

Volume: 1

Temas de Jurisdição Constitucional e Cidadania: Linguagem, racionalidade e legitimidade das decisões judiciais

Organizador: Alvaro Ciarlini



Instituto Brasiliense
de Direito Público



Alvaro Luis de A. S. Ciarlini (org)

**TEMAS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
E CIDADANIA: LINGUAGEM,
RACIONALIDADE E LEGITIMIDADE DAS
DECISÕES JUDICIAIS.**

Volume I

Autores:

Alvaro Luis de A. S. Ciarlini

Odilon Cavallari de Oliveira

Fernanda de Almeida Abud Castro

Caroline Ferreira Ferrari

Iuri Bolesina

Felipe da Veiga Dias

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Brasília
2014

Conselho Editorial:

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes (IDP)
Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer (IDP)
Coordenador-Geral: Walter Costa Porto
(Instituto Federal da Bahia)

1. Adriana da Fontoura Alves (IDP)
2. Alberto Oehling de Los Reyes (Madrid)
3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho (PUC-SP)
4. Arnoldo Wald (Universidade de Paris)
5. Atalá Correia (IDP)
6. Carlos Blanco de Moraes (Faculdade de Direito de Lisboa)
7. Carlos Maurício Lociks de Araújo (IDP)
8. Everardo Maciel (IDP)
9. Felix Fischer (UERJ)
10. Fernando Rezende
11. Francisco Balaguer Callejón (Universidade de Granada)
12. Francisco Fernández Segado (Universidad Complutense de Madrid)
13. Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)
14. Jorge Miranda (Universidade de Lisboa)
15. José Levi Mello do Amaral Júnior (USP)

16. José Roberto Afonso (USP)
17. Julia Maurmann Ximenes (UCDAVIS)
18. Katrin Möltgen (Faculdade de Políticas Públicas NRW - Dep. de Colônia/Alemanha)
19. Lenio Luiz Streck (UNISINOS)
20. Ludger Schrappner (Universidade de Administração Pública do Estado de Nordrhein-Westfalen)
21. Marcelo Neves (UnB)
22. Maria Alicia Lima Peralta (PUC-RJ)
23. Michael Bertrams (Universidade de Munster)
24. Miguel Carbonell Sánchez (Universidad Nacional Autónoma de México)
25. Paulo Gustavo Gonet Branco (IDP)
26. Pier Domenico Logroscino (Universidade de Bari, Italia)
27. Rainer Frey (Universität St. Gallen)
28. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch (USP)
29. Rodrigo de Oliveira Kaufmann (IDP)
30. Rui Stoco (SP)
31. Ruy Rosado de Aguiar (UFRGS)
32. Sergio Bermudes (USP)
33. Sérgio Prado (SP)
34. Teori Albino Zavascki(UFRGS)

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S.

Temas de jurisdição constitucional e cidadania: linguagem, racionalidade e legitimidade das decisões judiciais / Alvaro Luis de A. S. Ciralini. – Volume 1

Brasília : IDP, 2014.

Disponível no <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>
149p.

ISBN 978-85-65604-40-6

DOI 10.11117/9788565604406

Título. 1. Jurisdição Constitucional – Brasil. 2. Norma Jurídica I.

CDD 341.2

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	6
ASPECTOS PARADOXAIS DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTES QUÍMICOS: REFLEXÕES A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE USO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO CRITÉRIO DE <i>RACIONALIZAÇÃO</i> DAS POLÍTICAS EM SAÚDE MENTAL NO BRASIL	8
Alvaro Luis de A. S. Ciarlini	8
O CONTROLE DAS FINANÇAS PÚBLICAS À LUZ DOS NOVOS PARADIGMAS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO	45
Odilon Cavallari de Oliveira	45
A PROPRIEDADE NAS FAVELAS NO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS: O DISCURSO INOVADOR DO ESTADO CONTEMPORÂNEO ..	75
Fernanda de Almeida Abud Castro.....	75
A NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO PRESSUPOSTO DA DISPENSA EM MASSA DE TRABALHADORES: UMA PERSPECTIVA LUHMANNIANA DO PROCEDIMENTO COMO MECANISMO DE LEGITIMIDADE E CONTROLE. 97	
Caroline Ferreira Ferrari	97
A DECISÃO JUDICIAL MAIS ADEQUADA À “CONSTITUIÇÃO PERSONIFICADA” NO ATUAL CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E O PARADIGMA DA “ROUPA INVISÍVEL” DA INTERPRETAÇÃO POSITIVISTA	114
Iuri Bolesina	114
Felipe da Veiga Dias.....	114

APRESENTAÇÃO

A presente obra, intitulada “Temas de Jurisdição Constitucional e Cidadania: linguagem, racionalidade e legitimidade das decisões judiciais – Vol. I”, encontra-se formada por cinco artigos conectados ao eixo temático da disciplina “Fundamentos de Teoria Geral do Direito”, ministrada no Programa de Mestrado Acadêmico em Constituição e Sociedade do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Essa disciplina tem dois objetos distintos e interdependentes, consistindo o primeiro deles na análise da Teoria Geral do Direito e da Teoria da Constituição, a partir do problema da validade das respectivas normas, na seara da dogmática jurídica fundada nas principais vertentes do positivismo, no contexto da racionalidade transcendentalizada da tradição do direito moderno. O segundo pretende investigar os movimentos de destrascendência da racionalidade do direito, notadamente a partir do giro linguístico operado na modernidade tardia de nossa tradição filosófica, e da denominada guinada hermenêutica, consistente em movimento filosófico-teórico de notória influência na atual teoria do direito, notadamente a partir da potencialização da fenomenologia hermenêutica como ferramenta viável para lidar com os problemas constitucionais de maior densidade; isso tudo sem olvidar das persistentes questões alusivas ao funcionalismo jurídico e ao tema da linguagem imanente dos grandes sistemas sociais, dentre os quais figura o direito.

Dessa dinâmica teórica entre dois específicos modos de ver a racionalidade do juízo decisório no direito, e seus subsequentes problemas de legitimidade e justificação, afloram questões de considerável repercussão filosófico-jurídica, terreno fértil para a pesquisa no âmbito da Teoria Geral do Direito e da Teoria da Constituição.

Nesse mister, a presente publicação tem por escopo oferecer aos estudantes de direito, nos mais distintos graus, e aos profissionais da área jurídica, material de pesquisa e mote de reflexão a respeito dessa temática.

Dentre os textos ora oferecidos figura no primeiro capítulo o artigo de minha autoria intitulado “Aspectos paradoxais da internação compulsória de dependentes químicos: reflexões a respeito da possibilidade de uso da ação civil pública como critério de *racionalização* das políticas em saúde mental no Brasil”. Trata-se de estudo dos aspectos paradoxais que envolvem a internação compulsória de dependentes químicos e das repercussões dessas aporias no tema da fundamentação das decisões judiciais sobre esse tema.

O segundo, de autoria de Odilon Cavallari de Oliveira, é o artigo “O controle das finanças públicas à luz dos novos paradigmas de interpretação do direito”

O terceiro, de Fernanda Almeida Abud Castro, é “A propriedade nas favelas no contexto dos direitos humanos: o discurso inovador do estado contemporâneo”

O quarto é o artigo “A negociação coletiva como pressuposto da dispensa em massa de trabalhadores: uma perspectiva luhmanniana do procedimento como mecanismo de legitimidade e controle”, de Caroline Ferreira Ferrari”.

Finalmente, o derradeiro artigo chama-se “A decisão judicial mais adequada à “constituição personificada” no atual constitucionalismo brasileiro e o paradigma da “roupa invisível” da interpretação positivista”, elaborado por Iuri Bolesina e Felipe da Veiga Dias.

A presente coletânea trará, por certo, importante contribuição teórica ao aprofundamento dos temas expostos, tratando-se de obra indispensável aos alunos de graduação e pós-graduação, bem como aos profissionais do direito.

Brasília, dezembro de 2014.

Prof. Dr. Alvaro Luis de A. S. Ciarlini

ASPECTOS PARADOXAIS DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE
DEPENDENTES QUÍMICOS:
REFLEXÕES A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE USO DA AÇÃO CIVIL
PÚBLICA COMO CRITÉRIO DE RACIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS EM
SAÚDE MENTAL NO BRASIL

Alvaro Luis de A. S. Ciarlini

O presente artigo tem por objetivo avaliar a internação compulsória, a partir do ponto de vista de seu deferimento pelo Poder Judiciário brasileiro, por intermédio das ações individuais cominatórias. O enfoque ora proposto, além de denunciar o aspecto *paradoxal*, em duplo sentido, da judicialização de um específico tema relacionado à saúde mental, por meio de um remédio jurídico individual, pretende suscitar algumas questões a respeito das possibilidades jurídicas e políticas que nascem com o uso da ação civil pública, inclusive como modo de promoção da racionalização das políticas públicas em saúde em nosso país. Para tanto, serão examinados alguns dos argumentos que ainda orientam a doutrina e a Jurisprudência a respeito desse tema, e, ao final, será brevemente exposta uma diretriz apta a promover a necessária reflexão a respeito da efetividade desse critério de racionalização.

Nossa sociedade tem enfrentado incontáveis dilemas no curso das experiências históricas reveladas nas últimas décadas. Ao lado do processo de industrialização e desenvolvimento econômico e da subsequente concentração demográfica em espaços urbanos, estamos aprendendo a lidar com novos meios de relacionamento político, institucional e social, sendo inegável, também em nosso país a afirmação da democracia e suas correlatas liberdades políticas¹, como *modus* de participação na vida da *polis*, bem como

¹ BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty (1958). In BERLIN, Isaiah (1969) Four Essays on Liberty. Oxford: Oxford University Press, 1989, disserta a respeito de dois conceitos políticos de liberdade, sendo o primeiro deles, o negativo, orientado pela seguinte pergunta: [...] “qual é a área em que o sujeito — um indivíduo ou um grupo de indivíduos — está livre, ou se deveria permitir que fosse, da interferência dos outros?. O segundo sentido, o positivo, requer uma resposta à seguinte pergunta: “[...] “O que ou quem é a fonte de controle ou de interferência que pode determinar que alguém faça, ou seja, uma coisa e não outra?” Para BERLIN, as duas perguntas são distintas, em que pese haver, em parte, justaposição às respostas a ambas.

da valorização *dos direitos* como critério de estabelecimento da devida consideração e respeito às esferas jurídicas individuais, coletivas e difusas.

Em virtude dessas peculiaridades, é latente o desafio do Estado brasileiro em dar efetividade à promessa de inclusão social, política, econômica e jurídica a milhões de brasileiros que ainda se encontram longe dos meios de fruições das incontáveis conquistas, tanto econômicas quanto políticas e jurídicas, que se inserem gradualmente na linguagem dos direitos². De modo correlato a esse tema, em particular, é crescente também a indagação a respeito do “acesso à justiça”, e sua relação com a defesa e o fortalecimento da cidadania. Como delimitação temática, no entanto, a proposta deste trabalho consiste em examinar o modo pelo qual estamos a proceder a respeito das inúmeras questões políticas que surgem no cotidiano de nossas vivências e experiências institucionais e como esses temas, muitos dos quais de elevada complexidade e considerável profundidade, são judicializados, ou seja, submetidos à consideração e deliberação de nosso sistema de justiça.

Nesse âmbito, particularmente, para além dos diversificados e complexos tópicos de natureza cultural, política e econômica, que funcionam como motores dos processos de inclusão/exclusão social, pretende-se aqui abordar as questões de fundamentação filosófica e jurídica que interessam aos indivíduos vitimados pela drogradição, com destaque aos usuários de *crack*.

De modo correlato, é também necessário ressaltar o problema da concentração desses indivíduos em redutos urbanos, as *cracolândias*. Afora as questões estéticas, sanitárias e de segurança pública relacionadas ao tema, salta aos olhos a interrogação a respeito do que pode e/ou deve ser feito pelas autoridades públicas. No momento, sobram afirmações e denúncias, por parte da literatura especializada, a evidenciar a estruturação de um sistema de “enfrentamento simbólico”³ para a questão, motivado pelo “pânico moral decorrente da suposta epidemia do uso de *crack*”⁴ e sustentado “pelos meios de comunicação de massa, que estariam a noticiar o aumento de usuários de

² CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 139-163.

³ Editorial do Boletim nº 245 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Ano 21, nº 245, abril/2013.

⁴ Editorial do Boletim nº 245 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Ano 21, nº 245, abril/2013.

drogas em áreas carentes das grandes cidades brasileiras na véspera dos grandes eventos esportivos vindouros”⁵.

Paralelamente, é digna de nota a crescente mobilização dos familiares dos usuários de *crack*, com o objetivo de obter internação compulsória dos dependentes químicos. Ganha relevo a aplicação dessa modalidade de internação pelo Judiciário, em relação à qual os insistentes requerimentos dirigidos ao Poder Judiciário pretendem obter, invariavelmente, a internação compulsória em clínicas psiquiátricas e de dependência química.

O argumento principal constante nos requerimentos de internação consiste na afirmação de que os usuários de *crack* não possuem o necessário discernimento para a internação voluntária. Outro relato bastante comum nos processos judiciais é o de que as *crises* provocadas pela dependência química oferecem consideráveis riscos à saúde física e psíquica do *drogadito* e à integridade de seus familiares.

Como substrato normativo, os requerimentos destinados ao Poder Judiciário louvam-se na peculiaridade de que as internações psiquiátricas estão objetivadas na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, estando devidamente previsto no texto legal que sua efetivação (artigos 5º e 6º) será procedida de modo voluntário, involuntário, mediante a indicação de médico (art. 8º) e compulsório, por determinação judicial.

O argumento da perda de autonomia individual, como decorrência do transtorno mental, é determinante, na etiologia médica, como a principal justificativa para as internações involuntárias ou compulsórias, pois, nessa hipótese, o indivíduo estaria impedido de compreender⁶ seu próprio estado desadaptativo⁷. Com efeito, na literatura especializada em Psiquiatria, há relatos de quadros psicóticos graves, com intercorrência de delírios e alucinações, ou mesmo quadros depressivos, cujo risco de suicídio seria a

⁵ Editorial do Boletim nº 245 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Ano 21, nº 245, abril/2013

⁶ American Psychiatric Association. Guidelines for legislation on the psychiatric hospitalization of adults. The American Journal of Psychiatry. May, 01, Vol. 140, nº 5, 1983, p. 672-679.

⁷ GOSTIN, Lawrence O.; GABLE, Lance. The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A Global Perspective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health. *Wayne State University Law School*. 63 MD. L. Rev. 20-121 (2004).

justificativa suficiente para a internação⁸. Outras situações de acometimento psiquiátrico também são relatadas como causa da submissão haterônoma ao tratamento da situação de crise, como se dá, por exemplo, na ocorrência de transtornos alimentares⁹.

É inegável que muitos países, a exemplo do Brasil, adotaram, em seus respectivos ordenamentos jurídicos, a necessária orientação para as hipóteses de internação involuntária¹⁰. Isso não obstante, inexistem, aqui e alhures, critérios objetivos minimamente consistentes a respeito da possibilidade de determinação da efetiva capacidade de discernimento ou de autodeterminação dos pacientes envolvidos, quando de sua submissão coativa aos cuidados médicos¹¹.

É importante anotar ainda que tanto as demandas que têm como objeto os distintos tópicos alusivos ao direito à saúde em si, quanto os requerimentos de internação compulsória fundamentados na Lei nº 10.216/2001, são primacialmente formalizados por meio de ações individuais de eficácia preponderantemente condenatória e mandamental¹², veiculadoras de um direito fundamental¹³ a prestações positivas pelo Estado¹⁴.

A atividade jurisdicional, ao deliberar a respeito de pedidos individualizados, no entanto, não consegue se alinhar razoavelmente às diretrizes normativas constitucionais que orientam o sistema de saúde previsto na Constituição, pois, ao decidir essas matérias individualmente, acaba por

⁸ American Psychiatric Association. Guidelines for legislation on the psychiatric hospitalization of adults. *The American Journal of Psychiatry*. May, 01, Vol. 140, nº 5, 1983, p. 672-679.

⁹ SEGAL, Steven P.; BURGESS, Phillip M. Factors in the selection of patients for conditional release from their first psychiatric hospitalization. *Psychiatric Services*. November 01, 2006, Vol. 57, nº 11, p. 1614 -1622.

¹⁰ BYATT D. O.; PINALS Debra, ARIKAN, Rasim. Involuntary hospitalization of medical atients who lack decisional capacity: a unresolved issue. *FOCUS - THE JOURNAL OF LIFE - LONG LEARNING IN PSYCHIATRY*. 2007, p. 438-443.

¹¹ BYATT D. O.; PINALS Debra, ARIKAN, Rasim. Involuntary hospitalization of medical atients who lack decisional capacity: a unresolved issue. *FOCUS - THE JOURNAL OF LIFE - LONG LEARNING IN PSYCHIATRY*. 2007, p. 438-443.

¹² DINIZ, Débora. MACHADO, Tereza Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaína. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, 19(2):591-598, 2014.

¹³ DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim; CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. Judicialização das Políticas de Saúde no Brasil. In: ALVARES, Sandra Mara Campos; Delduque, Maria Célia; Dino Neto, Nicolau (Org.) *Direito Sanitário em Perspectiva*. Brasília: ESMPU, FIOCRUZ, 2013, p. 194

¹⁴ DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim; CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. Judicialização das Políticas de Saúde no Brasil. In: ALVARES, Sandra Mara Campos; Delduque, Maria Célia; Dino Neto, Nicolau (Org.) *Direito Sanitário em Perspectiva*. Brasília: ESMPU, FIOCRUZ, 2013, p. 194.

estabelecer critérios de diferenciação no atendimento aos usuários desse sistema, interferindo, inclusive, na gestão dos recursos orçamentários pertinentes¹⁵. Disso advém a primeira circunstância paradoxal: a atuação judicial no âmbito das ações individuais cominatórias, em linhas gerais, mesmo tendo por objetivo promover o caráter curativo individual, ou a salvaguarda da incolumidade física ou mental individual de um dependente químico, interfere, inegavelmente, nos critérios de precedência utilizados para prover o atendimento aos utentes do sistema¹⁶.

Essa peculiaridade afasta, por certo, a atuação jurisdicional individual dos demais objetivos eleitos em nosso ordenamento jurídico, a partir da lógica prevista no art. 198 da Constituição Federal, fundamentada na diretriz do atendimento integral e do acesso universal igualitário às ações e aos serviços do Sistema Único de Saúde. É intuitivo concluir, então, que o conjunto de sentenças e acórdãos proferidos em ações individuais, sobre o tema da internação compulsória, não poderá ser visto como sucedâneo das políticas públicas que devem ser elaboradas para viabilizar o acesso a um programa de salvaguarda da saúde e ao efetivo acolhimento das pessoas em estado de drogadição em nosso país¹⁷.

No caso específico da internação compulsória, ademais, a atuação individualizada do Poder Judiciário deve ser contrastada com a novel diretriz fundamentada na *desinstitucionalização*, visível nas propostas propugnadas pelo Movimento Antimanicomial em curso no Brasil, como fruto da Reforma Psiquiátrica consolidada “como marco fundamental da política de assistência à saúde mental oficial”¹⁸.

O segundo paradoxo decorrente da atuação judicial individualizada, na hipótese estrita da internação compulsória, consiste no fato de que, mesmo ao atender às demandas de salvaguarda imediata da saúde física e psíquica dos dependentes químicos, acaba por determinar a respectiva internação sem

¹⁵ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. Direito à Saúde e Respeito à Constituição. In: SANTOS, Nelson Rodrigues dos; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (orgs.). Gestão Pública e Relação público privado na Saúde. Rio de Janeiro: CEBES, 2011, p. 88.

¹⁶ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. Desjudicialização da Saúde: um bem necessário? In: Revista de Direito Público, São Paulo, IOB, vol. 1, n. 28 (jul./ago. 2009) 2009, p. 102-106.

¹⁷ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. Desjudicialização da Saúde: um bem necessário? In: Revista de Direito Público, São Paulo, IOB, vol. 1, n. 28 (jul./ago. 2009) 2009, p. 102-106.

¹⁸ BEZERRA Jr., Benilton. Desafios da Reforma Psiquiátrica no Brasil. Rio de Janeiro: Revista de Saúde Coletiva, 2007, p. 243.

observar alguns critérios essenciais para o necessário posterior acolhimento dos indivíduos em situação de crise, sendo importante destacar que ainda não se encontra devidamente estruturada e orientada, de forma consistente, em nosso país, a criação de núcleos e centros de referência e assistência em saúde mental.

Além da inexistência de um meio específico de controle do período de internação compulsória, também não há ainda, é bom reiterar, a estruturação minimamente adequada de programas voltados ao acolhimento, reabilitação e reinserção dos *egressos* do sistema de internação compulsória, ou seja, os indivíduos submetidos ao atendimento em situação de crise.

Esse quadro evidencia que a resposta judicial individualizada, que determina a internação compulsória de indivíduos em estado de drogadição, a exemplo do que ocorre com as decisões que deferem providências individualizadas de fruição do direito à saúde, acaba por atuar, invariavelmente, de modo disfuncional em relação ao sistema político subjacente, sem efetivamente auxiliar na estruturação e organização dos meios, nem tampouco no controle dos resultados, pretendidos por essa via de abordagem *terapêutica*¹⁹. Assim também, a internação compulsória em si não traz para seu beneficiário nenhum resultado duradouro ou significativo quanto ao estado de dependência química, tampouco representa um alento no enfrentamento público do problema da drogadição, ou auxilia na definição das políticas públicas necessárias nesse campo.

Aqui vale ainda uma digressão: além dos paradoxos funcionais que são próprios à internação compulsória, já retratados como o resultado disfuncional entre a expectativa de seu uso e o que de efetivo pode-se obter dela, convém destacar que a aplicação das normas por intermédio de um sistema linguístico que tem por pressuposta a possibilidade de elaboração de respostas judiciais fundamentadas em critérios deontológicos lógico-subsuntivos, próprios à elaboração de decisões judiciais, consubstancia projeto também enredado em estruturas paradoxais.

¹⁹ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 231-235.

Um dos paradoxos mais comuns do positivismo jurídico decorre da visão estrutural sistemática do ordenamento de normas, o conhecido fenômeno da *autopoiesis* do Direito, especificamente no que se reporta ao seu inevitável círculo auto-referencial. Paradoxalmente, os sistemas jurídicos²⁰ constroem-se a si mesmos e denotam situações peculiares de tautologia, implicando no aumento da indeterminação do próprio Direito. Tal fenômeno leva-nos a considerar outro que lhe é análogo e que, certamente, participa da construção da complexa *rede auto*: é a *retroalimentação*. Para WATZLAWICK e BEAVIN²¹...

[...] os sistemas dotados de retroalimentação distinguem-se não só por um grau quantitativamente superior de complexidade; eles também são qualitativamente diferentes de tudo o que se situa no domínio da mecânica clássica. O seu estudo requer novas estruturas conceituais; sua lógica e epistemologia são descontínuas, em relação a alguns princípios tradicionais da análise científica, como a abordagem da 'variável isolada' ou a crença laplaceana de que o completo conhecimento de todos os fatos, num determinado ponto do tempo, habilitará à previsão de todos os estados futuros. Os sistemas auto-reguladores – sistemas com retroalimentação – requerem uma filosofia própria, em que todos os conceitos de *modelo e informação* são tão essenciais quanto os de matéria e energia no começo do século atual. As pesquisas sobre esses sistemas são grandemente dificultadas, pelo menos de momento, pelo fato de que não existe uma linguagem científica suficientemente sofisticada para ser o veículo de sua explicação [...].

O *paradoxo* é um fenômeno que produz resultados complexos e diversificados, podendo ser definido, no âmbito da lógica, como uma contradição, decorrente de uma dedução correta, a partir de premissas coerentes.²² Não se inserem nesse contexto os denominados *falsos paradoxos*, que provêm de erros ocultos no raciocínio ou decorrem de falácias²³.

Sem querer, em absoluto, aprofundar a análise a respeito da existência de paradoxos pragmáticos no direito e em sua linguagem, o que, além de ser problema de alentada importância e complexidade, certamente

²⁰ *Sistema* normativo ou *sistema* teórico.

