kelsen, pretensamente científica, vislumbra na atividade do juiz um complexo empreendimento de elaboração, condensação, valoração, ponderação, divisão de elementos de diversas naturezas, em que não somente a norma jurídica é um ponto de referência, pois divide espaços e, por vezes, colide com impressões psicológicas, histórias e vivências comunitárias, intuições pessoais, provas não produzidas (mas é também conhecida da sociedade)...que para outros modelos teóricos são simplesmente motivo de desprezo. (Bittar e Almeida, 2012: 479-480)

Perelman afirma que a teoria pura do direito não dá explicação suficiente do funcionamento efetivo do direito, porque, ao separá-lo do meio social em que ele funciona e das reações sociais desse meio, impede que ele proveja um meio de evitar o desarrazoado – conceito vago, que é dependente do meio social e tem a ver com a aceitabilidade das decisões. É desarrazoado aquilo que é iníquo e também o inequitativo, assim como o são também o ridículo e o inadequado⁶⁷. Para Perelman, a categoria do razoável esclarece de forma útil toda a filosofia prática, embora esta seja dominada pelas ideias de razão e de racionalidade.

A ideia de razão sempre teve papel relevante no direito, seja nos jusnaturalismos de base divina ou racionalista, ou na concepção dos teóricos modernos, que tomaram por premissa a racionalidade do legislador. Assim, tanto numa como na outra vertente justeórica o

⁶⁷ Pode-se ver como iníqua a pena excessiva e inequitativa a divisão de bens que não respeita a proporção dos quinhões. De outro lado, é ridícula a condenação a uma obrigação inviável.

direito é inferido racionalmente, ainda que a partir de bases diferentes (a conformidade à lei eterna, à reta razão, ou a derivação normativa)⁶⁸. As noções de razoável e de desarrazoado, contudo, não foram muito utilizadas nas teorias do direito, embora, entende Perelman, nele intervenham muito mais decisivamente do que “a razão” e “a racionalidade”, já que delimitam o âmbito em que toda atividade jurídica é concretamente exercida, e por isso seria fútil qualquer tentativa de reduzir o direito a um formalismo ou a um positivismo jurídico.

Perelman suscita que o exercício desarrazoado de um direito ou poder é tido como censurável, inadmissível (através de institutos como o abuso de direito, má-fé, violação da equidade, a contrariedade a princípios gerais...), e que a legitimidade da ação, do ponto de vista do direito, depende de sua razoabilidade. Considera, assim, que a arbitrariedade é sempre um limite para a ação, e que em determinados casos torna-se mais importante o balanceamento dos efetivos interesses envolvidos do que a aplicação estrita da lei. Colhendo exemplos judiciais, Perelman afirma que o razoável não remete a uma solução única, mas a uma pluralidade de soluções possíveis – e que quando a aplicação estrita da lei leva a consequências desarrazoadas (porque iníquas, ridículas ou opostas ao bom funcionamento do estado) é frequente que se tente evita-las de várias formas, até mesmo pelo recurso à ficção jurídica⁶⁹.

Diante disso, o autor destaca ser inaceitável a doutrina positivista da obrigatoriedade da lei independentemente do seu conteúdo quando este colida com princípios gerais do direito – que são uma expressão do razoável, historicamente constituída. Retoma, nesse ponto, uma crítica ao fundamento transcendental que Kelsen situa na *Gründnorm*, pois como os princípios do direito têm expressão histórica, contingente, assim também se constitui o limite daquilo que é aceitável. Afirma, enfim, que os formalismos, como o kelseniano, veem o direito apartado do meio em que funciona e das reações sociais desse meio, buscando torná-lo num sistema apenas formal:

⁶⁸ No positivismo se presume que o legislador conheça a língua e o sistema jurídico, que busque resguardar a coerência do sistema, que adapte os meios aos fins visados (instrumentalidade) e que raciocine num âmbito de preferências admitidas – isso permite aplicar ao texto da lei os argumentos *a pari*, *a fortiori* e *a contrario*.

⁶⁹ Como, e.g. a teoria do funcionário “de fato”, similar à do “fato consumado” do Direito administrativo brasileiro, bem indicada na fundamentação do REsp 944325 / RS, julgado pelo STJ.

Enquanto, em Direito, as ideias de razão e de racionalidade foram vinculadas, de um lado, a um modelo divino, do outro à lógica e à técnica eficaz, as do razoável e de seu oposto, o desarrazoado, são ligadas às reações do meio social e à evolução destas. Enquanto as noções de ‘razão’ e de ‘racionalidade’ se reportam a critérios bem conhecidos da tradição filosófica, tais como a ideia de verdade, de coerência e de eficácia, o razoável e o desarrazoado são ligados a uma margem de apreciação admissível e ao que, indo além dos limites permitidos, parece socialmente inaceitável. (Perelman, 1996a: 436)

Nessa perspectiva, não é a ideia de justiça nem uma equidade “ligada a certa igualdade ou a certa proporcionalidade” que melhor explica o funcionamento concreto das instituições jurídicas, mas a noção de razoável, que se correlaciona com aquilo que é socialmente aceitável. O desarrazoado, assim, indica um *limite ao direito* que não advém do próprio sistema jurídico, mas é uma qualidade de certas decisões que se verifica a partir de sua aceitabilidade social.

O que se pode ter, então, como um julgamento desarrazoado é aquele cujas conclusões sejam inequitativas, iníquas, desproporcionais ou ridículas⁷⁰. O julgamento ao qual falta razoabilidade tem como fundamento mais importante a coerência sistemática, mas não considera a aceitabilidade social da decisão. Assim, o desarrazoado em direito está frequentemente associado ao formalismo jurídico, em julgamentos que se organizam como simples deduções de postulados de um sistema normativo, todavia sem dar importância às consequências da decisão – que podem se revelar “inaceitáveis, porque iníquas, ridículas ou opostas ao bom funcionamento do estado”, devendo ser evitadas pelos juízes “por todos os meios, chegando até à ficção jurídica.” (Perelman, 1996a: 432-433).

Julgamentos assim podem ocorrer no campo das relações privadas – o desarrazoado se manifesta de acordo com as particularidades da questão -, mas são de particular interesse, para este trabalho, os julgamentos em questões de políticas públicas que envolvem direitos sociais.

⁷⁰ A esse propósito, destacam-se a sentença mencionada no capítulo 2, que condenou a Companhia Municipal de limpeza urbana do Rio de Janeiro (COMLURB) à troca de todas as papeleiras da cidade por conjuntos quádruplos com as cores da coleta seletiva, bem como aquela mencionada no capítulo 1 desta dissertação, proferida pela justiça de São Paulo, que assegurou a um consumidor individual o Direito de não se submeter ao racionamento geral de água.

Pode-se destacar, nesse sentido, julgamentos que contrapõem fundamentos de ordem jurídico-formal a pedidos que se amparam em direitos sociais, optando pela prevalência seja da competência legislativa (separação de poderes, ausência de lei criando o direito), seja executiva (princípio do orçamento, impossibilidade de exame do mérito administrativo). Estes poderiam se classificar como de orientação positivista.

A ideia de direito subjetivo parece estar implícita na noção de transação privada, tendo em vista que a possibilidade de alguma “correção” externa permite supor o descumprimento de um dever. Portanto, a justiça comutativa diz respeito à esfera privada, a uma correção forçada no funcionamento de um direito/cumprimento de um dever particular, supondo uma simetria e uma complementaridade necessária entre um e outro. Conclui-se também, porém por exclusão, que os “ativos divisíveis” da comunidade não são objeto de transações privadas e são passíveis de distribuição igual ou desigual (Aristóteles). Por conseguinte, esses ativos são distribuídos em medida definida pelo estado ou soberano e, ao menos na tradição clássica, não eram objeto de direitos subjetivos.

Contudo, não se quer fazer aqui pesquisa histórica sobre como efetivamente se distribuía esses bens na antiguidade clássica, mas apenas apontar na clássica dicotomia transações privadas/ativos da comunidade (associados à justiça comutativa e distributiva) uma similaridade marcante com a distinção que desde o surgimento do estado moderno se faz entre direito privado e direito público. Essa distinção, por outro lado, é coerente com a raiz da limitação liberal dos poderes do judiciário à justiça comutativa, aos interesses privados, ao passo que se pode, a partir do Estado Social, compreender que a “ampliação da ação do judiciário” tenha se dado, entre outras razões, pela inclusão da dimensão distributiva na jurisdição (cf. Cittadino, 2004).