²¹ WATZLAWICK, Paul ; BEAVIN, Janeth Helmick. Pragmática da comunicação humana. Trad. Álvaro Cabral. 9 ed. São Paulo: Cultrix, 1993, p. 169.

²² WATZLAWICK, Paul ; BEAVIN, Janeth Helmick. Pragmática da comunicação humana. Trad. Álvaro Cabral. 9 ed. São Paulo: Cultrix, 1993, p. 169.

²³ WATZLAWICK, Paul ; BEAVIN, Janeth Helmick. Pragmática da comunicação humana. Trad. Álvaro Cabral. 9 ed. São Paulo: Cultrix, 1993, p. 169.

está fora do âmbito do presente estudo, cumpre assinalar que o fenômeno da *autopoiesis* aplicado ao direito é questão intimamente conectada ao problema da *crise do direito*, tópico bem caracterizado pela crescente indeterminação dos balizamentos deontológicos e axiológicos jurídicos. Nesse ponto, ao passo que a moderna certeza positivista normativista para o direito foi desmascarada pela singela constatação da ineficácia dos sistemas normativos lógico-substantivos rígidos diante da crescente complexidade dos conflitos sociais, verifica-se a ineficiência dos instrumentos geralmente utilizados com o escopo de minorar a indeterminação de seus elementos sistêmicos.²⁴

Com efeito, muitas são as possibilidades geradas do fenômeno da *autopoiesis* do direito, mostrando-se evidente a ocorrência de conflitos entre os resultados efetivos que nascem da lógica interna do sistema do direito, com sua linguagem binária (legal/ilegal) e as possibilidades argumentativas necessárias para lidar com a crescente diversidade de posições sociais dos sujeitos de direito e as complexas situações jurídicas indicativas de seus direitos subjetivos, dentre os quais os direitos fundamentais²⁵. Ainda assim, convém examinar a inegável variedade de possibilidades que surgem com o uso dos princípios jurídicos, e que certamente são resultantes do trabalho hermenêutico jurídico, em relação à já mencionada indeterminação do fenômeno jurídico²⁶.

Diante da visualização da existência de paradoxos na linguagem jurídica, convém investigar se há como investir na possível *desparadoxação dos paradoxos*, ou mesmo na aplicação criativa dessas aporias²⁷.

²⁴ Para Niklas LUHMANN (Sociologia do Direito II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p.177):

“O direito positivo é o direito mais condicionado, mais improvável que conhecemos. Nossas experiências com ele são muito curtas, problemáticas e inseguras. Elas não se deixam antecipar cientificamente de modo suficiente, menos ainda podemos imaginar suas consequências. Não sabemos sequer se assimilamos no nosso convívio cotidiano com o direito positivo – se nossas concepções conceituais esquematizam a realidade de modo a produzir experiências e apreensões relevantes. Temos muitas razões para duvidar disso. Nem os juízes, nem os sociólogos já desenvolveram o conceito satisfatório do direito positivo. O positivismo jurídico, que apenas afirmava o caráter jurídico do direito como motivo da vigência, evidenciou-se como um beco sem saída.”

²⁵ LUHMANN, Niklas. Legal Argumentation: an analysis of its Form. The Modern Law Review. Vol. 58, n° 3. Cambridge: Blackwell, May/1995, p. 285-298

²⁶ TEUBNER, Gunther. Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. Storrs Lectures 2003/04 Yale Law School.

²⁷ LUHMANN, Niklas. A terceira questão – O uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito. Trad. Cicero Krupp da Luz e Jeferson Luiz Dutra. Canoas: Revista Estudos Jurídicos, 39(1):45-52, janeiro-junho de 2006.

Feita a breve, porém necessária digressão, podemos ver que os juristas, quando lidam com o tema da internação compulsória, estão inseridos em uma empresa duplamente arriscada, pois nem bem ainda se encontra desenhado no horizonte um possível caminho de definição das ferramentas lógicas, epistemológicas e conceituais aptas a lidar com os inúmeros problemas afetos aos paradoxos que acompanham inexoravelmente a própria linguagem do direito, surge diante de nós outro problema, muito mais complexo e infinitamente mais denso, que é o caráter disfuncional da própria solução jurídica individualizada para problemas como a intervenção do Judiciário em temas afetos a políticas públicas, como se dá nos casos do direito à saúde²⁸, ou mesmo, da persistente questão da internação compulsória, dois dos principais aspectos que devem ser tratados pelo Judiciário quando da análise dos pedidos feitos em face dos indivíduos acometidos pela drogadição.

Assim, convém rememorar, estamos diante de dois paradoxos distintos e umbilicalmente conectados: **a)** o primeiro deles diz respeito à

A respeito desse tema, convém registrar a existência de outros caminhos teóricos distintos do que utilizaremos no presente texto. Representativas das possíveis alternativas para lidar com esse tipo de problema, podemos citar, apenas exemplificativamente, a *retórica* de Chaïn Perelman (PERELMAN, Chaim; Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado da argumentação - A nova Retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 1996), ou mesmo, no campo da lógica jurídica (MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23-92), uma investigação mais amíuê a respeito da função dos entimemas e da sofisticação destes, como propôs o saudoso Professor Luiz Alberto WARAT:

“Ao senso comum, denominado *sentido comum teórico dos juristas*, podemos atribuir uma *função normativa*; por meio dela os juristas atribuem significação aos textos legais, estabelecem critérios redefinitórios e disciplinam a ação institucional dos próprios juristas. Dessa forma, vemos que as convicções difusas dos juristas cumprem uma dupla função normativa: uma dirigida às relações sociais e outra voltada ao disciplinar e legitimar seu próprio agir. Por isso, não me parece demasiado ousado reiterar aqui o que venho sustentando em minhas aulas, no sentido de que o direito positivo pode ser visto como um complexo de ingredientes heterogêneos, de níveis complementares; neste caso, estamos identificando um nível textual e outro teórico, ambos integrantes de uma noção ampla de direito positivo, um por ser dado e o outro por ser seu conhecimento. Em segundo lugar, podemos assinalar sua *função ideológica*, já que “sentido comum teórico” cumpre importantes tarefas de socialização (homogeneiza valores sociais e jurídicos), de silenciamento do papel social e histórico do direito, de projeção (cria uma cosmovisão do mundo social e do direito) e de legitimação axiológica, ao apresentar como ética e socialmente necessários os deveres jurídicos. Em terceiro lugar, podemos destacar uma função retórica que complementa a anterior, pois sua missão é efetivá-la. Neste caso, o ‘sentido comum teórico’ opera como condição retórica de sentido, proporcionando um complexo de argumentos (lugares ideológico-teóricos para o raciocínio jurídico”. WARAT, Luiz Alberto. *O sentido comum teórico dos juristas*. In: José Eduardo Faria (org.). *A crise do Direito em uma sociedade em mudança*. Brasília: EdUnb, 1988, p. 39-40.

²⁸ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à Saúde e Respeito à Constituição*. In: SANTOS, Nelson Rodrigues dos; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (orgs.). *Gestão Pública e Relação público privado na Saúde*. Rio de Janeiro: CEBES, 2011.

atuação judicial no âmbito das ações individuais cominatórias, o que, em linhas gerais, pode ser dividido em dois subitens: **a.1)** mesmo buscando promover o caráter *curativo individual* relacionado a um caso concreto, o Judiciário acaba por interferir nas diretrizes de precedência de atendimento aos utentes do sistema, sem necessariamente ter em conta o caráter de promoção e proteção à saúde e **a.2)** ao atender às demandas de salvaguarda imediata da saúde física e psíquica dos dependentes químicos, a decisão acaba por determinar a respectiva internação sem observar alguns critérios essenciais para o necessário posterior acolhimento dos indivíduos em situação de crise, valendo lembrar que ainda não se encontram devidamente estruturados e orientados, de forma consistente, em nosso país, os núcleos e centros de referência e assistência em saúde mental. O segundo dos paradoxos mencionados (**b**) é o relacionado ao caráter tautológico, semanticamente aberto e hermeneuticamente complexo da linguagem do direito.

É necessário anotar, antes de avançarmos na análise dos tópicos a.1 e a.2 expostos acima, que o tópico b também merece um breve tratamento reflexivo, possível com o recurso à compreensão do que pode ser chamado de *racionalidade* na teoria de Jürgen HABERMAS.

Apenas para contextualizar, é indispensável ressaltar, a respeito desse tema, a peculiaridade de que a racionalidade comunicativa habermasiana consubstancia uma ótima ferramenta teórica para a desparadoxação da linguagem do direito. O enfoque próprio a essa racionalidade, ademais, produzirá, no âmbito da Ação Civil Pública, as condições necessárias para *aplainar* o paradoxo funcional indicado nos casos apontados acima como a.1 e a.2.

Para a finalidade aqui proposta, é necessário destacar que em termos filosóficos a teorização habermasiana a respeito da guinada linguística²⁹ orienta-se pela possibilidade de superação da “filosofia da consciência” e aposta na “filosofia da linguagem” como saída para a tautologia da linguagem,

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1990, p. 53-58.

mencionada precedentemente, pretendendo superar as análises meramente semânticas³⁰. Para Habermas...

[...] a análise semântica permanece essencialmente uma análise das formas de proposições assertóricas; ela prescinde da situação da fala, do uso da linguagem e de seus contextos, das pretensões, das tomadas de posição e dos papéis dialogais dos falantes, numa palavra: prescinde da pragmática da linguagem, a qual iria deixar a semântica formal entregue a outro tipo de abordagem, a saber, à consideração empírica. Do mesmo modo, a teoria da ciência fez uma distinção entre lógica da pesquisa e questões de dinâmica da pesquisa, a qual seria reservada aos psicólogos, historiadores e sociólogos.³¹

A autorreferência é peculiar às expressões linguísticas, pois estas dispõem a respeito do próprio sentido de seu conteúdo. Para evitar o caráter *vicioso* da tautologia, “a compreensão deve combinar a análise linguística e a experiência”³². Ou seja, o modo com o qual podemos lidar com essas tautologias parece consistir, para HABERMAS, em uma análise linguística, ou seja, um proceder indene de conteúdos empíricos. Isso não obstante, a própria interpretação assume a feição de uma atividade empírica ao examinar o conteúdo das condições da vida cotidiana. A partir da constatação de que a linguagem cotidiana está comprometida com a *praxis* e, diante da constatação de que a hermenêutica está vinculada a essa linguagem, não se pode negar que a atividade hermenêutica será vista como um método de atuação que tem em conta as próprias estruturas gramaticais, sem perder contato com o conteúdo empírico do mundo da vida.³³

É importante registrar, portanto, que para HABERMAS o conhecimento racional é, a um só tempo, teórico e normativo, e tem por alvo ultrapassar as limitações metodológicas da hermenêutica, sem ser reduzido aos moldes das ciências empírico-analíticas.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico* (tradução de Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1990, p. 55.

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico* (tradução de Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1990, p. 55.

³² HABERMAS, Jürgen, *Conhecimento e interesse*. Trad. José Nicolau Heck. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 183.

³³ HABERMAS, Jürgen, *Conhecimento e interesse*. Trad. José Nicolau Heck. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 183.

Convém ainda insistir que a competência comunicativa está vinculada a uma teoria geral que possui, como ponto de partida, um sistema de regras adotadas pelos falantes adultos, que se encontram aptos a realizar um diálogo. O emissor competente deve ser capaz de fazer uso da linguagem por intermédio da construção de elocuições verbais de forma similar à utilizada pelos linguistas quando estruturam suas unidades de linguagem ou sentenças. É inegável, nesse ponto, a opção de HABERMAS pelo paradigma da *ação comunicativa*³⁴, pois a ação estratégica, ao contrário do que ocorre na teoria dos significados, visa a uma coordenação por intermédio do entendimento. O entendimento propugnado pelo filósofo é obtido em um mundo fundamentado na razão. É justamente essa razão comunicativa que permite a mediação linguística e intersubjetiva entre os atores da comunicação. Tal razão, no entanto, não reside isoladamente na consciência do sujeito, mas nos próprios fluxos de comunicação do mundo vivido. O consenso perseguido pelos sujeitos de comunicação não estará, certamente, somente no meio linguístico, mas também em elementos exteriores ao ato da fala.³⁵

Para John Austin, o uso performativo da linguagem permite a elaboração de ações comunicativas de três diferentes espécies, sendo elas: elocucionária, perlocucionárias e ilocucionárias. Quanto à segunda espécie, são dignos de nota os atos perlocucionários que produzem, quando de sua concreação, essencialmente, um específico efeito sobre o *alter*, não necessariamente relacionados ao conteúdo da locução do emissor.³⁶

A coesão desses elementos mostra-se decisiva para a formulação de um conceito de comunicação racional orientadora do entendimento e da crítica, pois: a) o elemento proposicional dos atos da fala permite a exposição dos estados de coisas; b) o elemento ilocucionário estabelece relações interpessoais; e c) os outros elementos linguísticos denotam a intenção dos falantes³⁷.

³⁴ Em detrimento de uma ação linguística.

³⁵ McCARTHY, Thomas. *La Teoria Critica de Jürgen Habermas*. Trad. Manuel Jimenes Redondo. Madrid: Tecnos, 1992, p. 94-108.

³⁶ AUSTIN, Jonh L. *How to do things with words*. New York: Oxford University Press, 1976, p. 105-108.

³⁷ AUSTIN, Jonh L. *How to do things with words*. New York: Oxford University Press, 1976, p. 105-108.

Assim, a importância da Teoria dos Atos da Fala, em sua dimensão de análise das funções linguísticas e comunicativas das relações interpessoais delas advenientes, além das consequências para a teoria do significado, bem como para os pressupostos ontológicos da teoria da comunicação, ou da própria racionalidade, repercutiu também em uma nova orientação da crítica da razão instrumental.

Ao partir do modelo de um *falante ideal*, com capacidade de elaborar e entender um texto segundo o disposto em seus aspectos gramaticais, mas que também compreende as conexões de seu texto com o mundo externo³⁸, HABERMAS delineia algo que ultrapassa os lindes da *pragmática empírica*³⁹, estabelecendo uma...

[...] reconstrução sistemática das estruturas gerais que aparecem em toda possível situação de fala, que são, por sua vez, produzidas por meio da execução de tipos específicos de emissões linguísticas, e que servem para situar pragmaticamente as expressões geradas pelo falante linguístico competente.⁴⁰

Enunciado esse pressuposto e também o de que a ação comunicativa tem por base, de fato, uma intersubjetividade linguisticamente mediada⁴¹, cujo critério de verdade se funda em uma expectativa de validade, lastreada em um processo de argumentação discursiva, deve-se concluir que para HABERMAS, “uma afirmação verdadeira é aquela em torno do qual se produz um consenso razoável, no contexto de um discurso prático”.⁴²

A partir de um ponto de vista epistemológico, tem-se que o consenso, obtido com a adoção da argumentação discursiva, objetiva a determinação de um critério de verdade acerca de determinados enunciados, produzidos com respaldo em uma relação interativa entre os atores dos atos da fala, que se erige sobre um consenso tácito entre expectativas de validade

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Communication and the evolution of society*. Trad. Tomas MacCarthy. Boston: Beacon Press, 1976, p. 35-45.

³⁹ São exemplos a psicolinguística e a sociolinguística. Cf. McCARTHY, Thomas. *La Teoria Critica de Jürgen Habermas*. Trad. Manuel Jimenes Redondo. Madrid: 1992, p. 319.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Communication and the evolution of society*. Trad. Tomas MacCarthy. Boston: Beacon Press, 1976, p. 35.

⁴¹ ROUANET, Sérgio Paulo. *Teoria Crítica e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 286.

⁴² ROUANET, Sérgio Paulo. *Teoria Crítica e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 290.

quanto: a) à possibilidade de compreensão do enunciado, b) a veracidade de seu conteúdo proposicional, c) a veracidade de seu locutor e d) a correção deste ao empregar o ato linguístico respectivo⁴³.

É na relação que se desencadeia fora dos lindes da ação comunicativa habitual, por ocasião da recusa de tais expectativas de validade, que se mostra necessária a reinstituição de um consenso eventualmente perturbado. O processo de restabelecimento do consenso se dá por intermédio de novas interações desencadeadas por uma necessária indagação acerca da compreensibilidade dos enunciados e da veracidade das proposições ou da sinceridade dos interlocutores⁴⁴.

O recurso à interação cede, no entanto, nas hipóteses de se atestar a validade das proposições tidas por verdadeiras, bem como a legitimidade das respectivas normas que sobre estas possam versar. De fato, nesses casos é usual o apelo à solução a partir das problematizações levadas a efeito, respectivamente, nos discursos teóricos e práticos que não se circunscrevem à análise dos fatos, abarcando também a possibilidade de justificar ou falsear proposições sobre normas e valores⁴⁵. Assim, o critério de verdade, para HABERMAS, denota uma expectativa de validade que é desvelada no proceder-se a própria argumentação discursiva⁴⁶. Em outras palavras...

Uma afirmação verdadeira é aquela em torno da qual se produz um consenso razoável, no contexto de um discurso teórico, e uma recomendação válida é aquela que se justifica à base de um consenso razoável, no contexto de um discurso prático.⁴⁷

Diante da distinção entre o consenso verdadeiro, ou fundado, e o consenso aparente, é possível visualizar o interesse de Habermas a respeito

⁴³ ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 288.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 164-172.

⁴⁵ ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 290.

⁴⁶ ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 290.

⁴⁷ ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 290.

do critério da verdade, que se apresenta como uma expectativa de validade⁴⁸. Para estabelecer o sentido de uma afirmação verdadeira, HABERMAS parte do pressuposto kantiano da universalidade da ação eticamente relevante, para, assim, denotar a veracidade de uma assertiva como conseqüência da possibilidade de produção de um consenso razoável “no contexto de um discurso teórico”⁴⁹.

Uma recomendação, consubstanciada em uma proposição sobre normas, justifica-se em um consenso razoável no âmbito de um discurso prático⁵⁰. Cumpre lembrar que a distinção feita por Habermas, quanto a esse particular, visa à superação da equivocidade ocorrente entre dois fenômenos distintos, quais sejam: a) a objetividade da experiência e b) a validade das afirmações sobre tal experiência.

A objetividade de uma experiência, por meio da qual apreendemos certos objetos, não pode ser confundida com a validade das proposições que tratam dessa experiência. O critério de validade das proposições teóricas, insista-se, só pode ser determinado a partir da formação de um consenso racional, viabilizado pela argumentação.

Ora, a experiência não pode ser falseada, sendo insuscetível, por isso mesmo, de juízos acerca de sua veracidade. A verdade decorre somente da apreciação dos argumentos teóricos constantes no discurso filosófico ou científico. Assim, o consenso fundado, obtido por intermédio de uma argumentação discursiva razoavelmente assentada, é assumido como autêntico critério de verdade. O consenso contingente, que ostenta, a seu turno, posição diametralmente oposta ao referido critério de verdade, manifesta-se como ilusório ou aparente⁵¹.

O consenso fundado não está estruturado rigidamente em axiomas, mas permite que os partícipes da argumentação possam divergir radicalmente dos argumentos expostos, sem limitações, dissentindo, inclusive, das balizas

⁴⁸ ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 290.

⁴⁹ ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 290.

⁵⁰ ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 291.

⁵¹ ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 291.

do próprio sistema conceitual ou linguístico, ou, ainda, do marco teórico ou institucional em que estão embasados os temas respectivos⁵².

No discurso teórico, tal radicalização avança gradualmente a partir de: a) uma problematização acerca de um dado argumento discursivo; b) a explicitação teórica dos pontos de vista adotados no diálogo, que sustentam ou refutam o argumento; c) a crítica das próprias balizas conceituais e linguísticas adotadas na fase anterior; e d) a análise das próprias modificações levadas a efeito nos sistemas linguísticos de justificação.⁵³

Já no discurso prático, a problematização envolve uma recomendação que, como visto, por consubstanciar uma proposição sobre normas, é constituída por ordens e/ou proibições. No contexto de interação, tais injunções inauguram a primeira etapa do discurso (1). A exemplo do que também ocorre no discurso teórico, a esta etapa inaugural segue-se a justificação sobre sua determinação, o que igualmente é efetivado por intermédio de um discurso que se desenvolve dentro dos limites de “um sistema conceitual linguístico mutuamente aceito”⁵⁴ (2). Posteriormente, haverá a avaliação sobre a possível adoção de sistemas alternativos, o que se operacionaliza em uma esfera de transcendência da própria ética ou da política (3)⁵⁵. Finalmente, sucede a isso a possibilidade de analisar a própria correlação existente entre nossos interesses e as possibilidades técnicas do saber, uma vez que as necessidades humanas são sempre intermediadas culturalmente, e o conhecimento dessas necessidades é, no final das contas, conhecimento dado pelo *medium* cultural.

Com essa operação, elimina-se a distinção entre a teoria e a *praxis*, uma vez que “a determinação do que desejamos conhecer é uma questão prática (fixação de prioridades para a política científica, por exemplo), mas essa

⁵² ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 291.

⁵³ ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 292.

⁵⁴ ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 293.

⁵⁵ ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 293.

decisão só pode ser tomada à luz de um conhecimento prévio sobre o que o saber existente permite decidir”.⁵⁶

Como visto, o processo discursivo passível de promover um consenso fundado está diretamente vinculado à possibilidade de levar adiante a necessária mobilidade dos partícipes do discurso entre os níveis de radicalização já mencionados. De outro modo, sem essa liberdade dar-se-ia o pseudodiscurso, afastando a possibilidade de formação do consenso fundado ou mesmo a viabilidade de afirmar como verdadeira uma dada asserção.

É importante lembrar que essa construção teórica pressupõe uma situação linguística ideal⁵⁷, situação em que a comunicação entre os interlocutores não é perturbada por coações externas ao processo dialógico, tampouco admite distorções internas provenientes da deformação sistemática da comunicação, como é o caso das neuroses e da ideologia. Isso se dá na medida em que os partícipes da comunicação possam adotar, em igualdade de condições, seus atos linguísticos, ou assumam livremente, da mesma forma, suas respectivas posições na relação dialógica⁵⁸.

Esse construto habermasiano permite antever, sem, no entanto, embasar-se em um princípio discursivo regulador aprioristicamente imposto, “o único critério possível para distinguir, em cada situação concreta, a distância entre as condições atuais e as condições ideais, que possibilitariam um consenso perfeito”⁵⁹. O escopo dessa linha discursiva crítica consiste em “denunciar a comunicação sistematicamente deformada e propor projetos alternativos de organização social”⁶⁰.

Vê-se, diante de tais considerações, que o consenso foi designado como o fundamento da Teoria da Ação Comunicativa, pois nessa seara “os participantes da comunicação se movem em um horizonte de possibilidades

⁵⁶ ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 293.

⁵⁷ ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 294.

⁵⁸ ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 294.

⁵⁹ ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 298.

⁶⁰ ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 299.

irrestritas de entendimento”⁶¹, ao qual incumbe a reprodução do próprio mundo da vida⁶².

Logicamente, o aspecto contrafático dessa modalidade discursiva, ao pressupor a possibilidade quase irrestrita da crítica em busca de um argumento fundado, representa um amplo e constante acesso ao dissenso. Isso porque a possibilidade de consenso, para Habermas, se insere em um âmbito epistemológico que pode e deve nutrir-se de dissensos nos diversos níveis de radicalização presentes no processo discursivo, como condição para chegar ao consenso perfeito.

É conveniente ainda anotar que esses mesmos pressupostos contrafactuais, que propiciam, como visto, a viabilidade de uma solução discursiva para pretensões de validade, permitem investigar se a legitimidade do direito deve-se ao critério democrático de sua criação, uma vez que o procedimento democrático fundamenta uma presunção de racionalidade dos argumentos jurídicos utilizados – consensualmente, portanto – para a elaboração das opiniões que estabelecerão critérios normativos⁶³.

Essas breves considerações são importantes no presente contexto, mas apenas para mostrar o esforço de Jürgen Habermas para redefinir a natureza do próprio paradoxo⁶⁴, que em sua teoria não é mais visto como uma

⁶¹ HABERMAS, Jürgen Teoría de la Acción Comunicativa, Racionalidad de la acción y racionalización social. Vol. II. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2003, p. 212.

⁶² HABERMAS, Jürgen Teoría de la Acción Comunicativa, Racionalidad de la acción y racionalización social. Vol. II. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2003, p. 203.

⁶³ HABERMAS, Jürgen. Más allá del Estado nacional. Trad. Manuel Jiménes Redondo. Madrid: Trotta, 1997, p. 159.

⁶⁴ “A peculiar aporia do método das ciências do espírito foi denominada *círculo hermenêutico*. Mas, desde que se formule este problema exclusivamente sob o ponto de vista lógico, como o termo sugere, não é fácil expor a justificação metodológica de tal infração da forma em termos plausíveis: o que faz com que o círculo hermenêutico seja tão ‘frutífero’ e o que o distingue de um círculo vicioso? Em termos usuais a *práxis* da interpretação e a formação hermenêutica seriam circulares, caso se tratasse de uma análise exclusivamente linguística ou de uma análise puramente empírica. A análise das relações entre símbolos ordenados, sistematicamente, serve-se de proposições metalinguísticas acerca da linguagem do objeto. Se a tarefa da hermenêutica consistisse apenas nisso, seria difícil perceber por que ela não devesse manter em separado os dois níveis de linguagem, evitando assim uma relação recíproca circular entre conceitos analíticos e objetos linguísticos. Se, por outro lado, os objetos da compreensão hermenêutica pudessem ser apreendidos não como objetos linguísticos mas como dados de experiência, existiria, entre o plano teórico e os dados uma relação que, sob o visor lógico, não deixaria de ser também problemática. O aparente círculo resulta unicamente do fato de os objetos das ciências do espírito usufruírem um *status* duplo *sui generis*: os conteúdos semânticos, legados por tradição e objetivados em palavras e ações – as quais perfazem o objeto da compreensão hermenêutica – não são menos símbolos do que fatos. É por isso que a compreensão deve combinar a análise linguística e a experiência. Sem esta coação para tal combinação peculiar, o desenvolvimento circular do processo interpretativo permaneceria preso em um círculo vicioso.” HABERMAS, Jürgen. Consciência

contradição lógica insuperável, da qual se deveriam imunizar os argumentos e juízos filosóficos e científicos, e, quiçá, jurídicos. Ao contrário, essas aporias passam a ser percebidas como um modelo heurístico, geral e fecundo, que viabiliza o estabelecimento de uma relação prática entre a hermenêutica e a própria vida.

Inicialmente orientada por interesses cognitivos, como ocorre com as ciências empírico-analíticas, também a hermenêutica pretende “assegurar a intersubjetividade da compreensão nas formas correntes da comunicação e garantir uma ação sob normas que sejam universais”⁶⁵. Vê-se então que a compreensão hermenêutica visa à obtenção de um conhecimento que pode nortear “a ação e o entendimento recíproco”⁶⁶ entre os indivíduos e, por consequência, entre os diversos grupos humanos, por intermédio da formação de um “consenso espontâneo”⁶⁷, por meio de um “acordo sem coação” e na forma de um “reconhecimento mútuo sem violência” apto a viabilizar a formação de uma corrente de comunicação, entendida como uma das condições da sobrevivência humana⁶⁸.

Isso é suficiente para denotar o aspecto prático do interesse cognitivo que orienta as ciências do espírito. Com efeito, para Jürgen Habermas⁶⁹...

[...] a compreensão hermenêutica pode alcançar a objetividade, na medida em que o sujeito que compreende aprende, através da apropriação comunicativa das objetivações alheias, a se perceber a si mesmo em seu próprio processo formativo. Uma interpretação não pode atingir e perpassar o objeto senão na proporção em que o intérprete reflete o objeto e, ao mesmo tempo, a si mesmo, como momentos de um conjunto objetivo que abarca e constitui tanto um quanto o outro. Nesse sentido a objetividade do compreender está ligada a um princípio que, apenas aparentemente, é subjetivista”.

Moral e Agir Comunicativo. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 181-182.

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 186.

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 186.

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 186.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 186.

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 191.

Por isso mesmo, a proposta de Habermas consiste em liberar a compreensão hermenêutica do jugo da dialética do universal e do particular, em favor de uma “dialética comprometida com a comunicação da linguagem ordinária”, visando assim obter “uma classificação unívoca de fenômenos próprios a uma lógica total e abrangente”⁷⁰.

A circularidade da hermenêutica, como atividade que possibilita a compreensão das partes por intermédio da pré-compreensão do todo e também a demonstração do todo a partir do delineamento das partes, mostra-se oportuna para interpretar certos fenômenos sociais.

A teoria da ação comunicativa certamente trará uma contribuição decisiva para a compreensão de um critério de racionalidade que nos ensine a lidar com o paradoxo exposto no item b acima. Dito em outras palavras: a razão comunicativa pode ser utilizada como uma ótima ferramenta teórica para atuar a linguagem do direito, a despeito de suas reconhecidas tautologias.

Pois bem, se tivemos algum progresso em nosso esforço em lidar com o paradoxo enunciado no item b *supra*, cumpre agora investigar a relação deste com as questões relacionadas precedentemente nos tópicos a.1 e a.2. Portanto, a par das anotações a respeito do uso da racionalidade comunicativa habermasiana como modo de abordagem das aporias da linguagem do direito (b), e, por isso mesmo, como orientação do próprio agir judicial, no caso em estudo, deve ser vista como consequência ineludível desse agir a possibilidade da atuação *racionalizadora*, a ser procedida pelo Poder Judiciário, que seja estruturante das políticas públicas em saúde mental, ou, ao menos, que proporcione a *racionalização* dos meios terapêuticos e dos métodos de acolhimento dos utentes desse sistema, ou ainda, finalmente, a necessária correlação entre esses meios e os fins desejados.

A propósito, para os fins aqui suscitados, deve-se ter em perspectiva não só a efetividade dos programas de atendimento, hoje em curso no Brasil, por meio dos Centros de Atendimento Psicossocial (CAPS), mas também a própria definição desses programas multidisciplinares, sua estrutura e

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 192.

conteúdo, viabilizando que possam ser efetivamente utilizados para suprir as efetivas necessidades dos dependentes químicos.

Somente assim poderemos falar com alguma propriedade e consistência a respeito da possibilidade de uso de um remédio jurídico apto a proceder à intervenção *racional* do Judiciário nesse tema que tem inegável complexidade e densidade política e jurídica.

Qual é então a questão a ser elucidada? Como podemos fazer essa ponte entre a linguagem que pretende *domar* seus paradoxos pragmáticos (b) e a ação judicial que necessita enfrentar seus próprios paradoxos funcionais (a.1 e a.2)? O que dizer, portanto, da Ação Civil Pública para essa finalidade?

Primeiramente, convém anotar que para alcançarmos esse desiderato⁷¹ é inevitável a utilização, como ponto de partida, da singular percepção de Cândido Rangel Dinamarco a respeito da possibilidade de realização de um escopo do processo judicial⁷² que transcenda ao seu *telos* meramente judicial.

Como se sabe, Dinamarco pretende evidenciar a existência de um escopo político para a jurisdição, afirmando tratar-se de um compromisso da magistratura, na órbita de seu agir judicial, com a estabilidade das instituições políticas, o exercício da cidadania e, finalmente, a preservação do valor da liberdade⁷³.

Para Dinamarco, o processo judicial tem por objetivo promover a estabilidade das instituições políticas, bem como a necessária abertura de espaço à participação dos cidadãos na vida e no destino do Estado. O autor destaca ser o sistema processual judicial um autêntico mecanismo de participação política da sociedade, com aptidão para promover a própria cidadania. Essa peculiar percepção tem como pressuposto que a

⁷¹ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 231-235.

⁷² Para DINAMARCO a instrumentalidade do processo, se observa com a realização em três diferentes escopos, sendo eles o judicial, o social e o político. Nessa medida, cabe ao escopo social a pacificação da sociedade, enquanto que o escopo político tem em mira permitir a coexistência do exercício do poder público com a liberdade dos cidadãos e a participação destes no processo de tomada de decisões sobre o futuro da sociedade. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 149-151.

⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 209.

instrumentalidade do processo não pode prescindir da transcendência dos escopos sociais e jurídicos da jurisdição, devendo ver em seus escopos políticos a manutenção de uma ordem jurídica justa, sem perder o foco na estabilidade de suas instituições⁷⁴.

Para essa finalidade, inclusive como meio apto a lidar com os paradoxos acima dimensionados (a.1 e a.2), convém justamente refletir a respeito da utilização da Ação Civil Pública, que é um remédio jurídico constitucional que viabiliza a análise dos interesses difusos em questão, notadamente quanto à estruturação de políticas públicas para a saúde (artigos 196 e 198 da Constituição Federal), justamente aquelas necessárias para a organização administrativa do Estado e a devida orientação da coletividade a respeito dos critérios de precedência alusivos aos serviços de saúde que serão fruídos por todos. Nisso consiste o critério de racionalidade ora buscado.

A orientação política resultante de um procedimento público dialógico, louvado, portanto, na racionalidade comunicativa (b), deve possibilitar a obtenção de respostas *racionais* a respeito de determinados temas políticos relevantes, como é o caso do objeto do presente estudo (estratégia para lidar com os paradoxos a.1 e a.2).

O que se pretende, em verdade, é a definição, pela via da judicialização dessas políticas públicas, dos critérios racionais de organização política e administrativa, hábeis a promover o atendimento não só do específico agravo de saúde dos que se encontram em situação de drogadição, mas também de seu ulterior necessário acolhimento social, e assim, afetivo, familiar e profissional. Pretende-se, portanto, encontrar uma fórmula, inclusive, para conciliar a preservação da esfera de liberdade desses indivíduos, sem declinar do respeito a sua dignidade. Para esse elevado desiderato, na Ação Civil Pública haverá o ensejo para a deliberação dialógica dos partícipes do sistema de saúde, bem como dos representantes de suas conferências e conselho, utentes do SUS e seus parentes, profissionais da área médica etc, mostrando-

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 209.

se necessário, nesses casos, a realização de audiências públicas no curso do processo judicial⁷⁵.

Assim, propõe-se que a Ação Civil Pública seja doravante utilizada como o instrumento necessário tanto para a promoção racional de uma específica política pública de Estado, nas hipóteses de omissão dos poderes Legislativo e Executivo, quanto como o meio de prover o controle da racionalidade de outras tantas políticas públicas em curso. Com efeito, deve ser levado em conta que...

[...] esse aspecto da apreciação judicial de questões alusivas a políticas públicas, evidentemente com a imposição da eficácia *erga omnes* de seu provimento jurisdicional, terá o mérito de orientar a atuação estatal para o atendimento a esses interesses juridicamente relevantes segundo um molde razoavelmente referido a critérios isonômicos, pois suas regras terão validade sobre todas as relações e situações jurídicas de uma dada comunidade política.⁷⁶

O mencionado instrumento jurisdicional poderá ser utilizado como o palco adequado para a análise, bem como para a devida deliberação judicial a respeito: a) dos temas alusivos aos recursos financeiros previstos na Lei Orçamentária e disponíveis para a atuação do Poder Público na determinação das providências necessárias aptas ao tratamento aos indivíduos em estado de crise, sua internação e ulterior acolhimento; b) da observância das regras constitucionais e infraconstitucionais que orientam o financiamento necessário para constituir e manter o aparato estatal indispensável para o enfrentamento do problema; c) da determinação e especificação dos órgãos e serviços necessários para o funcionamento desse aparato, bem como a determinação de seus destinatários, *verbi gratia*, segundo critérios étários, geográficos, sócio-econômicos e outros; d) da qualidade da execução orçamentária levada a efeito pela Administração Pública; e) da observância de parâmetros de controle do tempo de internação, em face da equação complexa e contingente, a ser levada a efeito sobre o tema, entre o direito à liberdade do utente do sistema e as necessárias intervenções no sentido da salvaguarda de sua saúde física e

⁷⁵ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.235-241.

⁷⁶ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 237.

mental⁷⁷; f) dos meios de financiamento necessários para o atendimento do tema, diante dos recursos orçamentários disponíveis; g) da deliberação a respeito dos parâmetros técnicos que orientarão o posterior acolhimento familiar e social do indivíduo acometido de drogadição; e h) da definição de critérios para o controle deontológico da conduta dos atores do sistema.

Quanto à internação compulsória estritamente considerada, o mencionado remédio jurídico poderá suscitar uma questão central ao enfrentamento do tema, que é justamente a indagação e ulterior deliberação a respeito do aspecto multidisciplinar próprio às providências que deverão ser dispensadas aos respectivos destinatários dos serviços estatais, justamente em virtude da análise da própria etiologia do peculiar estado fisiológico e psiquiátrico do indivíduo em estado de drogadição. Será possível, assim, investigar também as variáveis médicas e bioéticas e a correlação destas com as situações jurídicas que poderão justificar as internações involuntárias, seus prazos e orientações gerais a respeito da relação entre esses tópicos e os elencados no parágrafo precedente.

É necessário, portanto, ponderar que os efeitos de uma sentença proferida em Ação Civil Pública não poderão ficar limitados ao interesse individual dos eventuais destinatários de seus efeitos imediatos. Insista-se que para a finalidade de determinar as balizas necessárias ao exercício de certos direitos subjetivos constitucionais *in concreto*, o ajuizamento de uma ação civil pública corresponde, em verdade, ao início de um processo de elaboração de norma jurídica geral, abstrata e impessoal, aplicável *erga omnes*, inclusive com a “extensão dos efeitos do julgado aos casos futuros e análogos”⁷⁸, ocasião em que caberá ao Judiciário a última palavra sobre a densificação de seus elementos normativos.

⁷⁷ Por essa razão, muito embora louvável a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça em aprovar seus enunciados orientadores da atuação judicial no tema da judicialização da saúde, pela Plenária da I Jornada de Direito da Saúde, realizado em 15 de maio de 2014, em São Paulo-SP, é recomendável ter redobrada acuidade na aplicação de seu Enunciado nº 1, relativo à Saúde Pública, no sentido de que “não é recomendável a determinação a priori de internação psiquiátrica, tendo em vista inclusive o perigo de institucionalização de pacientes por longos períodos”, nos casos de drogadição. Defendemos, quanto ao tema em referência, justamente que sejam evitados entendimentos universalizáveis, em demandas individuais, a favor ou contra uma determinada atuação judicial, sem a análise percuciente e cuidadosa de cada caso em exame e sem a devida percepção da complexidade que cerca o tema, como poderá ocorrer nos casos da aplicação genérica desse enunciado.

⁷⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública – em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores. 9 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 411.

Diante das diretrizes da doutrina de Kazuo Watanabe⁷⁹, mostra-se também injustificável a existência de diversas demandas que tenham por objeto a tutela de determinados interesses coletivos ou difusos, dadas as peculiaridades que cercam o tema dos limites subjetivos das sentenças proferidas nas ações dessa natureza⁸⁰. Isso se deve às específicas peculiaridades dessa modalidade acionária, que não pode, por certo, ser tratada da mesma forma das demais demandas individuais.⁸¹

Demais disso, é inegável a existência de consenso, na doutrina especializada, a respeito da possibilidade de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário⁸². Na linha de frente dessas manifestações doutrinárias encontra-se o trabalho pioneiro da notável Professora Ada Pellegrini Grinover que, em síntese, assim leciona:

- a – o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º CF);
- b – esse controle não fere o princípio da separação dos Poderes, entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado;
- c – conseqüentemente, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas – entendidas como programas e ações do Poder Públicos objetivando atingir os objetivos fundamentais do Estado - quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas;
- d – Há limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas. Tais limites são: *i.* a restrição à garantia do mínimo existencial; *ii.* a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; *iii.* a reserva do possível;

⁷⁹ WATANABE, Kazuo. Demandas Coletivas e os problemas emergentes da Práxis Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jul/Set 1992, Vol. 67, p. 15. No mesmo sentido, inclusive com a ponderação de soluções de *lege ferenda* para o caso, relativamente ao tópico “A demanda coletiva e sua relação com outras demandas”, examine-se WATANABE, Kazuo. Relação entre Demandas Coletivas e Demandas Individuais. In: WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 160-165.

⁸⁰ É inegável, portanto, que, à vista do “núcleo comum” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública – em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores. 9 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 411) que identifica mutuamente essas ações, a eficácia atribuída a uma sentença que tutele interesses coletivos e difusos deve se estender a casos futuros análogos, mostrando-se injustificável, de fato, que tais ações sejam reiteradamente repetidas.

⁸¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública – em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores. 9 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 414.

⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito. v. 7, 2010.

e – A estrita observância desses limites, assim como o correto entendimento do que sejam políticas públicas, são necessários e suficientes para coibir os excessos do Poder Judiciário;
 f – para fazer face ao descumprimento da ordem ou decisão judicial pelo Poder Público, sem embargo da aplicação de *astreintes* – pouco adequadas quando se trata da Fazenda Pública -, as sanções mais eficazes são a responsabilização por improbidade administrativa e a intervenção federal ou estadual no Estado ou Município; e, em âmbito mais limitado, a imputação ao Prefeito Municipal de crime de responsabilidade;
 g – todas as espécies de ações – coletivas, individuais com efeitos coletivos, ou meramente individuais – são idôneas a provocar o controle e a eventual intervenção do Judiciário nas políticas públicas.⁸³

Nessa linha doutrinária, percebe-se que no tópico alusivo aos elementos deontológicos fixados como limites à intervenção do Judiciário em políticas públicas, figura o pressuposto da restrição à garantia do mínimo essencial, em face do princípio da reserva do possível. Em acréscimo, sustenta-se nos critérios axiológicos da razoabilidade da pretensão e da pretensa irrazoabilidade da escolha do agente público como equação orientadora da escolha judicial. Essas diretrizes deontológicas e axiológicas são invariavelmente descritas como elementos balizadores da racionalidade do juízo decisório quando da intervenção em temas afetos a políticas públicas e são usualmente utilizadas na jurisprudência dos tribunais pátrios⁸⁴.

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito. v. 7, 2010.

⁸⁴ É digna de nota a respeito desse tema a decisão monocrática, subscrita pela Ministra Ellen Gracie, foi assim fundamentada: (...) 4. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 23, inc. II e 198, inc. I da Constituição da República e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004.

5. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o

Isso não obstante, muito embora elogiosa a iniciativa doutrinária que coloca em destaque esses elementos orientadores, não nos parece que o uso dos referidos critérios possa efetivamente resultar no ganho de racionalidade necessário para lidar com os paradoxos já elencados acima (a.1 e a.2), ou permita antever o efetivo ganho de racionalidade no trabalho judicial a respeito desses temas.

Como mencionado, a jurisprudência dos tribunais brasileiros já convive com essas variáveis deontológicas e axiológicas, sem que efetivamente tenham proporcionado algum alento ao problema de lidar com as aporias a.1 e a.2. Demais disso, essas premissas mantêm, no âmbito do sistema da Justiça, uma considerável abertura discricionária, enredando-se em distintos critérios de racionalidade instrumental individual, emanados da racionalidade da consciência dos respectivos julgadores, a respeito do sentido semântico e hermenêutico dos pressupostos deontológicos da restrição à garantia do mínimo essencial, em face do princípio da reserva do possível, ou mesmo no critério axiologicamente aberto fiado na possível razoabilidade de uma determinada linha de conduta de um juiz.

A razão comunicativa, orientada por um *medium* linguístico dialógico, a seu turno, funcionará, insista-se, como meio de desparadoxação da própria linguagem do direito, auxiliando-nos a lidar com a aporia b, pois tenderá a obter um consenso a respeito do sentido, conteúdo e alcance do direito subjetivo à prestação desses serviços públicos pelo Estado na seara da Saúde

Estado forneça os medicamentos relacionados “(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)” (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, “(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...)” (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a “(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)” (fl. 11). 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. STF – Suspensão de Tutela Antecipada nº 91. Origem: AL – Relatora: Min. Ellen Gracie – DJU nº 43 de 05.03.2007.

Mental. Partindo-se desse consenso, no curso de uma Ação Civil Pública em que se tenha possibilitado a abertura de um diálogo com os principais segmentos representativos do SUS, na perspectiva do art. 198 da Constituição Federal, essa operação servirá como modo de aplainar o paradoxo funcional do direito, auxiliando-nos com os paradoxos a.1 e a.2.

Portanto, a partir do consenso dialógico e compartilhado, com a sociedade civil e com os atores do SUS, a respeito dos limites de fruição desses direitos a prestações, será possível obter decisões sobre os diversos temas que se relacionam à drogadição, em uma Ação Civil Pública, com os efeitos jurídicos e políticos já mencionados, que certamente transcenderão o caráter meramente curativo individual relacionado a um caso concreto. A sentença a ser proferida na ACP deliberará a respeito desses temas metaindividuais e proverá, a partir da fixação do consenso compartilhado sobre o modelo de fruição respectivo, é bom repisar, o necessário para o atendimento aos utentes do sistema, com o devido respeito à igualdade de acesso ao sistema de saúde, lidando assim de modo racional com a aporia a.1.

Essa deliberação pública e plural deverá inclusive estabelecer os critérios necessários para o indispensável posterior acolhimento desses indivíduos, dando efetividade ao esforço administrativo que se iniciou com a internação compulsória, inclusive com a devida definição das suas fases ulteriores de relacionamento desses indivíduos com seus complexos segmentos sociais. Assim será também possível tratar do paradoxo a.2.

Para a finalidade exposta precedentemente, convém salientar que a Ação Civil Pública, em virtude das características estruturais de seu procedimento, bem como em decorrência de seu escopo jurisdicional, social e político, propiciará o manejo coerente dos argumentos de princípios políticos em vigor em nossa comunidade democrática.

Nesse quadro, é evidente a tensão existente entre dois polos opostos de interesses em um regime político democrático, consubstanciados na autonomia e no bem-estar. Isso não passou despercebido para Luiz Werneck Vianna, para quem “a chave normativa da concepção de Justiça,

presente no paradigma procedimental do direito habermasiano, é a autonomia e não o bem-estar”⁸⁵. Para Habermas,,,

[...] a concretização de direitos fundamentais constitui um processo que garante a autonomia privada de sujeitos privados iguais em direitos, porém em harmonia com a ativação de sua autonomia enquanto cidadãos⁸⁶.

Com efeito, o paradigma procedimental do direito procura garantir justamente “as condições do procedimento democrático”⁸⁷, sendo primordial, nesse caso, que seu escopo consiste em orientar “o olhar do legislador para as condições de mobilização do direito”. Assim, a função do direito, antes de “captar interesses públicos” deverá importar apenas em “eventualmente impô-los”⁸⁸. Nesse ponto, deve ser ressaltado o necessário cuidado a respeito dos perigos da hipertrofia dos poderes do Estado, e seus subsequentes riscos às próprias liberdades públicas. Por isso mesmo, Habermas propõe uma “esfera pública desconfiada, móvel, desperta e informada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste nas condições da gênese do direito legítimo.”⁸⁹

Portanto, na visão de Habermas, a função do Judiciário, ao tratar dos temas alusivos aos direitos fundamentais, deve ser a de assegurar o processo legislativo democrático e não a de fixar um lugar de guardião de uma ordem suprapositiva de valores⁹⁰, senão vejamos:

El Tribunal Constitucional, conforme a una comprensión procedimental de nuestro orden jurídico, ha de entenderse a si

⁸⁵ VIANNA, Luiz Verneck; CUNHA, Manuel Palácios da Cunha e Melo; BURGOS, Marcelo Baumann. *Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 28. No mesmo sentido: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999, p. 209.

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia - Entre facticidade e validade*. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 169.

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia - Entre facticidade e validade*. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 183.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia - Entre facticidade e validade*. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 185.

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia - Entre facticidade e validade*. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 185.

⁹⁰ VIANNA, Luiz Verneck; CUNHA, Manuel Palácios da Cunha e Melo; BURGOS, Marcelo Baumann. *Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 28. No mesmo sentido: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999, p. 209, p. 29.

mismo como protector de un proceso de legislación democrática, es decir, como protector de un proceso de posición o creación democrática del derecho, y no como guardián de un supuesto orden suprapositivo de valores substanciales. La función del Tribunal es vigilar que se respeten los procedimientos democráticos para una formación de la opinión y la voluntad políticas de tipo inclusivo, es decir, en la que todos pueden intervenir, sin asumir él mismo el papel de legislador político.⁹¹

Assim, a percepção de Habermas⁹² a respeito do *judicial review*⁹³ é a de que a manutenção do sistema de direitos fundamentais não pode ter por fundamento uma ordem suprapositiva, vista como um critério absoluto de verdade. Por isso, o instituto da revisão judicial terá a função de reforçar o processo de formação da vontade democrática⁹⁴, para que garanta a todos os direitos de comunicação e participação.