Assim, os julgamentos desarrazoados em questões de políticas públicas importam numa distribuição de ativos sociais que desrespeita a equidade e a proporcionalidade ou que leva a resultados iníquos ou ridículos – que não se podem definir de forma abstrata, mas apenas em função da sua aceitabilidade social, ou seja, em vista dos padrões de uma sociedade concreta, historicamente determinada.

Se consideramos ainda as diferenças entre transações privadas e ação pública – as primeiras caracterizadas por um equilíbrio simétrico entre direitos e deveres dos cidadãos, a segunda norteadas pela igualdade formal –, a equidade/proporcionalidade residiria numa

distribuição igualitária dos bens comunitários. De acordo com esse parâmetro, poder-se-ia considerar desarrazoada uma política pública – ou um julgamento – que distribuísse bens sociais em desacordo com o entendimento corrente, na sociedade e em sua comunidade jurídica. Aliás, o fundamento mais comum dos pedidos de intervenção jurisdicional em políticas públicas é exatamente a má distribuição de bens sociais.

3.2. A dimensão retórica do direito.

A retórica é uma disciplina prática que tem a finalidade de produzir discursos que visam a persuasão – não a busca da verdade. Desde o seu início, está ligada aos debates judiciários e associada ao direito. Na *Retórica*, Aristóteles (2005: 275, fr. 1413b) reparte em três os gêneros da oratória: o deliberativo, o judicial e o epidíctico, cada qual com uma função. O primeiro e o segundo se voltam para o aconselhamento em vista de uma decisão: ao deliberar, busca-se uma decisão sobre assuntos relativos ao futuro; pelo discurso judiciário, a decisão diz respeito a fatos acontecidos, isto é, um juízo a respeito do passado. O gênero epidíctico, por sua vez, se dirige ao sentimento estético, ao bem dizer, e, por isso, seu tempo é o presente. Como aponta Alexandre Júnior (2005), essa disciplina não decorre de princípios, mas é o produto da experiência de oradores e a codificação de preceitos nascidos dessa experiência. Historicamente, como narrativa sobre o próprio discurso, a retórica se apresenta a partir dos processos de Siracusa, em torno de 485 a.c.⁷¹. São figuras de referência da sistematização retórica inicial Córax e Tísias, mestre e discípulo, autores do primeiro manual conhecido da disciplina, que se ocuparam da organização das partes do discurso – a *dispositio*, presente nos dois primeiros gêneros referidos – e Górgias, cujos desenvolvimentos se ligaram mais ao estilo e à composição – a *elocutio*, associada ao terceiro gênero discursivo e também à sofística.

A retórica desde sempre se constituiu como uma disciplina fluida, orientada à persuasão dos ouvintes e não à produção de formas de discurso ou à configuração do texto, sendo definida ora como geradora de persuasão, ora como descobridora de meios de persuasão, ora como a faculdade de falar bem em assuntos públicos ou, ainda, como a ciência ou arte de bem falar (*scientia bene dicendi*). Essas definições realçam aspectos metodológicos, do propósito e do objeto da retórica, bem como seu conteúdo ético,

⁷¹ Litígios em que cidadãos que haviam sido expropriados pelos tiranos sicilianos Gélon e Helião buscaram a recomposição do seu patrimônio, nos quais se registrou ampla utilização de debates orais, marcando um momento em que a democracia se impôs.

convergindo para delinear a forma de comunicação persuasiva, ou ciência que se ocupa dos princípios e técnicas da comunicação que tem o objetivo de persuadir – mas não apontam para contornos rígidos, senão que para o convencimento racional. A retórica, nessa vertente, se apresenta como *techné*.

Contudo, desde os diálogos de Platão – de quem se diz que era um retórico esmerado – e passando por modificações em Aristóteles, a retórica se desenvolveu do ponto de vista do pensamento filosófico como articulação íntima entre matéria e forma do discurso e, mais do que mera técnica, como a própria essência do processo de interpretar e dar sentido ao mundo objetivo, ou *logos* – em oposição à sofística⁷² e à erística⁷³. Em Roma, Cícero e depois Quintiliano, ambos advogados, postularam, ainda, uma orientação da retórica para a vida civil virtuosa e sua vinculação à ética (Iorio Filho, 2009: 725). Nessa visada, a retórica se mostra como um processo ou mesmo uma forma de conhecimento, distanciando-se de ser apenas arte ou ciência *bene dicendi* – porém sem deixar de lado o objetivo de persuadir. A teoria da argumentação de Perelman se articula a partir dessa retórica modificada, tendo renovado a disciplina e a reforçado como forma de conhecimento, pela sua conjugação com outra disciplina de organização aristotélica, a tópica⁷⁴. Também a partir desse desenvolvimento se aprofunda a divisão da retórica nos ramos da *dispositio* e da *elocutio*.

Aristóteles, embora crítico da ênfase nos estudos da retórica judicial, dedicou a essa especialidade diversos tópicos de sua *Retórica*⁷⁵, como, por exemplo, os que têm por objeto os delitos, a justiça/injustiça e a distinção entre meios técnicos e não técnicos (não retóricos) de persuasão – a sinalizar a persistência da associação de retórica e direito. Revela-se também na obra do Estagirita, portanto, o vínculo histórico entre a disciplina e o discurso persuasivo empregado perante magistrados e tribunais – vínculo que, por outro lado, se pode inferir também, séculos mais tarde, da inclusão da retórica no *trivium* da universidade

⁷² Na sofística, o conhecimento se reduz à opinião e o bem à utilidade, em significativa divergência dessa escola com a filosofia platônica (Abbagnano, 2007: 1.086).

⁷³ Ou arte de vencer qualquer debate, de formulação atribuída a Protágoras (Iorio Filho, 2009: 725), sendo alvo de ataques de Platão no *Sofista* e no *Górgias*.

⁷⁴ “ (...) método de investigação graças ao qual podemos raciocinar, partindo de opiniões geralmente aceitas (...)” (Aristóteles, 1973: 11)

⁷⁵ 1.10 a 1.15.

medieval (com a gramática e a dialética), instituição na qual, no ocidente, foi gestada a classe dos profissionais do direito⁷⁶.

A tradição jurídica ocidental, contudo, se consolidou como um “sistema integrado, idealizado para desenvolver-se ao longo do tempo” (Berman, 2004: 20), que se tornou característico de “todas as tradições jurídicas em que se distingue o direito da moral e dos costumes” (*idem*), isto é, a partir do qual se estabelece uma normatividade autônoma e se pode valorar as condutas na sociedade. Decorre disso que, como visto nos capítulos anteriores, em especial na modernidade, estabeleceram-se formas de justificação das decisões com emprego, predominantemente, de axiomas de sistemas jurídicos⁷⁷ – o que reduziu o espaço para emprego de técnicas de persuasão e diminuiu o prestígio da retórica. O racionalismo se interessava pela evidência e pela verdade, não pela adesão e pelo verossímil, o que levou à desqualificação da retórica.

A contribuição da retórica para o direito, entretanto, ganha alento com a obra de Perelman⁷⁸ e se atualiza, na visão de Ferraz Jr. (2013: 298 e seguintes), porque é por meio dessa disciplina que se podem compreender os aspectos de controle das decisões (em matéria jurídica) que são externos ao sistema, embora repercutam nele. Essa interação é essencial à legitimação das decisões, pois permite a incorporação ao discurso jurídico de valores que circulam na sociedade. Nessa perspectiva, as decisões são atos de comunicação, nos quais se pratica uma ação que é conforme a uma deliberação, e que, por isso, se fundam no entendimento – e aí se produz um espaço para a persuasão retórica, que aporta elementos externos, tais como os juízos de valor fundados em equidade, ou, em casos de lacunas da lei, na analogia, permitindo que assim se decida, mercê das peculiaridades do caso, como teria decidido o legislador⁷⁹.

⁷⁶ Berman (2006) sinaliza que a tradição jurídica ocidental, formando-se a partir da chamada “querela das investiduras” no século XI, tem como uma de suas características a existência de uma categoria profissional especializada, os advogados.

⁷⁷ Ferraz Jr. (2013) refere como dogmática a disciplina que toma certas premissas como vinculantes para o seu estudo, e qualifica como racionalidade dogmática o sistema de controle das decisões a partir da observância dessas premissas.

⁷⁸ Esse estudo se concentra, sobretudo, na razão dialógica e no antiformalismo perelmaniano e, embora não se pretenda aqui investigar de modo mais amplo as elaborações sobre a argumentação e seu emprego em filosofia e direito, não se pode deixar de registrar que importantes obras abordaram esse tema, desde meados do século passado, em especial a obra de Stephen Toulmin, *The uses of argument* (1958), os trabalhos de Robert Alexy (1978) e Neil McCormick (1978) e, mais recentemente, de Manuel Atienza (2003), dentre outros.

⁷⁹ Como referido por Aristóteles na *Ética*, 1137b1, 15-20.

Assim vista, a argumentação, que na antiguidade se designava *argumentatio*, *probatio* ou *confirmatio*, é a parte da retórica clássica na qual se almeja produzir a credibilidade das alegações e a adesão, desenvolvendo-se pela apresentação de provas artificiais – próprias da retórica, argumentativas – e “inartificiais”, que se identificam com as espécies de provas admitidas no processo, contemporaneamente (como testemunhos, documentos, pareceres). Em Aristóteles, as provas “da arte retórica” se referem aos elementos necessários do discurso: o orador, o auditório e o objeto da argumentação. Classificam-se como *éticas* as que se referem ao carácter do orador e sua confiabilidade, *patéticas* as que buscam sensibilizar a audiência e *reais* ou *lógicas* as que se baseiam na coerência da exposição.

A prova ética é a prova de carácter do orador; prova a que Quintiliano também chama argumento de autoridade. Diz Aristóteles que os factores que põem em evidência o argumento ético são o bom senso, a boa vontade e o são carácter moral. O bom senso manifesta-se na capacidade de tomar decisões práticas e escolher os meios adequados à sua concretização, a boa vontade consiste em tornar claras aos ouvintes as suas boas intenções para com eles, e o são carácter estabelece-se na evidência que o orador dá da sinceridade e verdade das suas afirmações. A prova patética ou emocional visa despertar emoções que precipitem e movam os ouvintes para a acção. (...) A prova lógica é a que persuade pelo recurso a estratégias de argumentação dedutiva e indutiva, nomeadamente o silogismo retórico e o exemplo. (Alexandre Júnior, 2004)

Os meios de argumentação relativos ao objeto da argumentação – ou prova lógica – são dialéticos, classificando-se em dedutivos (o entimema ou silogismo retórico) e indutivos (o exemplo). O primeiro consiste num raciocínio que parte de opiniões geralmente aceites⁸⁰ – não de premissas verdadeiras – o qual, sendo suposto o conhecimento pelo auditório de uma de suas premissas, leva a conclusões prováveis. O segundo é uma estratégia de raciocínio que parte do individual para o geral, permitindo a analogia⁸¹. Já a demonstração é a forma de raciocínio analítica por excelência, que lida com premissas verdadeiras – ou derivadas de premissas verdadeiras – e se conduz pela prova apodítica, não pela prova dialética, e por isso se contrapõe à argumentação. Na demonstração, “toda prova seria redução à evidência, sendo

⁸⁰ A *endoxa*, cf. Aristóteles, 1973: 11, 100a25-100b-20.

⁸¹ Sem pretender exaurir o tema, convém apontar que, de acordo com a divisão aristotélica, o momento de elaboração das provas era o da disposição (gr. *táxis*), em que o discurso era organizado em exórdio, narração, confirmação, digressão e peroração. A esse, seguia-se a acção, propriamente a apresentação oral do discurso e a atuação pelo *retor* em busca da persuasão (Iorio Filho, *cit.*).

que o evidente não teria necessidade de prova” (Ferraz Jr. 2013: 300) e não faria sentido falar em adesão ou persuasão na presença de algo que se prova pela necessidade – ao contrário do que se busca nos discursos político e jurídico. A demonstração, portanto, não é a espécie de prova pertinente à retórica⁸². Na opinião de Ferraz Jr. (*cit.*), ao passo que a demonstração se dirige à ciência, a argumentação visa a prudência (*phronésis*), virtude aristotélica que na *Ética* é associada à sabedoria prática, “qualidade racional de consecução da verdade que concerne à ação relativamente a coisas que são boas e más aos seres humanos” (Aristóteles, 2007: 183) ou a fusão do reto desejo e do bom raciocínio (Quintana, 2014: 11).

Por outro lado, na argumentação as premissas das provas lógicas se extraem, pela indicação aristotélica, de catálogos de “lugares argumentativos”, os tópicos (*topói*). É importante a contribuição de Theodor Viehweg nesse ponto⁸³, autor que descreveu o raciocínio jurídico como um raciocínio tópico, voltado a argumentar, ou dar razões em prol de uma tese ou decisão. Em sua visão, o direito se organiza não a partir de um sistema, mas dos problemas que se apresentam para decisão – e se utiliza de um cabedal de experiência coletiva consolidada nos tópicos aplicáveis ao caso.

Justificado que a jurisprudência tem de ser concebida como uma permanente discussão de problemas e que, portanto, sua estrutura geral tem de ser determinada a partir do problema, buscando pontos de vista para sua solução, resulta que seus conceitos e suas proposições têm de estar ligados de modo especial com o problema. De outro lado, que os conceitos singulares, que recebem aplicação, têm também que ser entendidos exatamente do mesmo modo é algo que não é facilmente perceptível, sobretudo, quando aqueles conceitos, em seu aspecto exterior, recordam as já conhecidas definições em série. Em nossa disciplina, não obstante, só podem ser entendidos em relação com a aporia fundamental e têm de ser analisados conforme a ela. (Viehweg, 2008: 100)

A tópica é vista como uma práxis da argumentação, ou técnica de pensar problemas, que prepara decisões ou ações, consistindo num modo “problemático” ou aporético de pensar, peculiar ao direito, pela abordagem de casos, que, organizado na obra de Aristóteles, caracterizou o pensamento jurídico medieval e foi tratado em obras relevantes de

⁸² Pessanha (1989: 231) argumenta que “a evidência é apenas um caso particular de adesão, caso privilegiado, mas que não exaure o campo da racionalidade e da prova.”

⁸³ Tópica e Jurisprudência – Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

lógica até o século XVIII⁸⁴, embora tenha perdido espaço com “a institucionalização e supremacia do *more geometrico* no conhecimento moderno” (Ferraz Jr., 2013). Sua relação com a retórica está em que fornece os argumentos a serem empregados no discurso persuasivo, que serão organizados no momento da disposição (*táxis*).

Na visão de Mendonça (2009), contudo, o uso dos *topói* é persistente no direito, servindo eles ao ensino da argumentação, pois são máximas extraídas de inúmeros casos, bem assim à abertura do sistema jurídico a elementos externos, à atualização do direito, da legislação e da doutrina. A tópica é uma “alternativa preciosa” ao formalismo excessivo que caracteriza o positivismo jurídico, permitindo decisões em casos nos quais as normas não se mostrem suficientes. É, portanto, essencialmente antiformalista e combate a submissão rígida aos conceitos estabelecidos que decorre do emprego do método dedutivo em direito, fornecendo recursos para lidar com os problemas trazidos à decisão⁸⁵.

O raciocínio *more geometrico*, por sua vez, foi o alvo da crítica a que se lançou Perelman (1996b) ao elaborar sua “Nova Retórica”, situando sua origem no racionalismo cartesiano, que postulava que a verdade somente poderia ser descoberta a partir de intuições evidentes às quais se aplicasse o método axiomático-dedutivo. Na visão de Perelman, essa abordagem da racionalidade marcou o pensamento ocidental por três séculos e, relegando ao terreno do não-racional o que não poderia ser objeto de outra prova que não a prova analítica da demonstração, serviu de base ao positivismo jurídico.

O modo de pensar inverso à tópica, partindo do sistema jurídico, baseia-se na noção de totalidade, em relação à qual o fato/conflito é selecionado e apreciado, e é característico da idade moderna. Como refere Viehweg (2008), contudo, embora adversa ao pensamento sistemático em direito, a tópica, articulada à retórica, não o exclui. A convivência entre ambas as abordagens no tratamento das questões trazidas à decisão jurídica é tradicional no ocidente, ainda que com a modernidade tenha se acentuado muito o emprego do viés sistemático, em especial nos séculos XIX e XX, com a ascensão do positivismo jurídico, que Meyer (1996) chamou de “uma redução da razão, tranquilizadora porém limitada”. Perelman

⁸⁴ Ferraz Jr. (2013) refere a *Logique de Port Royal* (1662), a *Dissertatio de arte combinatória*, de Leibniz (1666) e *De nostri temporis studiorum ratione*, de Vico (1708).

⁸⁵ No contexto de sua teoria da argumentação jurídica, Alexy (2001) critica a postulação de um pensamento tópico, apontando que este subestima a importância da lei, da dogmática e dos precedentes, dá pouca importância à análise lógica dos argumentos e se baseia numa noção simplista de discussão.