Essa vertente do pensamento habermasiano alinha-se às diretrizes teóricas de John Hart Ely, para quem o *judicial review* só se justificaria como algo referido a uma teoria de interpretação constitucional que pudesse efetivamente restringir a discricção judicial, assegurando aos juízes uma atuação segundo princípios legais pré-definidos⁹⁵. Dessa feita, o Judiciário poderá orientar-se por critérios legítimos, desde que se refiram aos princípios endossados por uma comunidade política.

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. Mas Allá del Estado Nacional. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1997, p. 99.

⁹² Para HABERMAS, “o Estado democrático de direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim, como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema dos direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo.” HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia - Entre facticidade e validade. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. II, p.118.

⁹³ Perceba-se, por oportuno, o que parece ser um fenômeno de âmbito global: o *judicial review* hoje tem uma conotação diferenciada em relação aos primórdios do constitucionalismo, pois verifica-se: 1) a diminuição do *mandatory jurisdiction*, em que o escopo do recurso é considerado verdadeiramente um direito do jurisdicionado e 2) o aumento da ênfase ao *writ of certiorari*, cuja análise depende, sim, de uma boa dose de discricção do Judiciário. Segundo essa visão, a Corte Constitucional passa a não mais ser vista como uma instância de revisão, no sentido de apreciar qualquer matéria em que se pretenda a afirmação de direitos individuais, mas assume, em verdade, a missão de decidir questões cuja repercussão revele o interesse de toda a sociedade, afirmando assim a supremacia judicial. Cf. GRIFFIN, Stephen M. The age of Marbury : Judicial Review in a Democracy of Rights (September 3, 2003). Tulane Law School Working Paper n° 2003-01, p. 14-17. <http://ssrn.com/abstract-441240>, acesso em 15.01.2005.

⁹⁴ ROSENFELD, Michel. Law as Discourse: Bridging the gap between Democracy and Rights. Harvard: Harvard Law Review, Vol. 108, n° 5 (Mar., 1995), p. 1163-1189.

⁹⁵ ELY, John Hart. Democracy and distrust. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p 73-104.

Certamente, na convivência paradoxal dessas posturas opostas mostra-se latente o traço essencial de uma democracia plural, que é justamente “a tensão entre a lógica democrática da igualdade e a lógica liberal da liberdade”⁹⁶.

Ao que parece, a manutenção de um sistema democrático plural demanda que a tensão entre a liberdade e a igualdade seja valorizada e não dissolvida⁹⁷, oferecendo assim uma resposta ao antigo dilema a respeito de “como colocar os direitos individuais fora do alcance das regras da maioria”⁹⁸.

A aposta no pluralismo, como modo de garantir os direitos individuais e os interesses jurídicos das minorias, não justificará a supervalorização desses interesses individuais em detrimento de um conceito razoável de igualdade.

Finalmente, a contribuição da Jurisdição para a fixação de um critério de racionalidade decisória, no âmbito dos direitos fundamentais a prestações, em oposição à equação fundamentada em argumentos relacionados ao mínimo existencial e à reserva do financeiramente possível, pressupõe a percepção, por parte dos atores do processo judicial, de que o conceito de direito subjetivo constitucional, obtido a partir de um contexto de racionalidade dialógica, não pode ficar preso ao pretense caráter universal, a-histórico e atemporal dessas prerrogativas constitucionais. Tampouco deve apostar na possibilidade de afirmação desses direitos no sentido de atribuir poderes absolutos aos cidadãos ou de garantir precisamente seus espaços de atuação, pois o critério racional legitimador somente será obtido após a dialetização desses interesses e sua ponderação diante de tantos outros em conflito na sociedade.⁹⁹

O exercício desses direitos, por intermédio da Ação Civil Pública, terá o condão de contribuir para a formação de uma esfera pública desperta e participativa, marcada por espaços de atuação socialmente legítimos. Essa via

⁹⁶ MOUFFE, Chantal. *La Paradoja Democrática*. Trad. de Tomás Fernández Aús y Beatriz Eguilbar. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 200.

⁹⁷ MOUFFE, Chantal. *La Paradoja Democrática*. Trad. de Tomás Fernández Aús y Beatriz Eguilbar. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 200.

⁹⁸ MOUFFE, Chantal. *La Paradoja Democrática*. Trad. de Tomás Fernández Aús y Beatriz Eguilbar. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 200.

⁹⁹ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 244.

de racionalização dialógica do juízo decisório propiciará, por certo, a superação da imagem do sujeito de direito (*legal person*) da doutrina clássica do direito, viabilizando a elaboração de um conceito intersubjetivo de direito fundamental, mais adequado e racionalmente operacional em relação à pluralidade dos interesses em conflito da sociedade e com as diversificadas formas de vida que coexistem no meio social.¹⁰⁰

Como visto, o Juiz investirá em uma *praxis* judicial que aceite o diálogo com as diversas tendências e opiniões correntes na vida social. Dessa feita, embora tenha a última palavra, o julgador poderá empreender um processo dialógico e dialético de busca de soluções para os graves problemas sociais, a partir de uma compreensão mais realista de seus horizontes e, certamente, fundamentado em planos de solução orientados por um consenso democrático racional a respeito de seus critérios.

Esse trabalho judicial, respaldado na orientação estratégica de um agir político voltado para o atendimento racional da demanda por serviços de saúde, não pode perder de vista a indispensabilidade da coexistência dessas posturas contrastantes e, na mesma medida, a possibilidade de realização de um direito social (bem-estar) sem a supressão das liberdades políticas de sua esfera pública (autonomia).

A manutenção dessa frágil equação, provedora do equilíbrio entre autonomia e bem-estar, poderá assim apostar em uma linha decisória que não se filie a qualquer desses extremos e possibilite, por isso mesmo, promover a busca dessa proporção como um autêntico escopo político da atividade jurisdicional.

Referências

American Psychiatric Association. Guidelines for legislation on the psychiatric hospitalization of adults. *The American Journal of Psychiatry*. May, 01, Vol. 140, nº 5, 1983.

¹⁰⁰ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 245-246.

AUSTIN, Jonh L. How to do things with words. New York: Oxford University Press, 1976.

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty (1958). In BERLIN, Isaiah (1969) Four Essays on Liberty. Oxford: Oxford University Press, 1989.

BEZERRA Jr, Benilton. Desafios da Reforma Psiquiátrica no Brasil. Rio de Janeiro: Revista de Saúde Coletiva, 2007.

BYATT D. O.; PINALS Debra, ARIKAN, Rasim. Involuntary hospitalization of medical atients who lack decisional capacity: a unresolved issue. FOCUS - THE JOURNAL OF LIFE - LONG LEARNING IN PSYCHIATRY. 2007.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Direito à Saúde e Respeito à Constituição. In: SANTOS, Nelson Rodrigues dos; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (orgs.). Gestão Pública e Relação público privado na Saúde. Rio de Janeiro: CEBES, 2011.

_____. Desjudicialização da Saúde: um bem necessário? In: Revista de Direito Público, São Paulo, IOB, vol. 1, n. 28 (jul./ago. 2009), 2009.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim; CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. Judicialização das Políticas de Saúde no Brasil. In: ALVARES, Sandra

Mara Campos; Delduque, Maria Célia; Dino Neto, Nicolau (Org.) *Direito Sanitário em Perspectiva*. Brasília: ESMPU, FIOCRUZ, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINIZ, Débora. MACHADO, Tereza Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaína. *A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil*. *Ciência & Saúde Coletiva*, 19(2):591-598, 2014.

Editorial do Boletim nº 245 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Ano 21, nº 245, abril/2013.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

GRIFFIN, Stephen M. *The age of Marbury : Judicial Review in a Democracy of Rights* (September 3, 2003). Tulane Law School Working Paper nº 2003-01, p. 14-17. <http://ssrn.com/abstract-441240>, acesso em 15.01.2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*. v. 7, 2010.

GOSTIN, Lawrence O; GABLE, Lance. *The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A Global Perspective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health*. *Wayne State University Law School*. *L. Rev.* 20-121, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. Teoría de la Acción Comunicativa, Racionalidad de la acción y racionalización social. Vol. II. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2003.

_____. Más allá del Estado nacional. Trad. Manuel Jiménes Redondo. Madrid: Trotta, 1997.

_____. Pensamento Pós-metafísico. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. Conhecimento e interesse. Trad. José Nicolau Heck. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

_____. Communication and the evolution of society. Trad. Tomas MacCarthy. Boston: Beacon Press, 1976.

_____. Direito e Democracia - Entre facticidade e validade. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. Legal Argumentation: an analysis of its Form. The Modern Law Review. Vol. 58, nº 3. Cambridge: Blackwell, May/1995.

_____. A terceira questão – O uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito. Trad. Cicero Krupp da Luz e Jeferson Luiz Dutra. Canoas: Revista Estudos Jurídicos, 39(1):45-52, janeiro-junho de 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública – em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores. 9 ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. Acesso à justiça – Condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MCCARTHY, Thomas. La Teoria Critica de Jürgen Habermas. Trad. Manuel Jimenes Redondo. Madrid: Tecnos, 1992.

MACCORMICK, Neil. Argumentação Jurídica e Teoria do Direito. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TEUBNER, Gunther. Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. Storrs Lectures 2003/04 Yale Law School.

MOUFFE, Chantal. La Paradoja Democrática. Trad. de Tomás Fernández Aús y Beatriz Equilbar. Barcelona: Gedisa, 2003.

PERELMAN, Chaim; Olbrechts-Tyteca, Lucie. Tratado da argumentação - *A nova Retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 1996).

ROSENFELD, Michel. Law as Discourse: Bridging the gap between Democracy and Rights. Harvard: Harvard Law Review, Vol. 108, nº 5 (Mar., 1995).

ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998.

SEGAL, Steven P.; BURGESS, Phillip M. Factors in the selection of patients for conditional release from their first psychiatric hospitalization. Psychiatric Services. November 01, 2006, Vol. 57, nº 11.

VIANNA, Luiz Verneck; CUNHA, Manuel Palácios da Cunha e Melo; BURGOS, Marcelo Baumann. Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luiz Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: José Eduardo Faria (org.). A crise do Direito em uma sociedade em mudança. Brasília: EdUnb, 1988.

WATANABE, Kazuo. Demandas Coletivas e os problemas emergentes da Práxis Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jul/Set 1992, Vol. 67.

_____. Relação entre Demandas Coletivas e Demandas Individuais. In: WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATZLAWICK, Paul ; BEAVIN, Janeth Helmick. Pragmática da comunicação humana. Trad. Álvaro Cabral. 9 ed. São Paulo: Cultrix, 1993.

O CONTROLE DAS FINANÇAS PÚBLICAS À LUZ DOS NOVOS PARADIGMAS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Odilon Cavallari de Oliveira¹⁰¹

Introdução

A partir do século XVIII, principalmente, presenciou-se uma significativa evolução do reconhecimento de direitos fundamentais que, se em um primeiro momento, diziam respeito a prestações negativas do Estado, nas quais se exige apenas uma postura absenteísta, passaram posteriormente a requerer do Poder Público prestações positivas que naturalmente começaram a exercer forte pressão sobre as finanças públicas, porquanto a concretização desses direitos requer, em muitos casos, elevados gastos governamentais.

A escassez de recursos, porém, é um desafio a ser enfrentado, especialmente diante de um legislador ávido pela criação de direitos, mas, em muitas oportunidades, descompromissado com a viabilidade dos meios para a sua efetivação. Desse quadro resulta, para a Administração Pública, a árdua tarefa de estabelecer prioridades que atendam, na melhor medida possível, as expectativas dos cidadãos decorrentes das promessas estampadas no Texto Constitucional, e proporcionem a boa administração da coisa pública, à luz dos princípios constitucionais aplicáveis à atuação do Estado.

O controle das finanças públicas exercido pelos Tribunais de Contas ganhou relevo nessa empreitada, como instrumento de orientação, na busca da eficiência na realização da despesa pública, mas também da inibição de ilícitos, quando os princípios constitucionais norteadores da atividade pública estão sob ameaça. Como órgãos cujas competências estão expressamente previstas na própria Constituição, os Tribunais de Contas exercem o controle da Administração nos moldes dos comandos constitucionais, legais e regulamentares.

¹⁰¹ Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União. Advogado.

Considerando, porém, a peculiar característica da Constituição brasileira, depositária de inúmeras promessas, assim como a constitucionalização do direito e a textura aberta de diversos normativos, a atuação dos Tribunais de Contas, a exemplo do que ocorre com o Poder Judiciário, enfrenta o desafio de bem compreender e interpretar os dispositivos constitucionais, legais e regulamentares, de modo a encontrar a resposta constitucionalmente adequada, em cada situação, o que, sem dúvida, exige das Cortes de Contas a devida consideração pela atual quadra da história no tocante à tarefa de aplicação do direito, especialmente em face do que se convencionou denominar de neoconstitucionalismo ou, como preferem alguns, de constitucionalismo contemporâneo. É sob essa perspectiva que o presente estudo será desenvolvido.

2. As promessas constitucionais e as expectativas ainda não atendidas

A Constituição brasileira de 1988 é marcada pela acentuada ênfase dispensada aos direitos individuais e coletivos. São, em muitos casos, promessas feitas pelo Texto Constitucional, por meio de normas que declaram direitos cuja concretização depende de regulamentação infraconstitucional, além de provisão de recursos orçamentários e financeiros e ainda de atuação hávida e eficiente da Administração Pública para tornar realidade, no mundo dos fatos, os direitos abstratamente contemplados na Constituição.

A atual Constituição retrata a preocupação de cunho social que moveu o Constituinte de 1988, como parte de um longo processo histórico de reconhecimento de direitos, refletido, em grande medida, na evolução do próprio constitucionalismo que, para Loewenstein, é possível identificar, em um primeiro momento, até mesmo no regime teocrático dos hebreus, passando pela democracia grega e pela república romana. Para o autor, a segunda fase do constitucionalismo foi inaugurada com a revolução puritana na Inglaterra e suas repercussões nas colônias inglesas do novo mundo, no século XVII. A terceira fase do constitucionalismo, por sua vez, é marcada pelo universalismo da constituição escrita, iniciado com a Constituição norte-americana de 1787 e

a Constituição francesa de 1791, inspiradas pelos ideais da época relativos à soberania popular e à teoria do contrato social de Rousseau.¹⁰²

É de se notar, com Canotilho, que não se pode falar em constitucionalismo como fenômeno de características comuns a todos os países que o vivenciaram. Ao contrário, deve-se considerar a existência de vários constitucionalismos (inglês, americano, francês, etc), porquanto o movimento constitucional percorreu caminhos distintos de acordo com a realidade de cada nação. Entretanto, sustenta o autor que o constitucionalismo moderno representa uma “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”. Mais que isso, é o constitucionalismo uma teoria normativa da política, assim como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.¹⁰³

Na mesma linha de Loewenstein, Canotilho lembra que, numa perspectiva histórica-descritiva, o constitucionalismo moderno está associado ao movimento político, social e cultural iniciado no século XVIII, no qual se questionavam os esquemas tradicionais de domínio político e se reivindicava um novo modelo, em oposição ao constitucionalismo antigo.¹⁰⁴

Com efeito, o século XVIII é marcado, de um lado, nos Estados Unidos da América, pela Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e, de outro, na França, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Para Sarlet, é com a Declaração de Virgínia que ocorre a transição dos direitos de liberdade legais a que os ingleses se referiram nas Declarações do século anterior para os direitos fundamentais constitucionais.¹⁰⁵

O processo de industrialização e o avanço técnico, com fábricas, sindicatos, partidos políticos, aglomeração de pessoas nas cidades, oriundas dos campos, concorrência no mercado de trabalho, e novas relações trabalhistas entre o empresário, detentor dos meios de produção, e o trabalhador, produziram, segundo Andrade, uma nova realidade caracterizada

¹⁰² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução para o espanhol: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel. 1979, p. 154-160.

¹⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

¹⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 50.

por profundas desigualdades sociais que passaram a motivar novas exigências para o Estado.¹⁰⁶

Ou seja, se antes os direitos fundamentais diziam respeito, basicamente, a liberdades ou direitos de defesa, de resistência perante o Estado, agora mencionados direitos tratavam de expectativas relacionadas à saúde, habitação, segurança, educação, direitos trabalhistas e outros direitos ditos sociais. Essa transição significa que os cidadãos, antes titulares de direitos que esperam do Estado prestações negativas, passaram, a partir de então, a exigir prestações positivas do Poder Público. Como afirmado por Andrade, de direitos *contra* o Estado passou-se a requerer a realização de direitos *através* do Estado.¹⁰⁷

A Constituição brasileira de 1988 insere-se nesse contexto histórico de proteção e de promoção de direitos fundamentais. No entanto, Dimoulis e Martins chamam a atenção para as controvérsias que o Texto Constitucional tem gerado. De um lado, os juristas, com viés neoliberal - que os citados autores classificam como conservadores, “do ponto de vista de uma interpretação constitucional que visa à garantia do *status quo ante* social -, negam o caráter dirigente da Constituição brasileira, criticam a inflação de direitos e defendem o “retorno a um regime de garantia quase ilimitada das liberdades individuais”. De outro lado, os juristas com posições socialmente progressistas criticam a falta de efetivação dos direitos fundamentais e, por isso, sustentam a necessidade de uma leitura da Constituição que favoreça a concretização desses direitos.¹⁰⁸

Em similar toada, Bonavides observa que, na era do Estado Liberal, verificavam-se posições extremas de formalismo, em nome da juridicidade, que buscavam despolitizar o Direito e assegurar uma neutralidade aparentemente absoluta. Essa postura prestigiava o *status quo* e o positivismo legalista, alegadamente sem vínculos ideológicos e distante de valores. O Estado Social, porém, passou a não mais admitir essa visão. Apesar disso, Bonavides coloca

¹⁰⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 57.

¹⁰⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 58.

¹⁰⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 25-26.

a questão de se saber como, no Direito Constitucional de hoje, é possível juridicizar o Estado Social, por meio do estabelecimento de novas técnicas ou institutos processuais que garantam os direitos sociais e os tornem efetivos, tais como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão.¹⁰⁹

No dizer de Bobbio, “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”.¹¹⁰ E completa ao afirmar que “Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-los. [...] O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos”.¹¹¹

Por outro lado, Stephen Holmes e Cass Sunstein chamam a atenção para o fato de que não faz muito sentido a distinção feita pela doutrina entre direitos fundamentais negativos, que requerem uma abstenção do Estado, e positivos, que requerem uma ação, porquanto, a rigor, todos os direitos fundamentais são positivos, na medida em que requerem do Poder Público a adoção de providências que, em menor ou maior grau, implicam custos para os cofres públicos, mesmo em relação àqueles direitos cuja concreção depende, aparentemente, de uma abstenção do Estado, no sentido de não ir contra o exercício desse direito.¹¹²

Na prática significa dizer que a concretização dos direitos fundamentais implica ônus financeiro aos cofres públicos, decorrente tanto da realização de despesa pública quanto da renúncia de receitas, ainda quando se trate dos direitos fundamentais considerados pela doutrina como negativos.

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 337-338.

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1992, p. 24.

¹¹¹ BOBBIO, op. cit., p. 37.

¹¹² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company. 1999, p. 35-48.

3. Tribunais de Contas como instrumentos de proteção e de promoção de direitos fundamentais

Considerada essa realidade, os tribunais de contas são chamados pelo Texto Constitucional a cumprirem as suas funções de controle, por força do disposto nos artigos 70 e 71, no tocante à realização da despesa e à renúncia de receita, e o fazem por intermédio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade. Nessa perspectiva, os tribunais de contas, particularmente após a Constituição Federal de 1988, figuram como fortes instrumentos de proteção e de concretização dos direitos fundamentais.

A doutrina alemã, conforme lembra Ricardo Lobo Torres, foi quem primeiro atentou para o novo relacionamento entre os tribunais de contas e os direitos fundamentais, pela obra de Ernst Rudolf Huber que defendeu ser o controle de contas uma garantia institucional da Constituição. Posteriormente, outros juristas alemães atribuíram ao próprio tribunal de contas a característica de garantia institucional, em face do crescimento de sua importância na defesa dos direitos fundamentais e tendo em vista a sua posição diante dos poderes do Estado, ressaltando principalmente a independência de seus membros e a ausência de subordinação aos Poderes Legislativo e Executivo.¹¹³

No mesmo diapasão Carlos Ayres Britto tem sustentado que os tribunais de contas não são tribunais singelamente administrativos, pois seu regime jurídico é “centralmente constitucional”, o que lhes confere “dimensão antes de tudo política”, razão pela qual defende que os tribunais de contas “se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei”. E conclui o autor que os tribunais de contas “se assumem como órgãos impeditivos do desgoverno e da desadministração”.¹¹⁴

O processo de constitucionalização do direito, porém, teve forte impacto também na atuação dos tribunais de contas, porquanto, como anotado

¹¹³ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Volume V: O Orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 502.

¹¹⁴ BRITTO, Carlos Ayres. Regime constitucional dos tribunais de contas. In: SOUZA, Alfredo José de et. al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 74

por Luís Roberto Barroso, a Constituição passou a exercer papel de extrema importância na interpretação da legislação infraconstitucional de todos os ramos do direito, no sentido de que as normas do ordenamento jurídico devem ser lidas sob a ótica da Constituição, razão pela qual sustenta que “toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional”.¹¹⁵

Gustavo Binimbojm destaca que a constitucionalização do direito trouxe novos paradigmas para o direito administrativo, amoldados aos marcos constitucionais do Estado democrático de direito. Nessa linha sustenta que um dos novos paradigmas do direito administrativo é o fato de ser hoje a Constituição, e não mais a lei, o cerne da vinculação administrativa à juridicidade.¹¹⁶

Considerada, portanto, a presente quadra, a atuação dos Tribunais de Contas não mais se pode limitar apenas ao controle de legalidade estrita. Muito além disso, os Tribunais de Contas necessariamente têm de enfrentar os desafios decorrente da constitucionalização do direito. O desafio, no entanto, é proceder a uma interpretação racional que atenda aos novos paradigmas do direito, vivenciados a partir de um processo evolutivo da teoria do Direito e da sua compreensão e interpretação, que passa do jusnaturalismo para o positivismo jurídico e, depois, para o atual momento que alguns denominam de neoconstitucionalismo.

4. Jusnaturalismo

É de se notar que o Direito, por longo tempo, viveu a experiência do jusnaturalismo que, segundo Carlos Santiago Nino, se baseava, principalmente, em duas teses: primeira, uma tese de filosofia ética, que sustentava a presença de princípios morais e de justiça, que deveriam ser considerados universalmente válidos e acessíveis ao homem; segunda, uma tese concernente à própria definição de direito, no sentido de que uma norma

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007, p. 226-227.