(1996a), aliás, sinalizou que os desenvolvimentos da lógica nesse período implicaram em sua redução à lógica formal, privilegiando o raciocínio analítico e as provas apodíticas, em detrimento do raciocínio tópico e das provas dialéticas – no que justificava a retomada da retórica.

A progressiva formalização jurídica na modernidade e a hegemonização dos sistemas jurídicos, em especial a partir do positivismo, nos quais não se privilegiam as provas empregadas na retórica, decorreu também da pretensão de dar estatuto de ciência ao direito – projeto de Kelsen –, com a adoção do método axiomático-dedutivo para o raciocínio jurídico (Bobbio, 1995: 238), aproximando-o da lógica formal. Entretanto, como refere Perelman (1996a: 436), a formalização exacerbada que caracteriza o desenvolvimento do direito até meados do século XX importou em isola-lo do meio social em que é praticado e levou a uma descrição inadequada do seu funcionamento efetivo, favorecendo, por essa via, uma operação do direito hermética a juízos de valor e ao razoável e – mercê da restrição do seu interesse à validade das normas, excluindo os juízos de valor nelas expressos – a um incremento da violência na vida cotidiana.

Em combate ao que chamou de “ideal absolutista em filosofia”, Perelman foi buscar na visão do advogado uma contribuição inusitada para o filósofo moderno, o apaixonado pelo absoluto e por utopias racionalistas em que não haviam conflitos ou juízes. Sustenta, em sentido contrário a esse ideal, que não poderia deixar de ser tarefa da razão “(...) organizar na terra, com um mínimo de violência, uma sociedade de homens com seus defeitos e suas deficiências” (1996a: 362), um contraponto ao pensamento orientado ao absoluto, seja ele racionalista ou cético (impossibilidade do conhecimento).

Em contrariedade à pretensão sistemática em direito, Perelman exemplifica que, no período pós-revolucionário na França, grassando a desconfiança quanto aos juízes nomeados pelo regime deposto, não se admitia a estes qualquer interpretação do direito, mas apenas a consulta ao legislador, o *référé législatif* em caso de lacunas ou dúvidas quanto ao sentido da norma. Contudo, diante das inúmeras consultas geradas ao legislador, com a conseqüente paralisação de processos, o Código Napoleão veio a estabelecer em seu art. 4º a proibição de que os juízes se abstivessem de julgar em casos de lacuna da lei. Perelman aponta que assim se reconhecia a insuficiência do método exclusivamente dedutivo em direito e a possibilidade de que, num procedimento argumentativo como o processo, se extraíssem

soluções para todos os casos, sob a justificção de um de seus autores, Portalis, de que “na falta de texto preciso sobre cada matéria, um uso constante e bem estabelecido, uma sequência ininterrupta de decisões semelhantes, uma opinião ou uma máxima acatada têm força de lei” (*apud* Perelman, 2004: 24). Na visão do filósofo belga, não seria possível reduzir as questões da vida social – mediadas pelo direito – a problemas formais, fazendo-se necessário buscar soluções por uma atividade ético-intelectual que adotasse a dinâmica da dialética e a contribuição da tópica, com a necessária participação do juiz. Assim, em Perelman, a retórica aristotélica se renova e se apresenta como antiformalismo.

O banimento da retórica das considerações filosóficas e da teorização jurídica modernas não afetou a tradição dos profissionais do direito como especialistas em persuasão. A prática nos tribunais seguiu norteada pela argumentação baseada não só nas normas, mas em precedentes, tópicos, em alegações verossímeis, e a retórica permanecia integrada à formação e à atuação dos advogados. Manuais exemplares para o jovem profissional continuaram a retratar a importância do discurso persuasivo para a prática, e a fazer o elogio da eloquência.

Então a palavra se eletriza, brame, lampeja, atroa, fulmina. Descargas sobre descargas rasgam o ar, incendiam o horizonte, cruzam em raios o espaço. É a hora das responsabilidades, a hora da conta e do castigo, a hora das apóstrofes, imprecações e anátemas, quando a voz do homem reboia como o canhão, a arena dos combates da eloquência estremece como campo de batalha, e as siderações da verdade, que estala sobre as cabeças dos culpados, revolvem o chão, coberto de vítimas e destroços incruentos, com abalos de terremoto. (Barbosa, 1999: 20).

(...) não nos deixemos enganar: se nada é mais belo, também nada é mais difícil do que essa suprema simplicidade na argumentação. (...) É preciso despojar-se desses vãos ornamentos, deliberadamente deixar de lado as horríveis flores artificiais em série, conhecidas pelo nome de ‘flores de retórica’. (...) é preciso consentir em esquecer de si mesmo para pensar apenas na causa e no resultado a obter. É preciso querer convencer, e não seduzir (Robert, 1997: 23)

Assim, a dimensão retórica do direito se manifesta sobretudo na sua prática no processo judicial, em que a persuasão racional tem a função de ensejar uma decisão, num contexto adversarial, isto é, em que as partes sustentam teses contrapostas, total ou

parcialmente, e ambicionam a vitória na causa, antes que a prova da verdade. A retórica se preordena ao julgamento, que é um momento de exercício da prudência e, por se voltar ao caso mais que ao sistema jurídico, aponta para uma centralidade do judiciário no direito e para uma flexibilização da aplicação do direito a partir do sistema.

Como aponta Berman (2006: 15), o direito da vida prática “concretiza-se na existência de pessoas legislando, adjudicando, administrando, negociando, (...) um processo dinâmico de atribuir de direitos e deveres e, assim, resolver conflitos e criar canais de cooperação”. A dimensão retórica do direito se evidencia nessa dinâmica, sobretudo na *práxis* jurídica, e, na medida em que incorpora a tópica, facilita a assimilação de mudanças sociais, culturais e históricas ao sistema jurídico – como foi possível acontecer no caso da intervenção judicial em políticas públicas no Brasil nas últimas três décadas – e favorece ainda, a compatibilização dos julgamentos que são baseados em normas às demandas contemporâneas, atuando aí como instância de adequação do direito às necessidades dos casos particulares, aos problemas em exame.

Na visão perelmaniana, a persuasão – e por isso a retórica – tem espaço quando se trate de resolver controvérsias não pela evidência (como as provas apodíticas da aritmética) ou pela violência (imposição de uma decisão pela força) reforçando, com isso, uma visão democrática do direito, em que as decisões precisam não apenas ser corretas, mas também convincentes, a fim de se legitimarem. A retórica assegura sua importância na solução de controvérsias em uma cultura mais democrática e menos autoritária e é indissociável de “uma visão menos formalista do direito, que insiste na aceitação das decisões judiciais no meio social ao qual é aplicável o sistema de direito”. (Perelman, 1996a: 557-558).

3.3. Fundamentação dialógica da decisão judicial.

A adoção do modelo judiciário (do processo) na elaboração da teoria da argumentação, e da retórica e da tópica aristotélicas, reformuladas e consideradas também a partir da prática jurisprudencial, sinaliza para o desdobramento das preocupações de Perelman quanto à argumentação jurídica e a fundamentação das decisões judiciais. Como já se apontou, a Nova Retórica foi elaborada em grande parte a partir de exemplos obtidos em processos – que são abundantes nos escritos do autor, a indicar, por outro lado, a importância central que atribuía à interpretação e aplicação do direito pelo juiz e ao procedimento judicial como lugar de argumentação e construção do direito em chave antiformalista. Há um foco de

Perelman nas decisões de tribunais – mais do que nos argumentos dos advogados ou nas decisões de juízes singulares –, que representam um lugar privilegiado no qual não só se explicitam os entendimentos jurisprudenciais, mas onde aflora o resultado do processo argumentativo que se deu no processo, com a exposição da justificação do julgamento.

O termo “motivação” tem dois sentidos comuns: pode ser o móvel psicológico da decisão, ou a indicação objetiva das razões que a justificam e é nessa segunda acepção que Perelman o considera – a justificação expressa da decisão serve à persuasão das partes, das instâncias superiores e da opinião pública, em sua visão, enquanto a exposição do psiquismo de quem decide serviria como um testemunho da verdade numa linha cartesiana, mas é ineficaz para persuadir. O estudo da motivação/justificação das decisões judiciais é central na pesquisa do método da aplicação do direito e do raciocínio judiciário – assim como a exposição das razões dos julgamentos cumpre o importante objetivo, num regime democrático, de dar a conhecer a todos a forma pela qual se apreciam os fatos, se interpretam as normas e se aplica a regra de justiça, permitindo uma maior estabilidade jurídica.

A obrigação de motivar as decisões judiciais é uma exigência recente, no entanto, que, no sistema continental, remonta à França pós-revolucionária como dever objetivo (pena de nulidade para a sentença não-motivada) e se desdobra quando o Código Napoleão suprime o *référé législatif* e institui a obrigação incondicionada de o juiz julgar o caso, independentemente de lacunas, obscuridade ou antinomias da lei. Até então, não cabia ao julgador indagar do justo e do injusto, do que era equitativo ou socialmente admitido – isso cabia ao legislador, que podia ser consultado, sendo ele o personagem a quem se reconhecia a legitimidade, enquanto o tribunal deveria ser *la bouche de la loi*. Tornando-se obrigatório para o juiz proceder à interpretação e aplicação do direito, e expor as razões do julgamento, a decisão judicial passa a concentrar importância ainda maior como *lugar da argumentação*, pois são as razões nela expressas que servirão para a persuasão dos envolvidos (partes, instâncias revisoras, opinião pública). Enquanto a decisão só precisava ser justificada diante da lei, a motivação podia se limitar à indicação dos textos aplicados em cada caso; no entanto, ao ampliar-se o espaço de interpretação judicial, a decisão passa a se apresentar como fonte de direito e, assim, a se dirigir à opinião pública e, por isso, amplia-se o recurso a meios como os princípios gerais de direito, a equidade, os valores e a admissibilidade social dos resultados do julgamento. O Judiciário passa a não apenas buscar resolver os problemas jurídicos pelo enunciado de uma única resposta evidente, mas adota uma perspectiva dupla: de conciliar a

segurança jurídica, a equidade e o interesse geral e salvaguardar os valores tidos como importantes. Ganha importância, nesse contexto, a independência dos juízes. O poder judicial de interpretar a lei e de qualificar os fatos sob seu exame, contudo, encontra um limite: não pode ser exercido de forma arbitrária ou será considerado *desarrazoado*.

Por outro lado, a correlação da decisão ao conteúdo do processo – o direito, os fatos e os argumentos das partes – permite o controle da sua razoabilidade e, por essa via, o controle do exercício do poder pelas instâncias recursais, o que é caro a Perelman em vista de que quando esse exercício do poder judicial for inequitativo, iníquo, desproporcional ou mesmo ridículo, será desarrazoado. O juiz, nesse quadro, já não é um intérprete mecânico da lei, mas inscreve-se no processo de produção do direito, visto também como uma dinâmica argumentativa. Assim, a motivação das decisões visa a demonstrar a um auditório (partes, instâncias superiores, opinião pública) que o julgamento é oportuno, razoável, enfim aceitável do ponto de vista formal e material.

(...) o juiz deve decidir sobre o que é o Direito em cada situação submetida ao seu juízo. Mas nem o legislador nem o juiz toma decisões puramente arbitrárias: a exposição dos motivos indica razões por que uma lei foi votada e, num sistema moderno, toda sentença deve ser motivada. O Direito positivo tem como correlativo a noção de decisão, senão razoável, pelo menos raciocinada. (Perelman, 1996a: 376).

É igualmente um requisito de razoabilidade a participação dialógica efetiva dos interessados no processo, que o judiciário tem a oportunidade de assegurar, já que a construção da decisão se dá pelo embate das teses dentro de um quadro normativo e pela incorporação eventual de elementos peculiares à causa, não-sistemáticos, que são trazidos pelos argumentos dos intervenientes no processo. Em causas de maior interesse público, por outro lado, que repercutirão sobre toda uma coletividade, ressurte a importância da opinião pública como integrante do auditório a que se quer persuadir.

Sob esta perspectiva, portanto, uma motivação que faça referência aos elementos do processo e exponha as razões da decisão é requisito da razoabilidade do julgamento, assim como a participação dos interessados e a consideração de seus argumentos.

Nos capítulos anteriores, foram apresentados exemplos de decisões desarrazoadas em matéria de políticas públicas, nas quais a aplicação do direito foi desproporcional, iníqua ou inequitativa – o que também se pode verificar a partir da motivação. Reputou-se, por igual, que a qualidade desarrazoada desses julgamentos decorria de uma aplicação formalista do direito, fosse sob o prisma positivista ou neoconstitucionalista, de um formalismo que privilegiava normas legais ou de um formalismo que se materializa pela aplicação imponderada de precedentes ou pela aplicação direta da constituição de acordo com a doutrina da “máxima eficácia” dos direitos fundamentais (Amaral, 1999: 109). Numa e na outra hipótese, manifestando-se a preferência por regras.

Como contraponto e possível exemplo de decisão razoável – no duplo sentido de que atendeu ao requisito de resultar de uma dialética no processo judicial, com ampla participação, e deu ao direito aplicação compatível com expectativas sociais – traz-se o julgamento, pelo STF, da causa em que se declarou a possibilidade de se reconhecer às uniões homoafetivas os mesmos efeitos jurídicos que as uniões heteroafetivos, em especial no que toca à proteção jurídica constitucional à família⁸⁶. Esse caso foi escolhido para análise porque, à parte tratar de política pública previdenciária, revela uma aplicação não formalista do direito, uma vez que os elementos acolhidos na motivação do julgamento não foram extraídos apenas de normas, nem resultaram somente do reconhecimento de direitos fundamentais, mas fundaram-se, de maneira clara, num argumento exterior ao sistema, trazido pelas partes e com eco na opinião pública: o de que há uma equivalência entre relacionamentos afetivo-sexuais entre pessoas de gêneros diferentes e pessoas do mesmo gênero que justifica que os efeitos jurídicos reconhecidos às uniões do primeiro grupo devem ser estendidos todas as uniões.

A ação foi proposta pelo Estado do Rio de Janeiro, que pretendia que o tribunal declarasse que o regime jurídico constitucional da união estável se aplicava aos pares homoafetivos, em vista de legislação local que não deixava claro se esses pares poderiam pleitear benefícios previdenciários do governo estadual (no caso de ao menos uma das pessoas ser funcionária pública). O argumento mais importante do estado foi a igualdade, como princípio constitucional, que deveria garantir a igual fruição a todos dos direitos fundamentais, não havendo discriminação no plano constitucional que justificasse o tratamento diferenciado e restritivo a casais de pessoa do mesmo gênero. Subsidiariamente,

⁸⁶ STF, ADPF 132, Relator Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011.

alegou-se que se deveria aplicar a esses pares, por analogia, a disciplina do casamento prevista no Código Civil, e não a das sociedades comerciais, uma vez que essas relações decorriam do afeto e não de conveniências econômicas. Foi julgada conjuntamente outra ação, movida pela Procuradoria-Geral da República, na qual se pedia o reconhecimento do caráter de entidade familiar a casais de pessoas do mesmo gênero, formados por união estável, declarando-se a igualdade de direitos em relação aos pares heteroafetivos.

Participaram do processo na qualidade de *amicus curiae*⁸⁷, e outras 11 entidades, a Conectas Direitos Humanos, o EDH - Escritório de direitos humanos do estado de Minas Gerais e o GGB – Grupo Gay da Bahia, que tiveram a oportunidade de se manifestar e acrescentaram aos argumentos iniciais a proibição constitucional a qualquer tipo de discriminação, inclusive por orientação sexual, o que levava a que não se poderiam restringir quaisquer direitos aos pares homoafetivos.

A União interveio no processo, como impõe a lei, e não se opôs ao que fora deduzido, acrescentando, em substância, que o casal homoafetivo deveria ser considerado como entidade familiar, em vista da proteção constitucional reconhecida não só aos casais heteroafetivos como à chamada família monoparental, e que assim se protegeria a liberdade do cidadão de deliberar a respeito da sua convivência íntima. Apontou, também, a necessidade de que o sistema jurídico desse resposta adequada a relações humanas que, no quadro sociocultural atual, se tornavam mais complexas, não sendo cabível restringir direitos dos pares homoafetivos. Afirmou, ainda, que a restrição de direitos dessas pessoas era contrária ao senso comum. e, por fim, pediu que a lei fluminense recebesse interpretação conforme à constituição, para que o tribunal declarasse que o sentido compatível dessa norma com a carta da república abrangia os pares homoafetivos.

Os pedidos e argumentos do autor e demais intervenientes no processo se mostravam articulados e apontando no mesmo sentido. No julgamento, conduzido pelo voto do Ministro Ayres de Britto, o STF acolheu os argumentos tecidos no processo em sua essência, porém explicitando a) que a proibição constitucional de discriminação por sexo⁸⁸ abrange não só gênero como orientação sexual; b) que a livre orientação sexual decorre do direito à autoestima e à felicidade; c) que a constituição não se limita a vedar a discriminação,

⁸⁷ Arts. 7º, §2º da Lei 9.868/99 e 6º, §§1º e 2º, da lei 9.882/99.