¹¹⁶ BINENBOJIM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 6.

não poderia ser considerada jurídica se estivesse em desacordo com os princípios morais e de justiça.¹¹⁷

Entre os jusnaturalistas havia, porém, divergências relativas à origem ou fundamento dos princípios morais e de justiça. Para uns, filiados ao jusnaturalismo teológico, como São Tomás de Aquino, o direito natural decorria dos mandamentos de Deus, de modo que nenhuma ordem positiva teria força obrigatória se não estivesse de acordo com o direito natural. Para outros, adeptos do jusnaturalismo racionalista, cuja origem é identificada com o movimento iluminista, que tomou a Europa nos séculos XVII e XVIII, como Immanuel Kant, o direito natural decorria, não dos mandamentos de Deus, mas sim da natureza ou estrutura da razão humana. Havia ainda alguns outros autores que adotavam uma concepção historicista, como Savigny e Puchta, segundo a qual o direito natural derivava do desenvolvimento da história humana.¹¹⁸

A insegurança e a arbitrariedade advinda do reconhecimento do direito natural como fonte de obrigação é uma das principais críticas ao jusnaturalismo, pois sem uma definição acerca da autoridade competente para determinar o conteúdo do direito natural e a sua interpretação, abria-se caminho para toda espécie de violação de direitos. A partir do século XVII, porém, e principalmente, do século XVIII, sob os ideais de Hobbes e Rousseau, verifica-se um movimento em favor do que veio se denominar legicentrismo, por meio de uma preocupação acentuada com as fontes do direito, as quais deveriam ser limitadas às fontes oficiais, oriundas do Estado, por meio dos parlamentos, presumidamente expressivas da vontade popular.¹¹⁹

É desse período a Constituição norte-americana (1787) e a francesa (1791) e, logo após, o processo de codificação do direito, do qual é exemplo o Código Civil francês, denominado Código de Napoleão, de 1804. A partir de então, especialmente em países de tradição romano-germânica, passou-se a prestigiar a edição de códigos, como meio de melhor disciplinar a vida em

¹¹⁷ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins fontes, 2010, p. 31-32.

¹¹⁸ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins fontes, 2010, p. 32-33.

¹¹⁹ MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 75-76.

sociedade e reconhecer os direitos reivindicados pelo movimento jusnaturalista. Portanto, conforme observado por Barroso, a elaboração dos códigos, por um lado, representou a vitória do direito natural, mas, por outro, também a sua superação histórica, em decorrência do culto à lei que se viu proceder naquela época, o que abriu as portas para a valorização do direito positivado.¹²⁰

5. Positivismo jurídico

É nesse contexto que surge o positivismo jurídico, inicialmente, na sua vertente denominada ideológica que, segundo Bobbio, apresenta as seguintes características: 1) quanto ao modo de encarar o direito, considera-se o direito como um fato e não como um valor; 2) quanto à definição do direito, o positivismo o define em função do seu poder de coação; 3) quanto às fontes do direito, a lei é considerada a fonte principal, sendo que os costumes somente podem ser vistos como fonte do direito se *secundum legem* ou *praeter legem*, nunca *contra legem*; 4) quanto à teoria da norma jurídica, a norma é considerada um comando imperativo; 5) quanto à teoria do ordenamento jurídico, o positivismo o vê como completo e coerente, ou seja, sem lacunas nem contradições; 6) quanto à interpretação, deve ser mecanicista, no sentido de que compete ao jurista apenas declarar o direito posto, que se presume completo e coerente, sem, portanto, se admitir qualquer atividade criativa do direito; 7) quanto à obediência da lei, o positivismo entende que a sua obediência deve ser absoluta, independentemente de seu conteúdo, isto é, sem qualquer avaliação acerca da adequação do conteúdo da norma aos valores morais, pois se presume que esse conteúdo seja bom.¹²¹

Ainda na linha do positivismo ideológico, Santiago Nino menciona o formalismo jurídico que Bobbio denominou de positivismo teórico, segundo o qual o direito se compõe, basicamente, de comandos legislativos produzidos pelos órgãos estatais competentes. Desse modo, o formalismo desconsidera tanto os costumes quanto a jurisprudência e sustenta que as normas jurídicas

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos filosóficos e teóricos do novo direito constitucional brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de abr. de 2014.

¹²¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131-133.

aprovadas pelo Legislativo não são vagas nem ambíguas, razão pela qual a ordem jurídica é autossuficiente para fornecer a resposta certa para qualquer caso que se apresente.¹²²

Há também o positivismo denominado conceitual ou metodológico, segundo o qual o conceito de direito não deve ser elaborado em termos valorativos, mas deve ser definido a partir de propriedades descritivas. Apesar de essa corrente também sustentar a separação entre direito e moral, admite que, em certas circunstâncias, normas injustas, embora válidas, podem justificar a recusa do juiz em lhes dar cumprimento. Essa posição difere substancialmente da que seria adotada por um jusnaturalista, pois sustentaria que, se o juiz estava moralmente obrigado a não aplicar a norma, então essa norma não era uma norma jurídica. Essa posição difere também da que seria adotada por um positivista ideológico, que não admitiria a possibilidade de o juiz desconhecer a norma, pois, se era uma norma jurídica, o juiz seria obrigado a aplicá-la.¹²³

Kelsen, considerado um dos maiores expoentes do positivismo, sustenta que não se pode falar em uma moral absoluta que seja válida sobre qualquer outra moral, porque um valor absoluto somente pode ser admitido quando oriundo de uma crença religiosa. Portanto, para Kelsen, há várias morais relativas que variam de acordo com a época, o local e os povos envolvidos, muito embora dentro de uma mesma categoria, classe ou profissão seja possível encontrar diferentes sistemas morais que se controvertem acerca do que seja justo ou injusto, bom ou mau. Também por isso, com mais razão ainda, as normas jurídicas não poderiam ser pautadas por critérios morais, pois, exceto na hipótese de uma moral absoluta, não haveria como o Direito atender a todos os sistemas morais.¹²⁴

Na linha da sua teoria pura do Direito, Kelsen defende que não é tarefa da ciência jurídica a valoração ou a apreciação do objeto de uma norma jurídica, ainda que esta, como prescrição de dever-ser, seja um valor jurídico.

¹²² NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins fontes, 2010, p. 41.

¹²³ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins fontes, 2010, p. 43.

¹²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 72-76.

O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico que ele descreve. A obediência à norma jurídica não depende da ordem moral, ou seja, ainda que a norma jurídica esteja em desacordo com a ordem moral ela será válida e obrigatória. Para Kelsen o que motiva o cumprimento da norma jurídica não é a adesão voluntária das pessoas à norma ou a crença no seu ajuste à moral ou à justiça, mas sim o temor da sanção, considerada pelo autor a norma primária.¹²⁵

No que concerne à interpretação do Direito, Kelsen entende que se desenvolve por meio de uma operação mental que respeita a relação de determinação ou de vinculação estabelecida entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica. Essa determinação nem sempre, porém, é completa, pois há casos em que a norma do escalão superior deixa uma margem de livre apreciação a ser preenchida pela norma do escalão inferior, que pode ser uma lei, um regulamento administrativo ou uma decisão judicial. Desse modo, a norma de escalão superior é uma moldura ou um quadro a ser preenchido pela norma de escalão inferior. A essa circunstância, Kelsen qualifica de indeterminação intencional do ato de aplicação do Direito. É o caso da norma penal quando prevê como sanção uma pena de multa ou uma pena de prisão, mas deixa ao juiz a faculdade de decidir quando aplicar uma ou outra, nos casos concretos.¹²⁶

Kelsen sustenta ainda a possibilidade de indeterminações não intencionais do ato de aplicação do Direito. Ou seja, entende que, muitas vezes, há uma indeterminação do Direito decorrente da pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras contidas na norma que pode levar até mesmo a um resultado diverso da vontade do legislador. Nesses casos, a norma é uma moldura que comporta várias possibilidades de aplicação, todas consideradas corretas. A escolha acerca de qual interpretação deve ser adotada é, portanto, uma decisão que não se pauta

¹²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 77.

¹²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 387-389.

por qualquer critério. Nas palavras de Kelsen, “é um esforço inútil querer fundamentar `juridicamente` uma, com exclusão da outra”.¹²⁷

Desse modo, entende Kelsen que o ato de interpretar é um ato de vontade e não um ato de conhecimento, pois a escolha da resposta correta não é um problema da teoria do Direito, mas sim um problema de política do Direito. Querer, a partir da lei, obter a única sentença correta ou o único ato administrativo correto seria, para Kelsen, o mesmo que querer, a partir da Constituição, criar as únicas leis corretas, o que a teoria pura do Direito não entende possível. Portanto, a interpretação cognoscitiva, feita pela ciência jurídica, não cria Direito novo, pois a função criadora do Direito somente pode ser exercida por um órgão aplicador do Direito, ao preencher as suas lacunas.¹²⁸

Ainda no campo do positivismo jurídico, ofereceu grande contribuição a doutrina de H. L. A. Hart, segundo a qual o Direito é formado por normas primárias e normas secundárias. As primárias dizem respeito a obrigações impostas aos destinatários dessas normas. As secundárias, por sua vez, situam-se em um nível diferente do das primárias, pelo fato de terem por objeto, não obrigações, mas as próprias normas primárias. Ou seja, as normas secundárias especificam as normas primárias, pois são as secundárias que determinam, introduzem, eliminam e alteram as normas primárias. Hart sustenta haver três tipos de normas secundárias: as de reconhecimento, as de modificação e as de julgamento.¹²⁹

As normas secundárias são de reconhecimento, quando especificam as condições para que uma norma primária possa ser assim considerada e se torne obrigatória, o que, em um sistema jurídico evoluído, pode ocorrer pelo fato de as normas primárias terem sido aprovadas pelo órgão competente ou por terem sido o resultado de uma longa prática consuetudinária ou, ainda, por sua relação com uma decisão judicial. As normas secundárias são, por outro lado, de modificação, nos casos em que disciplinam os mecanismos para a

¹²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 389-392.

¹²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 393-395.

¹²⁹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 118-128.

modificação ou a revogação de uma norma primária ou para a introdução de uma nova norma primária. Por fim, há ainda as normas secundárias de julgamento que outorgam a determinadas pessoas o poder de julgar as violações às normas primárias. Hart observa que há uma estreita ligação entre as normas secundárias de modificação e de julgamento com as normas secundárias de reconhecimento, pois, invariavelmente, a presença das primeiras implica a da última, a de reconhecimento.¹³⁰

Hart sustenta que entre direito e moral não há uma conexão conceitual necessária, motivo pelo qual admite que disposições moralmente iníquas possam ser válidas como normas jurídicas. Portanto, para o autor, a existência e o teor do direito são determinados pelas suas fontes sociais, como, por exemplo, a legislação, a jurisprudência dos tribunais e os costumes sociais, sem qualquer interferência da moral, exceto nos casos em que o próprio direito incorpore critérios morais para a sua identificação.¹³¹ Conforme ressaltado pelo próprio Hart, a sua doutrina tem sido classificada como de um positivismo brando (*soft positivism*), porquanto admite, como critério de validade jurídica, a incorporação pela norma de reconhecimento de princípios morais ou valores substantivos.¹³²

Hart afirma, porém, que, em muitas situações, o direito não indica qual seria a decisão correta. Para esses casos, Hart entende que o juiz pode criar o direito a ser aplicado. Não poderá fazê-lo arbitrariamente, pois terá de justificar sua posição “mediante algumas razões gerais”, mas agirá do mesmo modo que um legislador consciencioso, “decidindo de acordo com as suas próprias convicções e valores”. Ressalta, porém, que o poder de criar o direito para o caso a ser decidido é diferente daquele do Poder Legislativo, pois o poder dos juízes sofre limitações que não se aplicam ao legislador e o exercício desse poder dos juízes limita-se às decisões dos casos específicos, pois não podem utilizá-lo para “introduzir reformas amplas ou novos códigos”. Para Hart, o ato de confiar esse poder discricionário aos juízes, nessas hipóteses, “é o

¹³⁰ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 122-126.

¹³¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 346-347.

¹³² HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 323.

preço necessário a ser pago para evitar o transtorno que decorreria dos métodos alternativos de regulamentar essas disputas, como, por exemplo, seu encaminhamento ao legislativo”.¹³³

A partir do século XX, porém, o positivismo jurídico começa a perder espaço, em face de algumas circunstâncias. Primeiro, por uma gradual mudança do Estado Liberal para o Estado Social, em decorrência da insatisfação gerada pelas grandes desigualdades sociais advindas do capitalismo que então se praticava, assim como por conta da universalização do direito de voto. Conseqüentemente, houve, no dizer de Sarmento, uma inflação legislativa, com o aumento significativo no número de leis e, em muitos casos, o abandono das características de generalidade e abstração dessas leis, que passaram a ser mais concretas, como leis-medidas, tendo-se verificado uma verdadeira descodificação do Direito.¹³⁴

Para Wieacker, a crise do positivismo deveu-se à crise da “força legitimadora do dogma democrático da vontade geral”. O autor justifica sua posição ao se referir, de um lado, ao positivismo legítimo e, de outro, ao ilegítimo. O primeiro vinculado a “princípios incondicionados e supralegais” e o segundo distanciado desses princípios, razão pela qual deveria ser combatido, pois não era de se aceitar o direito injusto. Além disso, o autor afirma que a legitimação da lei através da vontade geral é também abalada pelo “moderno estado administrativo”, especialmente quando o Poder Legislativo aliena as suas competências, por meio de delegações, ao Poder Executivo.¹³⁵

Esse quadro permitiu associar o desprestígio do positivismo jurídico à queda do regime nazista, na Alemanha, e do regime fascista, na Itália. Isso porque foram regimes que se instalaram e se consolidaram sob os ditames da lei, pois, como bem lembra Barroso, “a ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem”. Tanto que os acusados de Nuremberg

¹³³ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 352-355.

¹³⁴ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007, p. 117.

¹³⁵ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Tradução: A. M. Botelho Herpanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 648-650.

justificaram as suas condutas invocando o cumprimento da lei e de ordens emanadas das autoridades competentes.¹³⁶

6. Neoconstitucionalismo

Com o término da Segunda Guerra Mundial, teve início um amplo e novo processo de constitucionalização do direito, mas agora com outras características. A partir de então, diversos países aprovaram novas Constituições, tais como Itália, em 1947, Alemanha, em 1949, França, em 1958, Portugal, em 1976, Espanha, em 1978, Brasil, em 1988, entre outros. Isso não significa que as novas Constituições implementaram, de imediato, uma nova visão do Direito, mas, certamente, serviram de impulso inicial para uma nova fase, marcada pela aproximação entre o direito e a moral, pela gradual substituição da supremacia do Poder Legislativo em favor da supremacia do Poder Judiciário, por um controle de constitucionalidade das leis mais intenso, pela normatividade dos princípios, além de uma preocupação mais acentuada com a efetiva proteção e concretização dos direitos fundamentais.

Essa atual fase tem sido denominada de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo que, segundo Möller, do mesmo modo que o constitucionalismo moderno, tem também como um de seus objetivos garantir a liberdade dos cidadãos e limitar o poder. A diferença reside no fato de que o neoconstitucionalismo não preserva o culto à lei, por considerá-la abalada pela manipulação da vontade das majorias, verificada nos regimes totalitários da metade do século XX. Pela perda da confiança na lei, o neoconstitucionalismo pretende a releitura da Constituição, que deve passar a funcionar como limitador da própria lei.¹³⁷

Para Barroso, o neoconstitucionalismo retrata um conjunto de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, tendo: 1) como

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos filosóficos e teóricos do novo direito constitucional brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de abr. de 2014.

¹³⁷ MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 24.

marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais de século XX; 2) como marco filosófico, o pós-positivismo, caracterizado pela preocupação com os direitos fundamentais e com a aproximação entre Direito e ética; 3) como marco teórico, a força normativa da Constituição, o crescimento da jurisdição constitucional e uma nova interpretação constitucional.¹³⁸

No que concerne à nova interpretação, o neoconstitucionalismo não é um movimento coordenado ou uma linha uniforme de pensamento. A rigor, trata-se de conceito que abarca uma variedade de teorias e linhas de pensamento de inúmeros autores que apresentam muitas divergências entre as suas concepções de Direito. Sarmiento lembra que a palavra "neoconstitucionalismo" não é usada no direito norte-americano, nem no alemão, mas sim na Espanha e na Itália, especialmente após a publicação da coletânea intitulada "Neoconstitucionalismo(s)", organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, publicada na Espanha em 2003 e amplamente divulgada no Brasil, por intermédio de vários juristas nacionais.¹³⁹

Pietro Sanchís apresenta uma síntese do que significa neoconstitucionalismo, que, embora não seja recebida de modo incontroverso pela doutrina, bem retrata algumas das principais ideias de parcela significativa dos autores alcançados por essa ampla e, de certo modo, heterogênea, corrente de pensamento:

Esa nueva teoría parece que puede resumirse en estos cinco epígrafes, expressivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos minimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007, p. 216.

¹³⁹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009, p. 114.

a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.¹⁴⁰

Na construção dessa nova fase da interpretação do direito prestou elevada contribuição a doutrina de Ronald Dworkin. Para o autor, há uma distinção de ordem lógica entre regras e princípios. As regras aplicam-se na maneira do tudo ou nada, isto é, havendo conflito entre regras, decide-se acerca de qual delas é válida e qual não é válida para o caso. Os princípios, a seu turno, possuem a dimensão do peso ou importância, característica que não se encontra nas regras. Desse modo, quando esses princípios se inter cruzam compete a quem cabe decidir levar em consideração a força relativa de cada um.¹⁴¹

Robert Alexy, assim como Dworkin, também faz essa distinção, mas acresce que os princípios são mandamentos de otimização, no sentido de que ordenam que algo seja realizado na maior medida dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, do que depende terem os princípios a possibilidade de graus distintos de satisfação, que dependem das limitações de ordem fática e jurídica, sendo que as limitações jurídicas são determinadas pelos princípios e regras colidentes.¹⁴²

Havendo colisão entre princípios resolve-se pela ponderação que é uma parte do princípio da proporcionalidade. Ou seja, o princípio da proporcionalidade contém três princípios parciais, que são o da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A ponderação situa-se no terceiro e o seu exame consiste na otimização relativamente a princípios em sentido contrário. Portanto, conclui Alexy, a proporcionalidade em sentido estrito contém um mandamento de ponderação que pode ser formulado na seguinte regra, que o autor denominou de lei da ponderação: “Quanto maior é

¹⁴⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre El neoconstitucionalismo y sus implaciones. In: PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta, 2003, p. 117.

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p. 39-42.

¹⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 90.

o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.¹⁴³

Esclarece Alexy que o teste da idoneidade ou adequação diz respeito a verificar se a medida é, no mundo dos fatos, capaz de atingir o fim desejado, ao passo que o teste da necessidade refere-se a averiguar se, também no mundo dos fatos, a medida é o meio menos gravoso para a realização do objetivo. Desse modo, sistematiza o autor ao afirmar que as máximas da adequação e da necessidade “decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas” ao passo que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito à avaliação das possibilidades jurídicas à luz também de um mandamento de otimização.¹⁴⁴

A doutrina de Alexy tem sido amplamente aceita pelos tribunais brasileiros, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, não obstante as críticas que tem recebido, por tratar princípios como valores, o que conduziria a um elevado grau de subjetivismo, por parte do julgador.¹⁴⁵

Quanto à definição de princípio, para fins de distinção das regras, Dworkin entende tratar-se de “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.¹⁴⁶

Canotilho, a seu turno, oferece alguns critérios:

- a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

¹⁴³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011, p. 156.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 116-120.

¹⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 314-323.

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p. 36.

c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) Natureza normogénica: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.¹⁴⁷

Streck, porém, observa que no Brasil tem ocorrido o que denomina de “panprincipiologismo”, ou seja, a proliferação desenfreada e sem critério de princípios muitas vezes criados pelo próprio intérprete, em uma tentativa de justificar posições altamente subjetivas e discricionárias na interpretação dos textos normativos.¹⁴⁸

Saber, contudo, quando um princípio pode ser considerado um princípio jurídico é uma tarefa que o próprio Dworkin reconheceu não ser fácil. E mesmo para os princípios já reconhecidamente jurídicos também não há uma fórmula capaz de estabelecer uma ordem de grandeza quanto à sua importância. Há, no entanto, padrões que servem como fortes indicativos desse reconhecimento, tais como o seu reconhecimento institucional, a interpretação das leis, a força persuasiva dos precedentes, a relação desses padrões com as práticas morais contemporâneas e a “compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo”.¹⁴⁹

Para Dworkin “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou se derivam dos princípios de *justiça, equidade e devido processo legal* que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”¹⁵⁰. Nesse sentido, refere-se ao princípio da integridade nas

¹⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160-1161.

¹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 517-540.

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p. 64-65.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p. 272.

deliberações judiciais, segundo o qual se exige dos juízes que respeitem o conjunto coerente de princípios, ao interpretar as normas, devendo, para tanto, “descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas”¹⁵¹

Como se vê, Dworkin, no contraponto ao positivismo jurídico, procura afastar a discricionariedade da decisão judicial, ao recorrer ao princípio da integridade e a uma comunidade de princípios.

Habermas, no entanto, ao analisar a doutrina de Dworkin, adverte que a aplicação desses princípios aos casos concretos somente obterá sucesso se o juiz se libertar da solidão e adotar um “mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática da argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros”, tendo em vista que:

a pré-compreensão paradigmática do direito em geral só pode colocar limites à indeterminação do processo de decisão iniciado teoricamente e garantir uma medida suficiente de segurança jurídica, se for compartilhada intersubjetivamente por todos os parceiros do direito e se expressar uma autocompreensão constitutiva para a identidade da comunidade jurídica.¹⁵²

Com efeito, os princípios são, na atualidade, reconhecidamente importantes para a interpretação e aplicação do direito, mas obviamente não oferecem a solução pronta. Especialmente em face da indeterminação do direito e, mais presentemente, em decorrência do uso ostensivo pela legislação de conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado, o operador do direito é chamado a desempenhar um dedicado esforço de interpretação, com vistas a encontrar o resultado mais adequado constitucionalmente a cada caso.

Na tentativa de superação desse desafio, a hermenêutica filosófica tem oferecido a sua contribuição. Nesse sentido, Heidegger chama a atenção para a relação existente entre compreensão e interpretação, nos seguintes termos:

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p. 261.

¹⁵² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 277-278.

Na compreensão a presença projeta seu ser para possibilidades. Esse ser para possibilidades, constitutivo da compreensão, é um poder-ser que repercute sobre a presença as possibilidades enquanto aberturas. O projetar da compreensão possui a possibilidade própria de se elaborar em formas. Chamamos de interpretação essa elaboração. Nela, a compreensão se apropria do que compreende. Na interpretação, a compreensão se torna ela mesma e não outra coisa. A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão.¹⁵³

Para Heidegger, qualquer interpretação decorre de uma posição prévia, de uma visão prévia e de uma concepção prévia. Não há, portanto, interpretação isenta de pressuposições. Portanto, o que está em um texto nada mais é, de imediato, do que a “opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete”. Ou seja, no processo inicial de interpretar, a opinião prévia é o que se já põe, preliminarmente, motivo pela qual o intérprete não se deve “deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos e ‘chutes’”.¹⁵⁴

Por essa razão, o projeto prévio de interpretação, segundo Gadamer, está sempre sujeito a uma revisão, a um novo projeto de sentido, cabendo, mesmo, ao intérprete colocar projetos rivais lado a lado, a fim de lhe permitir o posterior estabelecimento de uma unidade de sentido, cujo início tenha ocorrido a partir dos conceitos prévios, que posteriormente tenham sido substituídos por outros considerados mais adequados. Ou seja, nas palavras de Gadamer:

Quem procura compreender está exposto a erros de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que apenas devem ser confirmadas ‘nas coisas’, tal é a tarefa constante da compreensão. Aqui não existe outra ‘objetividade’ que a confirmação que uma opinião prévia obtém através de sua elaboração. Pois o que caracteriza a arbitrariedade das opiniões prévias inadequadas, senão que no processo de sua execução acabam se aniquilando? A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são

¹⁵³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo, parte I*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 204.

¹⁵⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo, parte I*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 210.

arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade.¹⁵⁵

7. Hermenêutica e controle das finanças públicas

Conforme lembrado por Larenz, a pré-compreensão não se refere apenas à “coisa Direito” ou à sua linguagem, seus textos jurídicos, decisões judiciais e argumentos usuais, mas também a contextos sociais, situações diversas de interesses e estruturas das relações sociais e institucionais, frequentemente referidas nas normas jurídicas. Desse modo, o jurista que, ao menos, não vislumbrar nada sobre essas outras questões, terá dificuldades para compreender até mesmo a própria disciplina jurídica.¹⁵⁶

Larenz apresenta ainda a seguinte observação sobre o assunto:

O texto nada diz a quem não entenda já alguma coisa daquilo de que ele trata. Só responde a quem o interroga correctamente. A pergunta é previamente dada àquele que quer aplicar a lei pela situação de facto em bruto e pela sua transformação em situação de facto definitiva. Para formular correctamente, precisa de conhecer a linguagem da lei e o contexto de regulação em que a norma se encontra. Pelo menos aí, no modo de formulação da pergunta, reside a participação, que se não pode passar por alto, do intérprete no resultado da interpretação. Pois que a formulação da pergunta limita também, ao mesmo tempo, as respostas possíveis.¹⁵⁷

Não se pode deixar de reconhecer as peculiares características da legislação regente da atuação administrativa e financeira do Estado, no tocante às questões orçamentárias e financeiras e ainda quanto às contratações públicas, às concessões, permissões e autorizações para exploração de bens e serviços públicos, e, particularmente, à consecução de programas de governo tendentes à efetivação de direitos fundamentais que requerem prestações positivas do Estado, o que demanda do operador do direito intimidade com uma linguagem própria dessas áreas, a fim de que possa fazer as perguntas

¹⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 402-403.

¹⁵⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 290.

¹⁵⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 441.

certas ao texto normativo e dele obter as melhores respostas a que se refere Larenz.

Sobre esse último aspecto, Cappelletti pondera que a legislação do *welfare state* é muito diferente da tradicional, por ser aquela mais voltada a estabelecer finalidades e princípios do que regras de conduta. Deixa, assim, para posterior regulamentação, a ser feita pelo Poder Executivo, o detalhamento dessa legislação. E a aplicação dessas normas tem, na prática principalmente dos países da Europa, sido determinada, ao menos em um primeiro momento, por órgãos administrativos normativos e por tribunais administrativos. Todo esse quadro levou Cappelletti a afirmar a transformação gradual do *welfare state* em estado administrativo.¹⁵⁸

Daniel Sarmento, de igual modo, entende ser recomendável uma postura de autocontenção judicial, em certas circunstâncias, tanto pelo respeito às decisões tomadas no campo político e decorrentes da vontade da maioria, quanto pelo reconhecimento da falta de *expertise* do Poder Judiciário para decidir sobre questões que promovam “eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito – como economia, políticas públicas e regulação”. Para essas situações, há de se reconhecer a presença de outros órgãos do Estado que dominam os necessários conhecimentos específicos e, por isso, estão mais “habilitados para assumirem uma posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional”.¹⁵⁹

No mesmo sentido é a observação de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, com o seguinte teor:

With an emphasis on institutional capacities and dynamic effects, we will be able to see that nearly all of the most prominent discussions of interpretation—including, for example, those by Bentham, Blackstone, H.L.A. Hart, Henry Hart and Albert Sacks, Dworkin, Eskridge, Manning, and Richard Posner—are incomplete and unsuccessful, simply because they tend to proceed as if the only question is how “we” should interpret a text. Where they attend to institutional

¹⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 40-44.

¹⁵⁹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009, p. 137-138.

roles at all, these theorists work with an idealized, even heroic picture of judicial capacities and, as a corollary, a jaundiced view of the capacities of other lawmakers and interpreters, such as agencies and legislatures. And if the spotlight is placed on institutional capacities and dynamic effects, we will find it much easier to understand what underlies many interpretive disagreements in law, and also to see how such disagreements might be resolved.¹⁶⁰

Em virtude dessas circunstâncias, órgãos administrativos como tribunais de contas, agências reguladoras e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica são demandados a conferirem às suas decisões elevado grau de juridicidade, de modo a que ofertem à sociedade respostas constitucionalmente adequadas.

Cappelletti, ao tratar da atuação jurisdicional, no que concerne ao incremento da atuação criativa do Judiciário, nas hipóteses em que o direito comporta uma abertura para escolhas diversas, afirma que essa escolha significa discricionariedade, mas não arbitrariedade, e que deve considerar os seus resultados práticos e as suas implicações morais. Para tanto, o juiz não pode ficar limitado aos argumentos da lógica abstrata ou da análise linguística puramente formal. Deve, ao contrário, também considerar os argumentos que outros ramos do conhecimento podem oferecer, tais como da história, da economia, da política, da ética, da sociologia e da psicologia.¹⁶¹

Ora, se a afirmação de Cappelletti procede em relação ao Poder Judiciário, com muito mais razão é de ser aplicada ao controle das finanças públicas, em geral, e ao controle de políticas públicas, no particular, realizado pelos tribunais de contas. Não como uma tentativa de substituir o Poder

¹⁶⁰ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretations and Institutions. In: *Chicago Working Papers in Law & Economics*, 2002, p. 2-3. Tradução livre: Com ênfase na capacidade institucional e nos efeitos dinâmicos, seremos capazes de ver que quase todas as discussões mais importantes sobre interpretação, incluindo, por exemplo, as de Bentham, Blackstone, H. L. A. Hart, Henry Hart e Albert Sacks, Dworkin, Eskridge, Manning, e Richard Posner, estão incompletas e sem sucesso, simplesmente porque eles tendem a proceder como se a única questão fosse como "nós" devemos interpretar um texto. Na medida em que eles atentam para os papéis institucionais em tudo, esses teóricos trabalham com uma imagem idealizada, heroica mesmo, das capacidades judiciais e, como corolário, uma visão preconceituosa das capacidades dos outros legisladores e intérpretes, como agências e legislaturas. E se o foco é colocado sobre as capacidades institucionais e os efeitos dinâmicos, vamos constatar que é muito mais fácil para entender o que está por trás de muitas divergências de interpretação da lei, e também para ver como tais divergências podem ser resolvidas.

¹⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 33.

Judiciário pelos tribunais de contas, mas sim como meio de evitar que certas demandas cheguem ao Poder Judiciário, por já terem sido devidamente equacionadas na esfera administrativa ou na de controle de contas públicas.

A questão ganha relevo ao se considerar que os tribunais de contas, pelo ofício que desempenham, exercem um controle da Administração Pública, com uma visão macro, pois acompanham, *pari passu*, o desempenho da gestão estatal, tanto em questões pontuais quanto em matérias de ampla envergadura, como ocorre na execução de políticas públicas. Disso, em regra, difere a atuação do Poder Judiciário, que, na maioria das vezes, é demandado para a proteção de direitos individuais e se vê na desconfortável situação de ter de decidir sem a visão macro, sem a visão do todo, o que corre o risco de a decisão atender as expectativas individuais, mas talvez criar embaraços para a coletividade que irão, posteriormente, repercutir nas esferas jurídicas individuais de terceiros.

Ciarlini apresenta a seguinte indagação a esse respeito:

A questão consiste, por assim dizer, em saber qual o preço a pagar pela tentativa de sanar a deficiente gestão das políticas públicas pelo Estado por meio da expansão do poder judicial. Em contrapartida, consiste ainda em aquilatar a repercussão desse protagonismo nos critérios democráticos de obtenção de um consenso acerca de questões políticas, a partir da constatação de que, nesse particular, não foram precedidos da necessária e plural participação da sociedade democrática na deliberação desses temas e na elaboração das estratégias aptas a fundamentá-las.¹⁶²

A atuação dos tribunais de contas, nesses casos, é favorecida tanto pelo formalismo moderado que informa os processos de controle externo e, por isso, facilita uma maior abertura ao diálogo e à participação de todos os interessados, em diversas fases do processo, e por meio de instrumentos menos formais e mais dinâmicos do que os admitidos em um processo judicial, quanto pela proximidade desses tribunais com as respectivas Casas Legislativas a quem prestam auxílio técnico, mas sem qualquer vínculo de

¹⁶² CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67.

subordinação, conforme reiteradamente tem afirmado o Supremo Tribunal Federal.¹⁶³

Essa proximidade tem produzido resultados positivos para a sociedade, pois, particularmente, no caso do Congresso Nacional, o Tribunal de Contas da União tem, com elevada frequência, municiado as respectivas comissões técnicas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados com informações e análises oriundas dos trabalhos de fiscalização que realiza em relação à execução das políticas públicas e à própria gestão da coisa pública, de modo geral.¹⁶⁴

Contudo, não se pode criar a expectativa de que a cada imperfeição legislativa seja possível ao TCU provocar o Congresso Nacional e dele obter uma resposta célere que equacione eventuais dificuldades decorrentes da legislação em vigor. Por essa razão, a interpretação praticada pelo TCU, assim como pelos demais tribunais de contas, não pode desconsiderar o atual estágio em que se encontra.

É elevada a frequência de casos de altíssima repercussão nacional com os quais o TCU, particularmente, trabalha, envolvendo questões fiscais, marcos regulatórios, concessões em andamento, folhas de pagamento de servidores públicos, contratações públicas em geral, políticas públicas nas áreas de saúde, educação, meio ambiente, saneamento básico, energia elétrica, e tanto outros, que apenas reforçam a responsabilidade dos tribunais de contas de conferir às normas interpretação constitucionalmente adequada, a

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4190-RJ. Rel. Min. Celso de Mello. DJE de 11/06/2010. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2014. A parte da ementa que interessa ao presente estudo ficou assim redigida, com os grifos do original: **A POSIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS - ÓRGÃOS INVESTIDOS DE AUTONOMIA JURÍDICA - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO INSTITUCIONAL AO PODER LEGISLATIVO - ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE TRADUZEM DIRETA EMANAÇÃO DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.** Os Tribunais de Contas **ostentam** posição eminente na estrutura constitucional brasileira, **não se achando subordinados**, por **qualquer** vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, **de que não são** órgãos delegatários **nem** organismos de mero assessoramento técnico. **A competência institucional** dos Tribunais de Contas **não deriva**, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, **mas traduz** emanação **que resulta, primariamente, da própria** Constituição da República. **Doutrina. Precedentes.**

¹⁶⁴ Exemplo disso foi a auditoria levada a efeito pelo TCU acerca da Política Nacional de Atenção Oncológica, cujas conclusões, remetidas ao Congresso Nacional, motivaram a edição da Lei nº 12.732/2012. In: BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer do relator, pela Comissão de Seguridade Social e Família, à emenda substitutiva global ao projeto que deu origem à Lei nº 12.732/2012.* Disponível em: < <http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 20.abr.2014.

fim de que tanto o Erário quanto o cidadão sejam devidamente protegidos e prestigiados, na conformidade do que dispõe a Constituição.

Conclusão

Portanto, as preocupações que hoje ocupam os doutrinadores acerca da discricionariedade no ato de julgar devem também ser preocupações dos tribunais de contas, a fim de sejam evitados decisionismos e sejam respeitadas as exigências constitucionais de devida fundamentação das decisões, tanto as judiciais quanto as administrativas. E que assim se proceda à luz dos novos paradigmas de interpretação do direito.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos filosóficos e teóricos do novo direito constitucional brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1992.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Novo Tribunal de Contas: Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo, parte I*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução para o espanhol: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel. 1979.

MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins fontes, 2010.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre El neoconstitucionalismo y sus implaciones. In: PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009, p. 113-146.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007, p. 113-148.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretations and Institutions. In: *Chicago Working Papers in Law & Economics*, 2002, p. 1-55.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Volume V: O Orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Tradução: A. M. Botelho Herpanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

A PROPRIEDADE NAS FAVELAS NO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS: O DISCURSO INOVADOR DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Fernanda de Almeida Abud Castro¹⁶⁵

Resumo: O objetivo do presente artigo é demonstrar a importância da propriedade na sociedade contemporânea, como um meio de realização da dignidade da pessoa humana, da efetivação de uma vida mais justa e segura para a família, além de ser uma via indispensável para a troca de riquezas. O trabalho é composto de quatro capítulos, nos quais se estuda a propriedade em seu sentido lato, bem como o desenvolvimento de sua moderna dinâmica frente à conceituação atual dos direitos humanos, desdobrando-se para a propriedade nas favelas ou aglomerações (como é modernamente referendada). Traz, ainda, como exemplo, o caso concreto da Favela da Rocinha, em demonstração da parceria público privado que foi possível em virtude dos Registros Públicos.

Palavras chaves: Propriedade, Favelas, Direitos Humanos, Regularização Fundiária e Registros Públicos.

Abstract: The purpose of this article is to demonstrate the importance of ownership in contemporary society, as a means of achieving human dignity, the realization of a more just and secure family life, besides being a vital route for the exchange of wealth. The work consists of four chapters, in order to study the property in its broadest sense as well as the development of its modern forward momentum to the current conceptualization of human rights in the context of regularization, unfolding for the property in the slums or settlements (as is modernly referenced). Also brings, for example, the case in the Rocinha slum in demonstration of public private partnership made possible because of the Public Registers.

¹⁶⁵ Mestranda em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Linha de Pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais. É administradora de empresas, advogada, e, recentemente, registradora civil em Minas Gerais, e-mail: faacastro@gmail.com

Keywords: Property, Slums, Human Rights, Regularization and Public Registers

INTRODUÇÃO

A história demonstra que a propriedade evoluiu de um caráter eminentemente individualista para ganhar contornos jurídicos solidários, a partir de uma transformação na metade do século XIX, o que inaugurou uma nova fase do direito civil. Para tanto, a função social da mesma foi colocada em destaque como princípio fundamental que incide e altera seu conceito, fazendo parte de sua estrutura.

A Constituição deu um delineamento novo à propriedade que vai além da esfera civilista, todavia sem que se possa esquecer as faculdades de usar, gozar e dispor do imóvel. É necessária uma análise sistêmica, principalmente sob o prisma da economia, com a finalidade de permitir que o proprietário possa atender, corretamente, às finalidades que se reputam indissociáveis e que estão presentes no direito constitucional, civil e urbanístico.

Observa-se que em nome da supremacia do interesse público, perante a *civil law* o direito individual de propriedade não pode mais ser exercido inibindo ou prejudicando direitos coletivos. Na mesma esteira, a *common law* (direito anglo-saxônico), que com esse foco justifica o surgimento de outros direitos proprietários.

Com efeito, a propriedade no Brasil estava voltada para o individualismo econômico e assim foi normatizada, até o advento da Constituição de 1988, que fortaleceu o dever atribuído ao proprietário de fazer uso de seus bens de forma a cumprir sua função social, para que o exercício do direito de propriedade obedecesse aos institutos legais e morais estabelecidos e voltados para o interesse público.

Para uma análise da propriedade, em seu sentido econômico, tem que se ter em conta o imóvel isoladamente e os custos da regularização fundiária, sem que com isto haja um desequilíbrio no mercado. É preciso que haja uma perfeita interação entre o Estado e o direito econômico, pois a redução dos custos de aquisição e transferências da propriedade são elementos imprescindíveis para que as pessoas possam tornar-se proprietários e ter acesso à moradia digna.

Cabe ao Estado à preocupação com a coletividade, a proteção da ordem e se a função social está sendo utilizada, além de encontrar meios para que a convivência nas cidades seja estruturada e pacífica. As cidades também têm suas funções sociais e precisa pensar sistemicamente, para ter meios de implementar políticas públicas. É necessário propiciar a seus habitantes meios de garantir uma subsistência básica, como a moradia, trabalho, saúde, transporte, educação etc. De acordo com o planejamento urbano, os municípios devem ter diretrizes jurídicas que regulem o lote e sua ocupação, com leis mais rígidas que enfrentem esses problemas.

As mudanças devem ser acompanhadas de estabilidade com observação da dignidade da pessoa humana. Trata-se do que muitos doutrinadores relatam sobre a teoria da igualdade diante das perspectivas existenciais, econômicas, jurídicas e políticas e como esta igualdade se concretiza e afeta o mundo atual mais socializado.

O Estado se diz a favor dos direitos humanos, porém o desrespeito é visível e frequente o que expõe as profundas injustiças que a sociedade habitante das margens das grandes cidades é obrigada a enfrentar. Garantir o direito à propriedade desses moradores é fundamental para a melhoria e desenvolvimento econômico das favelas.

Assim, repensar um novo planejamento urbano frente à favelização que surgiu com o crescimento populacional implica também buscar soluções, em todos os níveis, para os graves problemas que nesse mesmo espaço tomam vulto. Nesse interim, é preciso inclusão social para garantir os direitos humanos e conferir autonomias.

Nesse contexto, pretende-se demonstrar o modelo exemplificativo que tem dado certo em uma parceria pública-privado, como é o caso da Favela da Rocinha, onde duelam direitos humanos e direito de propriedade.

II. OS DIREITOS HUMANOS E A POLÍTICA ESTATAL

É inegável que os direitos humanos passaram por uma reconstrução a partir da segunda pós-guerra, ganhando o espaço que os tornou tema obrigatório em qualquer meio da atuação social, mas, aparentemente, este

movimento não tem sido capaz de cumprir o seu objetivo, tampouco de reverter a péssima condição na qual vive grande parcela da sociedade.

De maneira única, Dworkin¹⁶⁶ tece um conceito de igualdade aplicável as sociedades plurais contemporâneas. Questiona como o Direito pode responder legitimamente aos dilemas postos por nossas dicotomias e como no seio da sociedade complexa, altamente especializada, pode-se ordenar condutas de modo legítimo.

Diante de duas formas básicas de busca da igualdade – a do bem-estar e a de recursos –, Dworkin sustenta que esta última é a proposta mais “atraente” por ser a que garante o maior grau de igualdade justa entre as pessoas.

O discurso sobre direitos humanos tem ganhado espaço, entretanto estão esvaziados em seus conceitos e a sua proteção está sem sentido. É muito fácil defender o conceito em uma sociedade democrática, difícil é por em prática o discurso e fazer valer o direito efetivamente.

Para Bobbio¹⁶⁷, a “Era dos Direitos”, iniciou-se com uma longa caminhada da humanidade em direção a maior liberdade e maior igualdade possível:

Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos. O conceito de tolerância é generalizado para o problema da convivência das minorias étnicas, raciais, para aqueles que são chamados de “diferentes”. Uma coisa é o problema da tolerância de ciências e opiniões diferentes; outra é a tolerância em face de quem é diferente por razões físicas ou sociais, o que leva ao preconceito e discriminação.

Após a Segunda Guerra Mundial o problema do reconhecimento dos direitos do homem se internacionalizou, passando a abranger todos os povos. Do ponto de vista da filosofia da história, a preocupação com os direitos humanos cresceu com o progresso moral da humanidade. Assim, o direito a uma vida digna está diretamente relacionado à transformação da sociedade,

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 689

¹⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Ícone Editora, São Paulo, 2006, p. 54.

uma vez que as inovações técnicas e o progresso econômico fizeram surgir novas realidades sociais.

A Revolução Francesa representou a primeira vez que houve exercício do direito do povo de decidir seu próprio destino, como o direito de liberdade. Esse direito do indivíduo foi mais e mais fortalecido quando o Estado reconheceu o direito de propriedade e pode exercer sua cidadania, em uma livre democracia. São características que garantiram a dignidade da pessoa humana, a qual somente foi alcançada por meio da justiça social.

Cabe ao Estado ordenar a vida social de seu povo, respeitando sua história e todas suas especificidades e diversidades culturais. As implementações para estruturação da sociedade, dentro dos princípios éticos e morais, devem ser do próprio Estado por meio de desenvolvimento de políticas públicas na busca da cidadania plena¹⁶⁸.

As teses de pureza de Direito¹⁶⁹, isto é, um sistema fechado e isolado, sobretudo da noção de “textura aberta” e da discricionariedade atribuída ao aplicador do Direito, estão inaptas a explicar o fenômeno jurídico nos tempos atuais. Tempos estes não mais de um Estado liberal como outrora, mais de um Estado democrático de Direito garantidor de um rol de direitos fundamentais e amparado no princípio da dignidade da pessoa.

Tal análise proporcionou também uma visão integracionista do Direito que não desconsiderou e nem tornou alheia às questões éticas e morais. E é nesse sentido que a contemporaneidade deve explicar e pensar o Direito, com bases em princípios amplos, coletivos e dos direitos humanos.

Deve-se verificar até que ponto o fenômeno interpretativo dos direitos fundamentais pelos legisladores visam à obtenção de uma verdade, focado na existência do ser, dentro de uma pré-compreensão ligada à existência dos direitos humanos¹⁷⁰.

¹⁶⁸ SOTO, Hernando de. *O mistério do capital*. Tradução de Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001 (Hernando de Soto, fundador do Instituto Liberdade e Democracia, em Lima, e ex-assessor da Presidência do Peru, é um economista reconhecido, no âmbito das organizações internacionais, por suas fecundas ideias no campo da reforma urbana).

¹⁶⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes; 2003, p.25.

¹⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 473.

Neste contexto, torna-se imprescindível discutir a crise do Direito, do Estado e da dogmática jurídica, e seus reflexos na sociedade, a partir do papel da nova hermenêutica constitucional¹⁷¹.

Nesta mesma esteira caminha o direito, como um todo sistêmico norteador para o direito de propriedade, de moradia, de cidadania e de democracia. Suas interações demonstram o início da dignidade humana.

III. A PROPRIEDADE, O DIREITO DE IGUALDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA

A finalidade de estudar a propriedade, a partir de seu reconhecimento como instituição, é demonstrar como esse bem escasso necessita da atuação do Estado para que possa se desenvolver corretamente no mercado e assim propiciar segurança, liberdade e equilíbrio financeiro a seus proprietários.

O atual ordenamento constitucional de 1988 introduziu profundas transformações na disciplina da propriedade, no âmbito de uma reforma de ordem econômica e social, de tendência nitidamente intervencionista e solidarista¹⁷².

Embora seja extremamente difícil a conceituação do que vem a ser a função social da propriedade, é na reserva legislativa, introduzida a partir de limitações no exercício e das faculdades da mesma que a função social tem sentido. Pelo Código Civil, a propriedade parte de um caráter eminentemente individual para sofrer redefinições destinadas ao atendimento das necessidades modernas. O Estado deve estudar meios e criar verdadeiras condições para que uma maior parte da sociedade possa vir a ser proprietária.

¹⁷¹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 34.

¹⁷² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, 3ª Ed. Rio de Janeiro, 2004. p. 303/304, citando ampla bibliografia sobre os princípios e valores adotados na Constituição de 1988, como Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Rio de Janeiro, 2001, 5ª ed.; José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, 5ª ed.; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 1989, 17ª ed., dentre outros.

Robert Alexy¹⁷³ trata como o paradoxo da igualdade, no sentido de que toda igualdade de direito tem por consequência uma desigualdade de fato e toda desigualdade de fato tem como pressuposto uma desigualdade de direito. Assim, o mandamento constitucional de reconhecimento e proteção igual das diferenças impõe um tratamento desigual por parte da lei. O paradoxo da igualdade, assim, suscita problemas dos mais complexos para o exame da constitucionalidade das ações afirmativas em sociedades plurais.

O papel do Estado importa no reconhecimento da propriedade para dotá-la dos mecanismos indispensáveis para que a mesma possa ser objeto de troca de riquezas¹⁷⁴. O Estado não pode desconhecer a existência de um mercado informal de propriedade, realizado à margem da legalidade e que necessita de uma transposição para o mercado formal.

É preciso descobrir mecanismos para favorecer um novo modelo proprietário vinculado a um contrato formal e seguro, como forma de se garantir o futuro da propriedade imobiliária.

Para a premissa argumentativa de Locke¹⁷⁵ deve haver um acordo contratual entre os homens para ingressar no estado social e político e sair do estado natural.

Em sentido muito amplo o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas, imperium*, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político.

Nesse contexto, há dois fundamentos acerca do direito de propriedade: um da busca pela sobrevivência, e, outro de ordem teológica, onde compreende que o homem nasce livre e assim deve ser para fazer suas escolhas. O limite do direito à liberdade desemboca, justamente, no direito à

¹⁷³ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no estado constitucional democrático*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 25.

¹⁷⁴ FACHIN, Luiz Edson. Da função social da terra à causa justificativa do direito de propriedade imobiliária: uma perspectiva da justiça e da cidadania contemporâneas. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, v. 17, p. 96-104.

¹⁷⁵ LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. Lisboa: Edições 70, 2000, p 54.

propriedade que cada homem possui. A propriedade é um direito natural e seu fundamento é o próprio homem, ou seja, a capacidade que os homens possuem de reverter, em seu benefício, as externalidades que o mundo oferece.

A segurança jurídica dentro de uma sociedade é um valor relevante, até mesmo como instrumento da tutela da dignidade da pessoa, que pode incidir sobre as relações de Direito¹⁷⁶. A propriedade não é plena, na modalidade contemporânea de seu conceito, não há somente uma situação de poder, mas em conflito e coligada a sua legitimidade na relação jurídica na qual se insere¹⁷⁷.