⁸⁸ Art. 3º, IV, da constituição.

mas assegura o direito à liberdade sexual; d) que a definição constitucional de família não é rígida nem limitada a casais heteroafetivos, nem poderia sê-lo, pois isso importaria em violar a igualdade e em restringir direitos fundamentais. Houve pequena divergência, expressa nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, porém superada pela maioria, no sentido de não ser possível o enquadramento das uniões homoafetivas como uma das espécies de família constitucionalmente estabelecidas, mas apenas como uma nova forma de entidade familiar, ficando a matéria aberta à conformação legislativa. A todo tempo, contudo, os Ministros reconheceram a pertinência de dispor sobre a matéria como forma de enfrentar a discriminação aos casais homoafetivos, que se materializa na recusa cotidiana de lhes reconhecer iguais direitos em relação aos casais heteroafetivos.

Observa-se nesse julgamento que o Tribunal estendeu a proteção jurídica constitucional à família, por meio de uma interpretação construtiva das cláusulas constitucionais de direitos fundamentais, de forma a abranger os casais homoafetivos – e limitou, por essa via, as interpretações admissíveis da lei (o art. 1.723 do Código Civil). Partindo de premissas normativas, o Tribunal, no entanto, incorporou o argumento extranormativos, ético, da equivalência entre relacionamentos afetivo-sexuais entre pessoas de gêneros diferentes e pessoas do mesmo gênero, correlacionando-a ao postulado constitucional da dignidade da pessoa, que desdobrou no direito à busca da felicidade e à liberdade sexual. Apresenta-se, portanto, como exemplo de jurisprudência construtiva, de tratamento de uma questão de política pública em chave antiformalista dialógica, concretizando direitos fundamentais pela incorporação dos argumentos extranormativos. Tem-se, assim, a participação de interessados e da sociedade civil, a consideração de seus argumentos e a exposição dos motivos do julgamento – cujas conclusões receberam, desde sua realização, o abrigo de um consenso amplo⁸⁹, que, todavia, não pode se pretender definitivo. De fato, como postula Perelman, “a administração da justiça, num país democrático, resulta de uma constante confrontação de valores, que implica num diálogo entre o poder judiciário, o poder legislativo e a opinião pública” (1996^a, 542) e “as preocupações acerca da aceitabilidade das consequências diferenciam nitidamente um sistema jurídico de um sistema formal” (idem,

⁸⁹ Nesse sentido, o posterior julgamento do REsp 1183378 / RS, no qual o STJ deliberou, ainda em 2011, pela inexistência de vedação a que pessoas do mesmo sexo se habilitassem para o casamento, e a Resolução n.º 175/2013 do CNJ, que proibiu aos cartórios de registro civil recusarem-se à habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Por outro lado, tramita o projeto de lei 6.853/2013, chamado “estatuto da família”, que limita a noção de entidade familiar à união entre um homem e uma mulher (art. 2º).

427). Dessa forma, está-se diante de um julgamento que adota uma postura antiformalista e dialógica, almejando – e sustenta-se que atingindo – a razoabilidade.

Motivar um julgamento, na visão perelmaniana, é justificá-lo, porém não de modo impessoal, nem pela demonstração do acerto das suas conclusões em relação a uma norma. Trata-se de um movimento de persuasão de um auditório, que está envolvido na causa e que pode limitar-se às partes ou incluir as instâncias superiores e a opinião pública. A independência do juiz na motivação das decisões não abole essa vinculação ao auditório – pelo contrário, quando o juiz tem pouca independência a interpretação das leis tende a se tornar literal. As exigências do auditório variam, no entanto, mas frequentemente se ligam tanto aos requisitos da lei como ao espírito do sistema e à apreciação das consequências – e dependem também da época, da cultura e da ideologia locais. As decisões podem ser contestadas caso se afastem da linha comum de opinião.

Como aponta Perelman, “o direito é, simultaneamente, ato de autoridade e obra de razão e persuasão” (1996a: 570), residindo a garantia do exercício democrático do poder judicial na busca pela adesão *arrazoada* do auditório ao resultado do julgamento, por meio da motivação – o direito autoritário não precisa expor os motivos das decisões. Os limites para exercício dos poderes judiciais, contudo, só podem ser indicados por meio de categorias vagas, como “razoável e “desarrazoado”, que são relativas à época, ao meio cultural e ideológico, enfim à situação concreta.

4. Conclusão.

Nesta pesquisa, foram abordados dois paradigmas da teoria jurídica, o positivismo e o neoconstitucionalismo, bem como foi estudada a aplicação de postulados seus em decisões judiciais sobre políticas públicas – nas quais se constata, com alguma frequência, formalismo jurídico que leva a julgamentos iníquos, desproporcionais ou socialmente inadequados, isto é, desarrazoados. De forma contraposta, a partir das contribuições de Chaïm Perelman, buscou-se apontar a viabilidade de uma abordagem dialógica e antiformalista para decisões judiciais nessa matéria, como meio de evitar decisões desarrazoadas – igualmente ilustrada por exemplos da jurisprudência. Embora os exemplos de decisões discutidos no corpo da dissertação não tenham sido selecionados mediante um levantamento empírico amplo, permitem indicar a correlação da componente de formalismo em decisões judiciais com aquilo que o filósofo belga nomeia como *desarrazoado*, apontando, em outra chave, para a possibilidade de sua superação.

Verificou-se que quando as decisões se alinham a uma orientação positivista, evidencia-se com maior clareza um formalismo normativista, mas, igualmente, que o formalismo persiste sob a linha justeórica do neoconstitucionalismo, embora em registro diferente. O formalismo é uma preferência por normas, mas também algo que “trate como inexorável uma escolha que não o é” (Schauer, 2011: 70), ou seja, está presente em orientações voltadas à existência de uma única solução correta, passível de reprodução em casos similares. Na orientação positivista e normativista da qual a teoria pura do direito é a mais acabada expressão, o formalismo se funda na legalidade e na pretensão de que o direito seja extraível dedutivamente das normas; já na orientação neoconstitucionalista, apresenta-se na adoção da doutrina da prevalência absoluta e da máxima eficácia dos direitos fundamentais, assim como na cristalização de uma axiologia a partir da jurisprudência constitucional.

Na orientação positivista, o formalismo das decisões se expressa por meio de uma preocupação com a preservação da separação de poderes e da competência do legislador para dispor sobre políticas públicas. Nessa visão, a noção de “insindicabilidade do mérito administrativo”, traduz a impossibilidade de o judiciário assumir um papel decisório que caberia ao legislativo e ao executivo. Já na abordagem neoconstitucionalista, os argumentos

da força normativa da constituição e da prevalência dos direitos fundamentais levam à aplicação direta das normas constitucionais, sem considerar a competência intermediária do legislador ordinário, e levam também à sobreposição das normas de direitos fundamentais sobre quaisquer outras, em especial aquelas que dizem respeito a orçamento e organização de políticas públicas.

Nessa segunda abordagem, são rejeitados os argumentos fundados na impossibilidade material de atendimento aos pedidos de prestações sociais – e a justificação das decisões, adotando a doutrina da “máxima eficácia” dos direitos fundamentais, se encaminha para a adoção de soluções que, com pouca variação, são de deferimento de prestações sociais. Uma certa concepção do que sejam os direitos fundamentais é assim generalizada e, em nome de sua prevalência absoluta, atinge-se uma homogeneidade nas decisões que leva a indagar se a especificidade dos casos está efetivamente sendo abordada. O deferimento individual das prestações, disseminado na jurisprudência, é frequentemente apresentado como a única alternativa juridicamente correta para a solução de um problema que é geral, de justiça distributiva – o que traz à mente as considerações habermasianas quanto à controvérsia gerada pela jurisdição constitucional em relação à divisão de poderes e à legitimidade dos tribunais.

Assim, tanto na orientação positivista como na orientação neoconstitucionalista constata-se uma normatividade em relação à qual as decisões judiciais frequentemente manifestam preferência, caracterizando uma aplicação formalista do direito. Igualmente, é comum que decisões de ambas as filiações teóricas sejam justificadas pelo argumento de que se baseiam na únicas soluções corretas. Se no positivismo normativista temos o primado da lei – como requisito indispensável e suficiente para o reconhecimento de direitos –, numa orientação voltada à efetividade da constituição e à “máxima eficácia” dos direitos fundamentais, apresenta-se a indicação recorrente de que a condenação do estado a entregar prestações de direitos sociais é a única alternativa juridicamente adequada, mesmo em casos individuais, sem qualquer ponderação em relação aos limites econômicos do estado ou à necessidade de atender os demais cidadãos.