A Constituição Federal posiciona-se a favor do coletivo ao determinar ser facultado ao Poder Público promover a desapropriação do solo urbano quando este não cumprir a sua função social, uma vez não utilizado. Esses preceitos surgem efetivamente na legislação e no meio social como reflexo da pressão e dos questionamentos oriundos da própria sociedade.

Em época mais recente na história, o Estado assumiu a responsabilidade pela segurança jurídica, e para tanto, criou órgãos e delegou funções públicas para tal finalidade. A concentração de todas as informações em um único local facilitaria o acesso às informativas e propiciaria maior controle dos imóveis e a implantação de políticas governamentais.

Com esse propósito, surgiu o registro imobiliário¹⁷⁸. Essa instituição tem por atribuição legal a capacidade de publicizar fatos jurídicos que dizem respeito aos bens imóveis, bem como atos ou fatos que dizem respeito aos sujeitos que figuram nos registros, sempre que a lei assim impuser ou autorizar, com a finalidade de dar autenticidade, segurança e eficácia jurídica.

Ao Estado, ao registro de imóveis e até mesmo à sociedade moderna cabe a adoção de diversas medidas conjuntas que propiciem a regularização fundiária nas áreas necessitadas.

¹⁷⁶ PERLIGUIERI, Pietro. *Complexidade e unidade do ordenamento jurídico vigente*. In: *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 170.

¹⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, 3ª Ed. Rio de Janeiro, 2004. p. 316, citando P. Perlingieri, *Introduzione allá problematica della proprietà*, Camerino, Napoli, 1970, p. 91.

¹⁷⁸ Segundo o §9.º, do artigo 57, da Lei n.º 11.977/2009, é função do Oficial do Registro de Imóveis, entre outras, a promoção de tentativas de acordo entre o Poder Público e os impugnantes nos casos de regularização fundiária de interesse social.

IV. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA

A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à coordenação de assentamentos, aglomerados, favelas, e por fim à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de acordo com a norma vigente¹⁷⁹.

O Estatuto da Cidade, implantado pela Lei n.º 10.257/01, criou instrumentos para permitir uma intervenção mais concreta e efetiva no desenvolvimento urbano. Nesse interim, novas legislações sobrevieram e possibilitaram formalizar parcerias publico-privadas com o propósito de facilitar a regularização fundiária urbana¹⁸⁰.

A situação do conflito de interesses, todavia, não é exclusiva da nação brasileira. Em várias partes do mundo está estabelecida a discussão entre o interesse social, os direitos humanos e o direito de propriedade.

A tutela da propriedade privada é defendida por Gustavo Tepedino¹⁸¹:

O Texto Constitucional inclui a propriedade privada como um dos princípios da Ordem Econômica, ao lado da função social da propriedade, considerada como princípio próprio (art. 170, incisos I e III). A Constituição anterior já denotava a preocupação do legislador com a função social, nos termos do art. 160, III. O que diferencia o preceito pré-vigente do atual tecido constitucional – e a diferença não é insignificante nem secundária – é que o Texto vigente inclui a matéria no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no inciso XXIII do art. 5º, o qual dispõe (ao lado da proteção à propriedade privada, art.

¹⁷⁹ A Lei n.º 11.977, publicada no D.O.U. em 08.07.2009, dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), bem como a que a regulamentou, a Lei 12.424/11, tratam da regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis n.ºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória n.º 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

¹⁸⁰ O Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), procura alinhar os interesses econômicos do empresariado com a necessidade habitacional da população, através de incentivos para a construção de imóveis de interesse social. Segundo o artigo 2.º do referido diploma, o PMCMV tem como finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais pelas famílias com renda mensal de até 10 (dez) salários mínimos, que residam em qualquer dos Municípios brasileiros.

¹⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da Propriedade Privada na Ordem Constitucional. In: *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, n.1, v.1, 1993, p. 113/114.

5º, XXII), que “a propriedade atenderá a sua função social”. Na Constituição de 1967, a função social da propriedade era princípio da ordem econômica e social. Pelo Texto atual, na técnica adotada pelo constituinte, está inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Do ponto de vista da dimensão jurídica, a regularização fundiária constitui um processo de natureza administrativa, cujo rito procedimental é dotado de duas fases distintas, nas quais são praticados diversos atos administrativos. A primeira fase é aquela na qual se dá a legitimação da posse sobre o imóvel regularizando-o; e a segunda fase é aquela em que se dá a aquisição da propriedade sobre este imóvel, por meio da usucapião.

Um dos modos de aquisição da propriedade é a Usucapião, também denominada de prescrição aquisitiva, porque é um modo originário de aquisição do domínio, pela posse mansa e pacífica por determinado espaço de tempo, fixados na Constituição e infra constitucionalmente. É a aquisição da propriedade e de um direito real pelo decurso de tempo e com a observância dos instituídos que vigoram na legislação vigente.

A pretensão que se busca é encontrar outros meios capazes de transformar a posse ou até mesmo os títulos de legitimação de posse das áreas concedidas pelo Estado, em títulos com garantia real, baseado na instrumentalização da Usucapião, por vias administrativas, como meio de solucionar conflitos, facilitar a aquisição e, ao mesmo tempo, proporcionar aos inúmeros moradores de favelas ou aglomerados, a verdadeira opção da regularização fundiária dentro do contexto urbano.

A modalidade da *usucapião extrajudicial*¹⁸², realizada pelos notários e registradores, surge como um novo instrumento jurídico de grande valia para um caminho audacioso, por meio do qual uma política urbana poderá ser traçada, aliando a modernidade à segurança e à presteza do tradicional e como forma de solução dos entraves da justiça.

¹⁸² João Pedro Lamana Paiva, Registrador de Imóveis no Rio Grande do Sul, comentou sobre o tema durante o XVIII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, em Santo Domingo, organizado pela Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, bem como em vários congressos organizados pelo Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB) e pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil (Anoreg-BR). Em 2013, apresentou um projeto sobre usucapião extrajudicial ao Ministério da Justiça e à Casa Civil.

Assim, sob uma perspectiva constitucional, em que se prioriza a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica, o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais, com equilíbrio ambiental e urbanístico, e acima de tudo, amparado no direito e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal.

V. O EXEMPLO DA FAVELA DA ROCINHA

As experiências descritas a seguir são fruto da parceria iniciada em 2006 entre o Ministério das Cidades e o Ministério da Justiça, com a colaboração de instituições privadas. A iniciativa da proposta teve como princípio a implementação de ações de regularização fundiária e de segurança pública nos assentamentos informais da Favela da Rocinha e outras mais, na cidade do Rio de Janeiro¹⁸³.

Iniciava, assim, um projeto ousado e de reflexos animadores para a sociedade carioca: o início da introdução dos direitos de propriedade. Para integrar as ações de regularização fundiária, de segurança, de urbanização e de desenvolvimento social, foi assinado no mesmo ano um Acordo de Cooperação Técnica formalizando as parcerias com as Secretarias de Obras e Habitação e o Instituto de Terras e Cartografia do Estado do Rio de Janeiro. O processo licitatório foi conduzido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), tendo sido contratadas instituições especializadas em planejamento urbano e em trabalho social.

O propósito maior de firmar um acordo foi reduzir obstáculos inerentes ao processo de regularização fundiária, formalizando a necessária articulação interinstitucional em torno de um mesmo objetivo para iniciar o processo das propriedades a família de baixa renda na maior favela dos últimos tempos. Ainda que o processo tenha sido deflagrado em 2007, começou a obter resultados concretos muito recentemente.

¹⁸³ Estes dados foram obtidos diretamente do Ministério das Cidades, por meio de pesquisa empírica participativa em loco e de publicações do órgão.

A origem do bairro da Rocinha¹⁸⁴ se deu, muito provavelmente, em meados da década de trinta, com a divisão da Fazenda Quebra-Cangalha, onde existia um engenho de açúcar, tendo sido dividida em chácaras. Estas foram, na sua grande maioria, ocupadas irregularmente por pessoas que cultivavam frutas, legumes e hortaliças para serem vendidas na feira livre da Praça Santos Dumont, no bairro da Gávea. E, quando os vendedores eram indagados sobre a procedência dos produtos, diziam que estes provinham de uma "rocinha" no Alto da Gávea.

A Fundação Bento Rubião¹⁸⁵ repassou a informação de que a Rocinha é originária de um loteamento realizado pela família Castro Guidon, antiga proprietária da maioria das terras da favela. Dizem que o bairro Barcelos (Companhia Cristo Redentor) foi vendido em frações ideais, sem ser loteado. Ainda hoje, alguns moradores possuem contratos de promessa de compra e venda, sem registros nos cartórios competentes, portanto sem a possibilidade da outorga da escritura definitiva. Ainda tem um terreno em terras públicas, pertencente ao Município do Rio de Janeiro (bairro Vila Verde), que foi concedido em aforamento para a empresa Transportes Amigos Unidos S/A. Por fim, há um último terreno, pertencente a Pedro Weiss Xavier, denominado de Trampolim, onde foi edificado um pequeno hotel.

A Rocinha é ainda hoje uma das maiores favelas da América latina e tem mais moradores que 92% dos municípios brasileiros, com 69.191 habitantes¹⁸⁶. Deste total, um quarto são crianças e 32% tem idade entre 15 e 29 anos de idade. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) constatou que a comunidade da Rocinha é uma das mais populosas do país, distribuídos em 25.352 domicílios¹⁸⁷. Porém é certo que se situa como uma das maiores comunidades da cidade do Rio de Janeiro e do país.

¹⁸⁴ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Estudos da tese para professor titular da UnB*. Brasília: 2012.

¹⁸⁵ Fundação Centro de Defesa dos Direitos Humanos Bento Rubião

¹⁸⁶ Dados do RioSocial - <http://www.riomaisocial.org/> Visto em 20/07/2013

¹⁸⁷ Para a Associação de Moradores, no entanto, o número é muito maior. "A Rocinha tem entre 180 mil e 220 mil habitantes", afirma o presidente da União Pró-Melhoramentos dos Moradores da Rocinha (UPMMR), Leonardo Rodrigues Lima, morador da favela há 32 anos, e presidente da associação há dois. Também teve a colaboração da arquiteta e urbanista Priscilla Soares da Silva, da fundação Centro de Defesa dos Direitos Humanos Bento Rubião.

Todos os números relativos à Favela da Rocinha causam surpresas, porque é uma Região Administrativa própria, com cinco linhas de transportes coletivos, escolas, creches, lojas, bancos, correios, além da estrutura básica de luz elétrica, esgoto e águas pluviais. Há dois grandes bairros na Rocinha: Barcelos e Vila Verde, que se situam na região baixa, sendo o bairro Barcelos o mais consolidado, com maior adensamento e dinâmica urbana. Nele se situa a maior parte do comércio e dos serviços, bem como se concentra a maior renda.

De acordo com o Plano de Regularização Fundiária nas Comunidades da Rocinha e do Vidigal¹⁸⁸, projeto conhecido como "Rocinha mais Legal"¹⁸⁹, primeiramente se concentrou no cadastramento e na identificação proprietária de aproximadamente 7.500 famílias, além do governo, tiveram primeira iniciativa e expressa atuação as associações de moradores locais, a Fundação Bento Rubião¹⁹⁰ e a Pastoral de Favelas da Arquidiocese do Rio de Janeiro.

O objetivo do projeto era a promoção da regularização da situação fundiária em toda a Rocinha, pela potencialização do processo emancipatório das famílias vulnerabilizadas, pelo reconhecimento do direito a uma moradia digna e pelo exercício pleno de usufruto da cidadania. A irregularidade urbana estava presente desde a primeira ocupação em que diversos proprietários não conseguiram aprovar seus loteamentos na prefeitura do Rio de Janeiro. Ainda hoje, o território da Rocinha é formado por cinco glebas distintas: quatro de propriedade particular e um do poder público municipal.

A Favela da Rocinha tem uma situação jurídica bastante complexa para regularização fundiária, porque tem áreas particulares, públicas e ocupações em área de risco ou de proteção ambiental. Juridicamente, o que se

¹⁸⁸ Para a análise do presente caso teve a colaboração do Dr. Fernando Bezerra Falcão, registrador do 2o Registro de imóveis da cidade do Rio de Janeiro, integrante, representando a ANOREG/BR e ANOREG/RJ, nas comissões de trabalhos sobre a matéria. Com ele pudemos discutir aquilo que foi feito e o que se fará, bem como obtivemos cópias de documentos oficiais que norteiam o Projeto *Rocinha Mais Legal*. Também teve a colaboração de Priscila Soares da Silva, arquiteta e urbanista da Fundação Centro de Defesa dos Direitos Humanos Bento Rubião.

²⁵ Para a Associação de Moradores, no entanto, o número é muito maior. "A Rocinha tem entre 180 mil e 220 mil habitantes", afirma o presidente da União Pró-Melhoramentos dos Moradores da Rocinha (UPMMR), Leonardo Rodrigues Lima, morador da favela há 32 anos, e presidente da associação há dois.

¹⁸⁹ Publicação do Ministério das Cidades. Regularização Fundiária Urbana no Brasil. Coordenação Carvalho, Celso Santos, Gouvea, Denise de Campos. Brasília: 2009.

¹⁹⁰ <http://www.bentorubiao.org.br/> Visto em 20/07/2013

pretendia era o estabelecimento da concessão da posse, mediante um procedimento administrativo, iniciado na Corregedoria de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que regulamentou a matéria não só no âmbito administrativo, mas também para os procedimentos no registro imobiliário, como informa Viegas. Em 2010, o município do Rio de Janeiro, realizou um Memorial Descritivo¹⁹¹ de toda a área do bairro da Rocinha, composto, dentre outros documentos, do auto de demarcação dos imóveis que a compõem, apresentando-o no registro imobiliário. Foi publicado um edital de chamamento dos antigos proprietários dos mesmos, com a finalidade de dar conhecimento do procedimento administrativo e, para que fossem realizadas as possíveis impugnações. Caso não houvesse impugnação, o registrador imobiliário registraria a nova descrição para, em seguida, o Poder Público proceder ao exame do projeto de regularização fundiária. Uma vez aprovado o projeto, o registro imobiliário era intimado para proceder ao registro de documento originário do Poder Público, que seria validado como título de legitimação de posse de todos aqueles possuidores, identificados expressamente no procedimento de regularização fundiária urbana.

Para o bairro Barcelos, primeira área atendida pelo Programa foi aplicada a adjudicação compulsória, por se tratar de área particular loteada e não aprovada. Para essa área, os moradores já possuíam documentos de compra e venda e a quitação dos lotes. Para os casos de vendas por recibos particulares ou contratos particulares de cessão de posse, foi utilizado o instrumento jurídico da usucapião extraordinária e especial urbana. Algumas famílias que já possuíam escrituras definitivas iriam aguardar a averbação da planta no registro imobiliário competente¹⁹² a área será desmembrada e cada morador terá seu lote identificado para que possa realizar o registro individual. Para as demais áreas, aguarda-se a topografia para elaboração da planta de aprovação do loteamento.

¹⁹¹ Memorial Descritivo é um documento do projeto e, dentre inúmeros outros tópicos, pode conter: conceituação do projeto, normas adotadas para a realização dos cálculos, premissas básicas adotadas durante o projeto objetivos do projeto, detalhamento de materiais empregados na obra ou no produto, demais detalhes que pode ser importante para o entendimento completo do projeto. É válido lembrar que o memorial não é, e nem planeja ser, o projeto em si. O memorial tem o objetivo de contar pormenorizadamente todo o projeto de desenvolvimento do projeto.

¹⁹² 2ºOfício de Registro Imobiliário do Rio de Janeiro, cujo titular é Fernando Bezerra Falcão.

Para os registradores imobiliários, inaugurava uma nova modalidade, da *usucapião extrajudicial*, visto que depois de cumpridas todas as fases necessárias e sendo realizado o registro de legitimação possessória, decorrido o prazo de cinco anos para impugnações, o legitimado poderia requerer ao registro imobiliário a conversão de sua posse em propriedade.

Além do processo de titulação das propriedades, o projeto também previa, entre outras intervenções, a construção de novas unidades habitacionais para 500 famílias, em novos prédios que serão construídos na parte mais alta da favela, com novas ruas, centros esportivos, creches e um mini hospital.

O procedimento de regularização fundiária é longo e exaustivo, depende de apoio complexo de vários entes e associações para formalização jurídica efetiva, de forma a permitir a entrada dos imóveis no mercado formal. Nesse contexto, a vontade política do Estado na realização dessa regularização é imprescindível. Há entraves de ordem técnica operacional junto aos municípios e aos órgãos administrativos que jamais uma regularização desse porte sairia do papel se não pudessem contar com o apoio político do governo.

De acordo com o caso concreto, os acordos extralegais são obrigações realizadas pelos moradores, que de certa maneira proporcionam segurança às suas propriedades e às atividades econômicas por eles desenvolvidas¹⁹³. São improvisações que surgiram dos costumes e práticas desenvolvidas no local onde se situam as propriedades. Caracterizam-se como um pacto social, que mantém o contrato idealizado, apoiado pela comunidade como um todo e chancelado por uma autoridade reconhecida por esta, tendo em vista a ausência do estado para transpor o mercado da informalidade para a formalidade.

A principal desvantagem dos acordos informais é que não possibilitam o ingresso da propriedade no sistema formal, retiram dos mesmos a possibilidade dos negócios jurídicos, bem como não permitem a entrada nos sistemas financeiros para obtenção de financiamentos. E ainda, não há

¹⁹³ SOTO, Hernando de. O Ministério do Capital. 2001, p. 106.

prestação de contas ao Estado, pois esta se circunscreve à autoridade reconhecida pela comunidade. De igual maneira, é de fácil reconhecimento que esses contratos sociais informais são bastante numerosos, dispersados pelas comunidades, e as informações relativas aos mesmos se restringem à autoridade da comunidade. Há também um pacto condominial informal na Rocinha e a maioria desses imóveis verticalizados não possuem regras de co-titularidade em cada uma das unidades autônomas. A solução encontrada foi a atribuição de um percentual da propriedade do solo para cada um dos andares, semelhante com a caracterização condominial formal¹⁹⁴.

A experiência da regularização do bairro da Rocinha trouxe um precedente inédito para a regularização fundiária, e para que fosse possível a sua implementação foi indispensável a atuação do Estado¹⁹⁵, em todos os níveis de Governo, contando com o auxílio de seus órgãos, bem como de entidades privadas¹⁹⁶. O grande objetivo foi o de integrar os imóveis ao mercado formal para que seus proprietários pudessem extrair deles as riquezas que possuem, mediante o acesso a uma propriedade funcionalizada. Sem a participação do Estado, não haveria êxito.

A virtude dos indivíduos é permitir que a cidade se desenvolva, e que o desenvolvimento da cidade, em retorno, possa contribuir para o desenvolvimento dos cidadãos, ensinam Alexander e Penalver¹⁹⁷.

CONCLUSÃO

O direito de propriedade não é um absoluto formal, mas só se justifica se a seu significado é dado um uso social, mormente naquela classe de bens que não se destina primordialmente ao mercado, como é o caso da terra. A propriedade, direito subjetivo por excelência na época contemporânea,

¹⁹⁴ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Estudos da tese para professor titular da UnB*. Brasília: 2012.

¹⁹⁵ Nesse caso, principalmente pelo Ministério das Cidades, Secretaria de Habitação do Estado do Rio de Janeiro e a Prefeitura local.

¹⁹⁶ Instituições representativas dos notários e registradores: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – Anoreg-BR, Anoreg-RJ e registradores locais.

¹⁹⁷ Gregory S. Alexander and Eduardo M. Peñalver (eds.), *Property and Community*. New York: Oxford University Press, 2010. P. 203

é uma construção social que as sociedades modernas se veem obrigadas a pensar em uma regularização fundiária a longo prazo, na expectativa de não tornar um caos a vida das grandes cidades.

A função da propriedade foi alterada quando o ordenamento jurídico reconheceu que o exercício dos poderes do proprietário não deveria ser resguardado tão-somente para satisfação do seu interesse, mas sim da coletividade. Há obrigação de empregar a propriedade de forma prestativa na busca de uma interdependência social e econômica.

O Estado deve estabelecer os limites para que os proprietários possam usufruir da proteção dos direitos inerentes à propriedade e de quaisquer elementos externos que compõem o direito das obrigações ou o direito contratual. A transposição de um mercado proprietário informal para um mercado formal permite a troca de riquezas e ganhos para a sociedade.

Nesses últimos anos, as favelas, os loteamentos irregulares ou os aglomerados têm-se assentados justamente nas áreas mais frágeis. Algumas até mesmo protegidas legalmente e com restrições de uso, entretanto, a única solução encontrada para quem não tem como arcar com o mercado imobiliário formal. Assim, a sociedade mais carente vive em condições precárias, indignas e com grande número de riscos de acidades naturais.

O termo “regularização fundiária” tem sido utilizado de muitas formas, mas deve sempre fazer referencia não só a política de legalização fundiária das áreas e dos lotes informais, mas também no sentido de urbanização dessas áreas, com obras de infraestruturas e prestação de serviços públicos.

O papel da ordem jurídica no contexto da informalidade urbana da propriedade precisa ser bem definido, não há mais espaços para a existência do direito de propriedade imobiliárias de maneira individualizada. Faz-se imprescindível a intervenção estatal e a materialização dos princípios constitucionais para exigir o cumprimento da função social da propriedade urbana.

A consequência para as cidades, onde não há a presença do Estado, é a falta de segurança nos assentamentos informais e a crescente

vulnerabilidade de gestão das áreas urbanas. A atual legislação constitucional e infraconstitucional trouxe inovações e avanços com conquistas jurídicas importantíssimas, entretanto é preciso desafiar paradigmas para sobreviver em uma sociedade complexa e especializada. Assim, faz-se necessário à implementação de mais programas sociais e a participação de vários segmentos da sociedade, principalmente dos registros públicos que podem contribuir com o efetivo registro imobiliário.

A regularização fundiária no sentido de titulação dominial propicia melhorias de vidas aos proprietários, pois gera fluxo econômico ativo e funcional, onde ganha também a coletividade dentro do contexto da reorganização. A função social é o vetor que indica para qual direção a cidade pode e deve crescer, dentro de um planejamento estruturado. É a busca incessante de melhores caminhos sob o paradigma do justo, do digno, da igualdade dos direitos humanos.

É inegável o poder da propriedade no desenvolvimento social, político e econômico para o crescimento das cidades modernas. Para tanto, não bastam somente as normativas existentes, impõe-se a implementação de efetivas parcerias publico-privadas para que continue a regularização fundiária e, assim, a população carente possa transformar suas posses em propriedades legais, fora da informalidade, para dar espaço a um direito contemporâneo, equilibrado, capaz de oferecer segurança jurídica e impor responsabilidades.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Código Civil* (subsídios históricos para o novo Código Civil Brasileiro). 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: S. Fabris, 1988.

ALFONSIN, Betânia. *O significado do Estatuto da cidade para os processos de Regularização Fundiária no Brasil*. In: REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA PLENA.

Referências conceituais. Secretaria Nacional de Programas Urbanos. Ministério das Cidades. Brasília, 2007.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2004

AFONSO DA SILVA, José. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 2002.

_____. *Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Trad. Heck, Luís Afonso. In *Revista de Direito Administrativo*, 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, pp 67/79.

_____. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Trad. Heck, Luís Afonso. In *Revista de Direito Administrativo*, 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto, *L'età dei Diritti*, trad. port. Carlos Nelson Coutinho, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1992.

COMPARATO, Fabio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito de Superfície*. Em: *Estatuto da Cidade*, Coord. Por Adilson de Abreu Dallari e Sergio Ferraz. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, volume II, *Lãs relaciones jurídico-reales*. El registro de la propiedad, la posesión, Editorial Tecnos, Madrid, 1983.

DINIZ, Maria Helena. *A lei de Registros Públicos e o Estatuto das Cidades*, (art. 55 a 57). Em : *Estatuto das Cidades*, coord. Por Adilson de Abreu Dallari e Sergio Ferraz. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. 689 p.