O positivismo, como conjunto de postulados que transforma o direito em técnica e declaradamente afirma que o mesmo serve ao controle social, propõe-se a funcionar como correia de transmissão dos conteúdos legais – que foram fixados por uma escolha do

legislador. Sua racionalidade é de meios a fins, sendo estes fins os que estão previstos no direito positivo. Mas se o direito é uma técnica e seu fim é o controle a partir de normas, dificilmente vai acomodar objetivos de justiça e desenvolvimento social, que envolvem mudanças no *status quo*. Daí boa parte da crítica que recebeu do constitucionalismo a partir do segundo pós-guerra. Assumindo o formalismo como método, o positivismo serviu ao Estado Liberal e aos postulados da separação dos poderes (com preponderância do legislativo), da neutralidade política e subjetiva do juiz (inclusive a inércia judicial), do caráter individual dos litígios e da coisa julgada intangível (como expressão da segurança jurídica). Esse paradigma, contudo, ao excluir de qualquer tratamento os juízos de valor, deixa ao juiz, na aplicação do direito, um espaço que se qualifica como um espaço de discricionariedade.

As posturas que animam a escola neoconstitucionalista de pensamento, por outro lado, em tom crítico, confiam ao juiz boa parte da produção do direito e pretendem que o juízo judicial se oriente pela razoabilidade – pretendendo abranger os julgamentos de valor a partir de uma pauta axiológica constitucional. No entanto, a construção da jurisprudência constitucional, especialmente em matéria de direitos fundamentais, associada a postulados doutrinários rígidos e de cunho sistemático, levou à construção de um novo sistema normativo, legislativo-jurisprudencial, e estreitou os limites dentro dos quais uma decisão pode, a partir desse sistema, ser considerada razoável. De certa forma, a partir da jurisprudência do STF e dos postulados doutrinários neoconstitucionalistas, surge um formalismo renovado: se enquadrados como sendo de direitos fundamentais, os casos ensejam, com frequência, respostas uniformes, que não apenas dispensam a intervenção legislativa ordinária como se arriscam a desconsiderar particularidades.

Postula-se que o formalismo é secundado pela persistência, em nossa cultura jurídica, da noção de que os direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos no molde tradicional, isto é, liberal. Nesse enquadre, o direito subjetivo tem dimensão exclusivamente individual, é um conceito oriundo de uma ordem de coisas na qual o estado não era dotado de obrigações jurídicas tão extensas e pormenorizadas como nas democracias constitucionais. Num estado em que as garantias jurídicas se centravam na liberdade de estabelecer relações interindividuais privadas (o estado era desobrigado de prover os bens a que hoje se vê compelido), a concepção do direito subjetivo individual era a unidade construtiva básica das relações jurídicas e por isso funcionava bem o enquadramento ilícito-sanção (pressuposto

kelseniano da aplicação coercitiva do direito). Nessa linha, os conflitos tratados pelo direito são conflitos interindividuais.

Todavia, no contexto de um estado que assume obrigações de promover certos direitos para uma coletividade, o deferimento de prestações sociais a uma determinada pessoa, por meio de judicialização, pode implicar na impossibilidade de assegurar o mesmo direito a um ou mais outros cidadãos. Os conflitos que passam a ser tratados pelo direito ganham dimensão coletiva. A característica do direito subjetivo como algo que se remete ao indivíduo e que o coloca numa posição subjetiva de fruir de um bem com exclusividade é de difícil compatibilização com a abrangência coletiva dos direitos sociais – e não se pode desconsiderar que as decisões judiciais têm alcance limitado e que o processo judicial não é acessível a toda a coletividade, dirigindo-se mais à dimensão particular que à dimensão geral.

Assim, num estado constitucional de direito, que é um estado “de direitos”, particularmente quanto aos direitos sociais, já não se afigura suficiente a metodologia de aplicação do direito a partir da noção tradicional de direitos subjetivos. Com efeito, trata-se de um estado que já não é liberal, cuja constituição prevê um conjunto de objetivos que devem ser estendidos a grandes parcelas da população (ou a toda) mediante uma atuação do estado – e não somente sua abstenção. De certa forma, o direito subjetivo no molde clássico é uma noção que serve à ideia de justiça comutativa, mas que encontra problemas quando é usada como meio de se resolver problemas de justiça distributiva através do judiciário.

Uma das reflexões que este trabalho quer propiciar é que, ao enquadrar demandas por direitos sociais como um problema de violação de um direito subjetivo individual e impor a sanção correspondente, que é de deferimento de prestações públicas/governamentais, o judiciário aplica postulados doutrinários e jurisprudenciais de forma fixa e dogmática, talvez por efeito de uma “memória formalista” que remonta à formação positivista e normativista do agente jurídico brasileiro, que se sujeita a produzir resultados desarrazoados.

Assim, embora de cunho aparentemente ampliativo de direitos, noções como a de eficácia máxima dos direitos sociais ou do “mínimo existencial” atualmente se impõem de modo normativo, generalizante, levando a que se desconsidere a dimensão coletiva desses direitos – inapelavelmente limitados pelas possibilidades econômicas concreta/s. Curiosamente, é comum que no judiciário os direitos fundamentais sejam encarados por uma ótica individual, naturalizando-se que a eles se aplique o mecanismo ilícito-sanção no mesmo

registro de direitos individuais. Constatase, portanto, que as premissas consagradas no movimento neoconstitucionalista, não asseguram, por si, a superação do formalismo e dos problemas que ele acarreta – os julgamentos *desarrazoados*.

Desse modo, o direito fundamental positivado na constituição se torna uma “verdade evidente”, o que aponta para uma racionalidade ainda cartesiana no direito e no judiciário, afastando, em relação a essas cláusulas, toda uma tradição judicial de ponderação e de julgamentos voltados à dimensão particular. É quase como se os direitos fundamentais se tivessem tornado em fundamento transcendental, fora de discussão – embora sejam relidos a todo instante numa visão ampliativa. De certo modo, não mais se argumenta diante de um direito fundamental: tudo se faz possível em matéria de intervenção porque para o juiz é uma questão de *necessidade* ou *verdade*, que não admitem contraste. Por essa via, é afastada também a possibilidade de as decisões se basearem em outras preferências que não as oriundas de normas – nada importando que as decisões possam ou não ser cumpridas, que as políticas públicas sejam fortemente impactadas ou que, violando a equidade, seja dada preferência ao atendimento daqueles que moveram uma ação, em detrimento da coletividade. A jurisdição formalista passa, sob o constitucionalismo contemporâneo, a servir à generalização de uma leitura determinada dos direitos fundamentais – o que pode levar a autoritarismos, como apontam Habermas e Maus.

Ora, o direito é estatal e normativo-legislativo desde o surgimento do estado moderno, mas, em sociedades democráticas, sob constituições articuladas em torno de direitos fundamentais, faz-se necessário que o poder do judiciário, ampliado em razão da jurisprudência construtiva, se legitime por meio de uma dinâmica argumentativa efetiva, por meio do processo, incluindo um auditório mais amplo do que apenas as partes. Não se defende, aqui, um abandono das normas – muito menos da estrutura constitucional –, mas que se tempere a ênfase formalista dos julgamentos pela incorporação de uma abordagem dialógica nos julgamentos particulares. Como no último exemplo apresentado (ADPF 132), pode-se aceder a uma razoabilidade efetiva pela escuta, no processo, de especialistas em políticas públicas, juristas e não-juristas, e assim desenvolver uma fundamentação, que, sem deixar de lado fundamentos normativos, incorpore outros, extra-sistemáticos, de origem ética, que tome por referência os fatos da causa e busque a integração da decisão em acordos sociais mais amplos, que busque a persuasão em torno de valores e que busque evitar o *desarrazoado*.

Na atualidade, dada a crescente intervenção judicial em temas antes reservados ao legislativo e ao executivo, e mesmo nas ações do executivo (políticas públicas), e em vista dos direitos fundamentais terem um caráter absoluto e derogatório (dos demais lugares argumentativos), o juiz tem se tornado em geômetra, mais que marceneiro, buscando, com o metro imperfeito do neoconstitucionalismo, porque rígido, aplicar uma certa leitura dos direitos fundamentais de forma mais ampla possível, porém mediante motivações nas quais não se estabelece qualquer contraste entre esses direitos e quaisquer outros lugares argumentativos. Evidentemente, há outros aspectos envolvidos na produção de julgados desarrazoados, referentes à formação dos juízes e advogados, à conformação institucional dos tribunais e à quantidade de processos manejados pelo Judiciário. Ficam abertos a outras pesquisas, de cunho empírico, talvez, cuja realização seria importante.

Por fim, a contribuição teórica de Chaïm Perelman pode ser bastante relevante para reconstruir a orientação da atividade judicial em uma vertente dialógica e não formalista, atenta à necessidade de que as decisões promovam, sim, determinados valores, e que, sim, partam de normas, mas não exclusivamente; que busquem a *persuasão*, assumindo que a construção do direito é retórica, e não lógico-dedutiva, que aceitem que a multiplicidade das situações apresentadas impõe a permanente necessidade de se reinterpretar as normas, mesmo as normas de direitos fundamentais – e que o direito, mais que nunca, se apresenta como um problema de decisão, como sustenta o filósofo belga. Sustenta-se, nessa direção, uma mudança dos parâmetros da atuação judicial, desvinculando-a do apego obstinado a normas legais ou precedentes judiciais.

Referências bibliográficas.

ABBAGNANO, N. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2007

ADEODATO, João Maurício. Estrutura e função da norma jurídica em Hans Kelsen e a discussão sobre a resposta correta, in FARO, J.P. e BUSSINGUER, E. C. A. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ALEXANDRE JÚNIOR, Manuel. A retórica: um saber interdisciplinar. *Mimeo*, 2004. Disponível em http://malexandre.no.sapo.pt/Docs/AlexandreJunior_2004a.pdf, acesso em 31/05/2015.

_____. Introdução, in ARISTÓTELES. Retórica, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

ALEXY, Robert. *Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*, em CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s), org. Madri, Editorial Trotta, 2003, pp. 31-47.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ARENDT, H. A Condição humana. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

ARISTÓTELES. Tópicos. in Os pensadores, vol. IV. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. Retórica. Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005. Disponível em <http://www.obrasdearistoteles.net/files/volumes/0000000030.PDF>. Acesso em 20/07/2015.

_____. A política. Tradução Roberto Leal Ferreira, 3ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Ética a Nicômaco. São Paulo: Edipro, 2007.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciências”. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n.º 17. Salvador, 2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em 20/07/2015.

BARBOSA, Ruy. Oração aos moços. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999. Disponível em http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf, acesso em 31/05/2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. São Paulo: Renovar, 2005.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista Diálogo Jurídico, n.º 15. Salvador, 2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf. Acesso em 20/07/2015.

_____. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais, São Paulo: Renovar, 2011.

BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, *Revista Diálogo Jurídico*, Ano I – vol. I – n.º. 6 – setembro de 2001 – Salvador – BA – Brasil.

_____. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, *in* [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, n.º 1, 2012, p.23-32, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/viewFile/7433/5388>, acesso em 10/11/2014.

_____. e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In* BARROSO, Luís Roberto (org.). a nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2008.

BERLIN, Isaiah. Quatro ensaios sobre a liberdade. Brasília: Ed. UNB, 1981.

BERMAN, Harold. Direito e revolução – a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo, Unisinos, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, ALMEIDA, G. A. Curso de Filosofia do direito, São Paulo: Editora Atlas, 2012.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone, 1995.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madri, Editorial Trotta, 2003.

CALSAMIGLIA, Albert, *En defensa de Kelsen, mimeo*. Universitat Pompeu Fabra, Working Paper n.º129, Barcelona, 1997.

CITTADINO, G., Gisele, Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia, *Revista Alceu* - v.5 - n.9 - p. 105 a 113 - jul./dez. 2004, disponível em http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_Cittadino.pdf, acesso em 20/04/2014.

COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, *in* *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 35 n. 138 abr./jun. 1998.

_____. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIMOULIS, D. Crítica ao neoconstitucionalismo. *In* *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 22, p. 179-203, 2011.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011.

ENGISCH, Karl, Introdução ao pensamento jurídico. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

FERRAZ JUNIOR, T. S. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? Revista USP, número 21, março/abril/maio 94, Dossiê Judiciário, São Paulo: Universidade de São Paulo: 1994.

_____. Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

HABERMAS, Jurgen, Direito e democracia – entre facticidade e validade, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HIRSCHL, Ran, The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. Fordham Law Review, Vol. 75, No. 2, pp. 721-754, 2006, disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol75/iss2/14>, acesso em 28/06/15.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do direito e do estado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. Teoria pura do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

KENNEDY, Duncan. Formalismo jurídico, *in* RODRIGUEZ, J.R. (org.). A justificação do formalismo jurídico – textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011.

LAFER, C. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LEMGRUBER, M. S. Razão, pluralismo e argumentação: a contribuição de Chaim Perelman. Hist. cienc. saúde-Manguinhos, Rio de Janeiro: v. 6, n. 1, jun. 1999. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59701999000200005&lng=pt&nrm=iso. acesso em 31 jan. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-59701999000200005>.

LOPES, J. R. L. _____. direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito, *in* FARIA, José Eduardo, direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1994.

FREITAG, Barbara. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas, *in* Revista Tempo Social, vol. 1(2), pp. 7-44. São Paulo: USP, 1989. Disponível em http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/site/images/stories/edicoes/v012/a_questao.pdf, acesso em 01/05/2015

IORIO FILHO, R.M. (2009: 725). Retórica. Verbete, em BARRETO, Vicente de Paulo (org.). Dicionário de Filosofia do direito, pp.723-726. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MAIA, A. C. S. C. Posfácio em CAMARGO, M.M.L.C. Hermenêutica e argumentação – uma contribuição ao estudo do direito. São Paulo: renovar, 2003.

_____. Argumentação. Verbete em BARRETO, Vicente de Paulo (org.). Dicionário de Filosofia do direito, pp.60-64. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MAUS, Ingeborg, Judiciário como superego da sociedade, *in* Novos Estudos CEBRAP, n.º 58, novembro de 2000, pp. 183-202. Disponível em http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_supe_rego.pdf, acesso em 20/04/2014.

MENDONÇA, P. R. S. A argumentação nas decisões judiciais, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Tópica, verbete, em BARRETO, Vicente de Paulo (org.). Dicionário de Filosofia do direito, pp.826-829. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEYER, Michel. Prefácio, *in* PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. Tratado da argumentação – a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MONTEIRO, Claudia Servilha, Teoria da argumentação jurídica e nova retórica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito Civil, 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PERELMAN, Chaïm. Argumentação. Verbetes em Enciclopédia Einaudi, vol. 11. pp.234-265. Lisboa, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1987.

_____. Ética e direito, São Paulo: Martins Fontes, 1996a.

____ e OLBRECHTS-TYTECA. Tratado da argumentação, São Paulo: Martins Fontes, 1996b.

_____. Lógica Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PESSANHA, J.A.M. A teoria da argumentação ou nova retórica. *In* CARVALHO, M.C.M.. Paradigmas filosóficos da atualidade. Campinas, Papirus, 1989.

QUINTANA, F. Ética e política: da antiguidade clássica à contemporaneidade. São Paulo: Atlas, 2014.

RAWLS, J. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, M. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 1981.

ROBERT, Henri. O Advogado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RORTY, Richard. Dúvidas para os pensadores do próximo milênio. Folha de São Paulo, São Paulo, 3 mar. 1966. Caderno Mais!, p.6, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/3/03/mais!/10.html>, acesso em 25/07/2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa, MARQUES, Maria Manuel Leitão e PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas, artigo em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm, consulta em 01/02/2015.

SARMENTO, Daniel. Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHAUER, Frederick. Formalismo. In RODRIGUEZ, J.R. (org.). A justificação do formalismo jurídico. São Paulo: Saraiva, 2011.

SGARBI, A. Clássicos de teoria do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Introdução à teoria do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura, in Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

TORRES, R. L. A cidadania multidimensional da era dos direitos, in TORRES, Ricardo Lobo (org.), Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo: Renovar, 1999.

_____. O direito ao mínimo existencial. São Paulo: Renovar, 2009a.

_____. A Jurisprudência dos Valores. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2009b, p. 503-526..

VIANNA, Luiz Werneck, Poder Judiciário, “positivação” do direito natural e história, in Estudos Históricos, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, vol. 9, nº 18, 1996.

_____. BURGOS, M.T.B. e SALLES, P. M. Dezesete anos de judicialização da política. Tempo soc. 2007, vol.19, n.2, pp. 39-85, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso

VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência – uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.