_____. *Is law a system of rules?* In: *The Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 1977.

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

FACHIN, Luiz Edson. *Principios del derecho civil contemporáneo y los nuevos campos transterritoriales de las normas jurídicas: propuestas y problematizaciones para un “código de principios”*. Lima: Estudio Muñiz, 2011. (no prelo).

_____. *Da função social da terra à causa justificativa do direito de propriedade imobiliária: uma perspectiva da justiça e da cidadania contemporâneas*. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, v. 17, 1999.

GASPARINI, Diógenes. *Direito de Preempção*. Em: *Estatuto da Cidades*, coord. Por Adilson de Abreu Dallari e Sergio Ferraz. São Paulo: ed. Malheiros, 2003.

GOMES, Orlando. *Novas dimensões da propriedade privada*. Em: *Revista dos Tribunais*, nº 411, São Paulo: 1970.

_____. *Direitos Reais*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. Heidegger e a linguagem. In: *Hermenêutica em retrospectiva*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, 2ª ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LOUREIRO, Francisco Eduardo, *A Propriedade como Relação Jurídica Complexa*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes; 2003.

_____. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARX, Karl & ENGELS, F. *Obras Escolhidas*, Avante, Lisboa, v.1, 1982.

LAMANA PAIVA, João Pedro. *A sistemática do registro de imóveis*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

MOREIRA ALVES, Jose Carlos. *A contribuição do antigo direito português no Código Civil brasileiro e português*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, tomo 2, 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983.

MARX, Karl. *Obras Escolhidas – Tomo I*. Lisboa: Avante, 1982.

MENDES, Gilmar F; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Del Rey : Belo Horizonte, 2007, 252p.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais*. In: *Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*, Tepedino, Gustavo (org.), São Paulo: Atlas, 2008.

VIEGAS DE LIMA, Frederico Henrique. *Direito Imobiliário Registral na Perspectiva Civil-Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2004.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. 1ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SINGER, Joseph William – *Property Law, Rules, Policies, and Practices*, 4ª Ed. New York: Aspen Publisher, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, v. 1, t. 1, 343 p. 23 cm. ISBN 85-7348-403-9.

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO PRESSUPOSTO DA DISPENSA EM MASSA DE TRABALHADORES: UMA PERSPECTIVA LUHMANNIANA DO PROCEDIMENTO COMO MECANISMO DE LEGITIMIDADE E CONTROLE

Caroline Ferreira Ferrari¹⁹⁸

RESUMO: O presente artigo se propõe a apreciar o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho acerca da obrigatoriedade de negociação coletiva para dispensa em massa de trabalhadores. Com o intuito de demonstrar que a exigência de negociação coletiva prévia é indispensável para a consecução de resultados legítimos, uma vez que permeia a redução da complexidade social através de uma atuação contrafactual, analisar-se-á o pensamento de LUHMANN a respeito do conceito de legitimação pelo procedimento, ressaltando-se, por conseguinte, como a negociação coletiva pode atuar de maneira a minimizar as contingências e permitir a variação estrutural da expectativa.

Palavras-Chave: Dispensa Coletiva. Negociação Coletiva. Legitimidade. Niklas Luhmann.

ABSTRACT: This article aims to assess the position of the SUPERIOR TRIBUNAL DO TRABALHO concerning the obligation of collective bargaining for mass dismissal of workers. In order to demonstrate that the requirement of prior collective bargaining is essential to the achievement of legitimate results, since it permeates the reduction of social complexity through a counterfactual performance, will be analyzed it LUHMANN thinking about the concept of legitimacy by procedure, emphasizing therefore how collective bargaining can act to minimize the contingencies and allow structural variation of expectation.

Keywords: Collective Dismissal. Collective Bargaining. Legitimacy. Niklas Luhmann.

¹⁹⁸ Mestranda em Direito Constitucional e Sociedade pelo IDP

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, situações socioeconômicas estimuladas pelo incremento tecnológico e a alta informatização que experimenta a humanidade vêm interferindo substancialmente no sistema de emprego, com supressão de postos de trabalho e a efetivação de dispensas coletivas.¹⁹⁹

A reorganização da produção, a política neoliberal e o intercâmbio constante entre os diversos Estados evidenciam a sedimentação de um sistema global²⁰⁰ e interdependente, de forma que o desequilíbrio econômico em uma dada região acarreta impacto em ramos distintos, como a Política e o Direito, com propagação em múltiplos países e intromissão no mercado de trabalho.

Sabe-se que o movimento sindical surgiu como forma de defesa utilizada pelos trabalhadores com o intuito de contrabalancear o desequilíbrio existente entre as partes e possibilitar a negociação coletiva pela respectiva categoria profissional e econômica.

A CRFB/1988, além de prever o direito de associação como garantia fundamental, traz, de maneira expressa, em seu art. 8º, inciso III, a competência da respectiva entidade sindical para a defesa dos interesses coletivos e individuais da categoria, determinando, destarte, a obrigatoriedade de participação do sindicato nas negociações coletivas de trabalho, com o fito de manter o equilíbrio entre os parceiros envolvidos na contenda.

¹⁹⁹ Explicitando o assunto, Otavio Augusto Reis de Souza pontua: *"Assim, havemos de repensar conceitos básicos como a importância do trabalho, para nós e para a sociedade. A eliminação de postos de trabalho típicos é inerente à revolução tecnológica, e as políticas de emprego são inábeis a reavivá-los. Resta-nos a diminuição gradativa da jornada de trabalho, o job sharing, e, mais que isso, impende ao modelo capitalista viabilizar novas formas de repartição de riqueza, que não o trabalho subordinado."* (In: SOUZA, Otávio Augusto Reis de. **Nova teoria geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p.38.

²⁰⁰ A Ministra Maria Cristina Peduzzi alerta para os efeitos da globalização nos países em desenvolvimento, afirmando que: *"A globalização econômica opera de acordo com uma lógica economicista que realça, em primeiro plano, a busca de competitividade, calcada na absorção de tecnologia e na qualificação da mão-de-obra. Nos países em desenvolvimento, no entanto, a busca da competitividade ocorreu por via transversa, consistindo fundamentalmente, na supressão ou redução de direitos sociais, pouco se investindo em ciência e tecnologia ou na qualificação do trabalhador."* (In: PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **Globalização, integração de mercados, repercussões sociais: perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil**. Revista do TST, Brasília, v. 69, n. 1, jan/jun, 2003, p.22).

Já o art. 7º, inciso I, da CRFB/1988, assegura a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa na relação de emprego, matéria esta a ser regulamentada por meio de lei complementar, cuja edição não sobreveio até o momento.

Com base nesse panorama, segundo o Tribunal Superior do Trabalho, por haver distinções de índole normativa entre a dispensa individual e coletiva, já que esta última produz impacto sobre o âmbito social, econômico e político de uma dada comunidade, é inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores.

Ocorre que na seara do Direito Coletivo do Trabalho não há um regramento específico para a operacionalização da dispensa em massa de empregados em razão de impactos decorrentes de crises econômicas, surgindo-se, então, questionamentos acerca dos seus contornos jurídicos, ou seja, se é possível a aplicação do regramento previsto para os casos de dispensa individual, se o princípio da função social da empresa²⁰¹ impõe limites à própria liberdade patronal a ponto de sujeitá-la a uma negociação coletiva obrigatória ou se compete ao Poder Judiciário o estabelecimento normativo aplicável em virtude da inafastabilidade de acesso à Jurisdição. Isto porque, sendo infrutífera a tentativa conciliatória, o tribunal do trabalho é conclamado a atuar, numa função nitidamente secundária²⁰², por meio da qual prolata uma decisão de cunho obrigatório e com características legislativas.

Com supedâneo nessas premissas, indaga-se: Tendo em vista que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, a teor do art. 8º, III, da Constituição Federal de 1988, inclusive em questões judiciais ou administrativas, em que medida a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores?²⁰³

²⁰¹ **Art. 5º** - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XXIII - a propriedade atenderá a sua **função social**;

²⁰² SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradutor Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p.211.

²⁰³ Ressalta-se, outrossim, que a repercussão geral da matéria foi reconhecida no ARE 647.651. Vide: CONTRATO DE TRABALHO – ROMPIMENTO – NEGOCIAÇÃO COLETIVA – EXIGÊNCIA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL VERIFICADA. **Possui repercussão geral a controvérsia acerca da necessidade de prévia**

Com o intuito de demonstrar que a exigência de negociação coletiva prévia é indispensável para a consecução de resultados legítimos, a qual permeia a inclusão social através de uma atuação contrafactual, com redução da complexidade, é que se buscará a resposta da presente indagação.

Assim, a apreciação do tema perpassa pela análise da negociação coletiva como mecanismo de legitimidade da dispensa em massa de trabalhadores, primando-se por uma releitura do texto constitucional inserido em uma conjuntura econômica e social globalizada.

Nesse diapasão, com o fito de compreender a relevância da negociação coletiva na seara do Direito Coletivo do Trabalho e assim responder a indagação proposta no presente artigo, far-se-á uma breve análise acerca do conceito de liberdade sindical, bem como será apreciado o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a dispensa em massa de empregados.

Posteriormente, o tema será abordado à luz do pensamento de Luhmann a respeito do conceito de legitimação pelo procedimento, ressaltando-se, por conseguinte, como a negociação coletiva pode atuar de maneira a minimizar as contingências e permitir a variação estrutural da expectativa.

2. LIBERDADE SINDICAL E NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Como cediço, o Direito do Trabalho desenvolveu-se a partir do Século XIX com o desígnio de amenizar as desigualdades sociais, trazendo em seu bojo normas de amparo ao trabalho humano, a exemplo da redução da jornada diária e da proteção ao trabalho do menor e da mulher, considerados “meias-forças”²⁰⁴, “*matizando-o com as premissas que informam o direito público.*”²⁰⁵. Isso porque o Direito Civil, baseado na plena liberdade individual,

negociação coletiva com o sindicato dos trabalhadores para dispensa dos empregados em massa. (ARE 647651 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 21/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013)

²⁰⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.59.

²⁰⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil**. Londrina. Ed. Humanidades, 2004, p.83.

demonstrou-se insuficiente para regular os contratos de trabalho travados à época, vivenciando-se um sentimento de irresignação por parte do proletariado e uma consciência de classe germinada na massa²⁰⁶, com o reconhecimento da necessária proteção especial ao labor humano. E foi com base nessa premissa que o Direito do Trabalho desenvolveu o seu princípio protetor, a fim de levar à realidade prática a igualdade substancial daqueles que não se encontravam no mesmo patamar contratual.²⁰⁷

Portanto, o surgimento do sindicalismo decorreu da conexão de trabalhadores e da percepção de que a união desse segmento proporciona o fortalecimento de classe por meio da luta²⁰⁸ pelo assentimento de direitos mínimos garantidores de uma vida digna para o trabalhador e sua família.²⁰⁹

O sindicalismo nasceu, assim, a partir da reconhecimento do direito de associação, da identidade da atividade desenvolvida e da afinidade fática e

²⁰⁶ A propósito, Délio Maranhão adverte que: "O contrato pressupõe a liberdade de contratar ou não; a igualdade dos contratantes no plano jurídico; e o respeito à palavra empenhada, à fé contratual: dignifica a pessoa humana do trabalhador." (In: SÜSSEKIND, Arnaldo, et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p.235).

²⁰⁷ Para Américo Plá Rodriguez: "Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes." (In: RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1979, p.28).

²⁰⁸ Sobre o tema, vale a pena a leitura do livro "Luta por Reconhecimento", de Axel Honnet. Vide o seguinte trecho: "Nesse sentido: o processo de individuação, discorrendo no plano da história da espécie, está ligado ao pressuposto de uma ampliação simultânea das relações de reconhecimento mútuo. A hipótese evolutiva assim traçada, porém, só pode se tornar a pedra angular de uma teoria da sociedade na medida em que ela é remetida de maneira sistemática a processos no interior da práxis da vida social: são as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucionalmente e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades." (In: HONNET, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003, p.156).

²⁰⁹ Sobre o tema, importante a observação de Karl Marx acerca noção de estranhamento gerada pelo modelo capitalista de produção, uma vez que quanto mais o trabalhador produz, mais pobre e debilitado se torna em relação ao capital. E o estranhamento decorre desse aprisionamento do homem ao trabalho, como se, ao final, não fosse dono do produto do seu labor, permanecendo, destarte, acorrentado a um ser "estranho". Daí porque o autor afirma: "Se vimos que com respeito ao trabalhador que se apropria da natureza através do trabalho a apropriação aparece como estranhamento, a auto-atividade como atividade para um outro e como atividade de um outro, a vitalidade como sacrifício da vida, a produção do objeto como perda do objeto para um poder estranho, para um homem estranho [...]." (In: MARX, Karl. **Manuscritos Econômico-Filosóficos**. São Paulo: Editorial Boitempo, 2004, p.90)

de ideologias no seio do proletariado, o que se verificou, com vigor, após a Primeira Revolução Industrial.²¹⁰

Dentre os instrumentos universais que cuidam do da natureza associativa dos sindicatos, alavancando o sindicalismo no mundo, pode-se citar o Tratado de Versalhes - primeiro documento de caráter internacional que reconheceu expressamente o direito de associação para empregados e empregadores -, datado de 1919 e responsável pela criação da Organização Internacional do Trabalho. Nesse sentido também tem-se a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambas editadas em 1948, as quais dispõem acerca da liberdade de associação, assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969.²¹¹

Por outro lado, não se pode olvidar a relevância da noção de liberdade para a construção de um efetivo sindicalismo no Brasil. Isto porque, à luz de um pensamento individualista, a noção de liberdade pode se operar sob o enfoque **positivo** ou **negativo**, bem como **individual** ou **coletivo**.

Sob o prisma **positivo**, a liberdade sindical garante ao trabalhador o direito de se associar ao sindicato que lhe aprover, ou seja, que melhor atenda aos seus interesses. Já sob o viés **negativo**, essa prerrogativa se constitui na possibilidade de refutar a sindicalização que esteja em descompasso com as suas convicções.²¹²

Noutro giro, a doutrina brasileira também aponta para a existência de um conceito de **liberdade** sob a ótica **individual**, quando o trabalhador possui o livre arbítrio de escolha da entidade que pretende se filiar, podendo, por conseguinte, a qualquer tempo, desligar-se da respectiva entidade, em contraposição a um conceito de **liberdade coletiva**, cuja noção encontra-se

²¹⁰ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA FILHO, Cláudio Dias. **Pluralidade sindical e democracia**. 2 ed. rev. e ampl. - São Paulo: LTr, 2013, p.23.

²¹¹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA FILHO, Cláudio Dias. **Pluralidade sindical e democracia**. 2 ed. rev. e ampl. - São Paulo: LTr, 2013, p.25-26.

²¹² PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA FILHO, Cláudio Dias. **Pluralidade sindical e democracia**. 2 ed. rev. e ampl. - São Paulo: LTr, 2013, p.64-65.

relacionada à inexistência de controle estatal sobre os sindicatos, dando ensejo ao que se convencionou chamar de autonomia sindical.²¹³

Desta forma, com supedâneo num enfoque mais amplo, a liberdade sindical compreende: "[...] a liberdade de criação de sindicatos e de sua autoextinção (com a garantia de extinção externa somente através de sentença judicial regularmente formulada."²¹⁴ E ainda, "a prerrogativa de livre vinculação a um sindicato, assim, como a livre desfiliação de seus quadros [...]".²¹⁵

Como se vê, a liberdade sindical consiste num direito constitucional indispensável para a consecução das finalidades da entidade, na medida em que é vista como instrumento de preservação de sua própria estrutura e representatividade, cuja coesão permite a negociação entre sujeitos isonômicos, razão pela qual encontra amparo na Constituição Federal de 1988, em seu art.8, caput, inciso III, bem como em outros instrumentos normativos de índole internacional.

Outrossim, não se desconhece a escolha constitucional brasileira consagradora do princípio da unicidade sindical, bem com os debates sobre os efeitos negativos daí advindos ao ordenamento jurídico interno e à democracia, uma vez que, ao se estabelecer a obrigatoriedade da existência de apenas um sindicato representativo da categoria em determinada base territorial, a qual, diga-se, não pode ser inferior a um município, opta-se por restringir a liberdade de associação - restrição esta que se dá tanto na seara individual como coletiva.²¹⁶

Não obstante, tendo em vista que o objetivo do presente artigo diz respeito ao exame dos efeitos da comunicação para redução da complexidade social no âmbito da negociação coletiva, passa-se à apreciação de sua relevância para a consecução de resultados legítimos.

²¹³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA FILHO, Cláudio Dias. **Pluralidade sindical e democracia**. 2 ed. rev. e ampl. - São Paulo: LTr, 2013, p.68.

²¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2013, p.128.

²¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2013, p.128.

²¹⁶ Tal entendimento está em descompasso com a Convenção n. 87 da OIT.

Nessa senda, a negociação coletiva é o mecanismo através do qual as entidades sindicais da respectiva categorial profissional e econômica estabelecem o diálogo, a comunicação, por meio de temporizações²¹⁷, sem interferência da jurisdição estatal e com um objetivo comum: o consenso.²¹⁸

No Brasil, após a Emenda Constitucional n. 45/2004 foi dada à negociação coletiva contudente primazia, muito embora a função normativa da justiça laboral esteja assentada num cenário deficitário de representatividade sindical.²¹⁹ Assim, apenas após o esgotamento das tratativas e com o insucesso da negociação é que o dissídio coletivo visando a estipulação de cláusulas normativas será instaurado. O procedimento aqui é indispensável para a atuação do judiciário trabalhista.

Entretanto, verificou-se nos últimos anos um aumento da rotatividade de trabalhadores sujeitos ao regime celetista, conforme se infere do Anuário do DIEESE sobre políticas públicas, publicado recentemente pelo Governo Federal.²²⁰

Sabe-se que a dispensa em massa de trabalhadores projeta-se sobre outros campos, repercutindo na própria estrutura econômica, política e social de uma dada sociedade, razão pela qual suscita a análise sobre a possibilidade e limites de intervenção do Estado na seara privada, seja por meio do estabelecimento de um procedimento específico para a dispensa em massa de empregados, seja através de uma postura proativa, como o

²¹⁷ A questão do consenso desemboca na necessidade de informações precisas entre sujeitos esclarecidos, o que nem sempre é alcançável²¹⁷, uma vez que, à medida que a sociedade se desenvolve, as relações ficam mais complexas e se torna difícil a circulação do conhecimento e o seu acesso, tornando as relações sociais suscetíveis à dominação política, razão pela qual a intervenção do Estado, através do Poder Judiciário, se faz indispensável para manutenção de um ambiente democrático. Assim, o ponto nodal encontra-se, destarte, na absorção do conhecimento e na compatibilidade entre os papéis dos sistemas informante e informado, sendo que, por vezes, a interferência do judiciário visa, justamente, garantir o fluxo dessas informações, razão pela qual, não existindo acordo entre os parceiros sociais, a instauração da instância é o mecanismo constitucional apto a promover a pacificação do conflito. Vide: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985, p.71-73.

²¹⁸ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Ed. Saraiva. 2012, p.725.

²¹⁹ CONTRATO DE TRABALHO – ROMPIMENTO – NEGOCIAÇÃO COLETIVA – EXIGÊNCIA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL VERIFICADA. (ARE 647651 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 21/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013)

²²⁰ Rotatividade e políticas públicas para o mercado de trabalho/Departamento Intersindical de Estatística Estudos Socioeconômicos. São Paulo: DIEESE, 2014 (Acessível em: <http://www.dieese.org.br/livro/2014/livroRotatividade.pdf>).

direcionamento de incentivos para ramos específicos da economia ou até mesmo a "*judiridicização das relações sociais*".²²¹

Sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho tem se posicionado no seguinte sentido:

Um ponto relevante a destacar é que a dispensa coletiva é questão grupal, massiva, comunitária, inerente aos poderes da negociação coletiva trabalhista, a qual exige, pela Constituição Federal, em seu art. 8º, III e VI, a necessária participação do sindicato. Trata-se de princípio e regra constitucionais trabalhistas, e, portanto, critério normativo integrante do Direito do Trabalho (art. 8º, III e VI, CF). Por ser matéria afeta ao direito coletivo trabalhista, a atuação obreira na questão está fundamentalmente restrita às entidades sindicais, que devem representar os trabalhadores, defendendo os seus interesses perante a empresa, de modo que a situação se resolva de maneira menos gravosa para os trabalhadores, que são, claramente, a parte menos privilegiada da relação trabalhista. Nesse sentido, até que surja negociação coletiva trabalhista regular ou, alternativamente, o processo judicial trabalhista correspondente (dissídio coletivo), o ato potestativo e unilateral empresarial de dispensa coletiva seria inábil a produzir efeitos jurídicos, por não haver no direito coletivo trabalhista semelhante ato coletivo sem a participação do sindicato. Em síntese: as dispensas coletivas de trabalhadores, substantiva e proporcionalmente distintas das dispensas individuais, não podem ser exercitadas de modo unilateral e potestativo pelo empregador, sendo matéria de Direito Coletivo do Trabalho, devendo ser submetidas à prévia negociação coletiva trabalhista ou, sendo inviável, ao processo judicial de dissídio coletivo, que irá lhe regular os termos e efeitos pertinentes.²²²

Portanto, a jurisprudência do Tribunal Superior do trabalho assentou que há evidente distinção entre a despedida individual e coletiva, uma vez que o efeito da atuação patronal, nesse último caso, projeta-se sobre outros campos (social, comunitário e econômico), estando, por isso, afeta à negociação coletiva, como determina o próprio texto constitucional. A autonomia patronal seria, então, relativizada.

Destaca-se, por fim, que o exercício regulamentador e limitativo da autonomia dos participantes sociais na relação laboral não é sempre fator

²²¹ XIMENES, Júlia Maurmann. **A judicialização da política e a democracia – o papel do campo jurídico**. RIDB, Ano 1 (2012), nº 11.

²²² Trecho extraído do julgamento do Recurso Ordinário nº TST-RO-173-02.2011.5.15.0000 (Acessível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>).

satisfatório à efetiva proteção dos valores sociais do trabalho, já que, por vezes, a burla à legislação se subtrai numa atuação aparentemente consentânea com a Constituição. É preciso, por isso, que o órgão jurisdicional esteja atento, interpretando a lei à luz do texto constitucional e de seus objetivos precípuos.

3. A DISPENSA EM MASSA DE TRABALHADORES E A OBRIGATORIEDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA PRÉVIA: UMA VISÃO LUHMANNIANA DO PROCEDIMENTO

Assim como a linguagem que o sustenta, o conceito de direito é controvertido. Com base nessa cizânia, correntes jusfilosóficas tentaram (e tentam) definir o conceito de direito, seja defendendo a total independência entre o direito e a moral, seja reconhecendo a associação inevitável entre os institutos, a qual pode se operar através de uma leitura moral do direito ou por meio da inclusão de valores e critérios de justiça no ordenamento jurídico.²²³

Num primeiro momento, sobressaíram correntes jusnaturalistas e positivistas sobre o tema. A primeira fundamentada em princípios morais e critérios de justiça universalmente válidos e passíveis de compreensão racional pelo homem, exigindo-se, necessariamente, a observância de valores éticos para a normatização jurídica.²²⁴ A segunda centrada na fórmula subsuntiva de preenchimento do pressuposto fático e da subsequente incidência legal, tendo como um dos seus precursores Hans Kelsen.²²⁵ A norma aparece aqui como

²²³ Inicialmente fundamentado na busca de uma verdade essencial ou natural de caráter imutável, sedimentado em correntes de índole jusnaturalista, cujo caráter universalizante da justiça não traz a certeza e segurança que o positivismo persegue, o conceito de direito, de maneira quase que tautológica, desponta no cenário jurídico como objeto variante e versátil. A única certeza está na mutabilidade do direito.

²²⁴ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 1. ed., 2010, p.31-32.

²²⁵ Acerca de uma visão pura do positivismo, veja-se a seguinte passagem do livro *Teoria Geral das Normas*: "O enunciado sobre uma norma (i.e., o enunciado sobre a existência, sobre a validade de uma norma) também precisa ser diferenciado do enunciado sobre o ato, cujo sentido é a norma (do enunciado sobre a existência do ato que está na realidade natural). O ato é um ser, a norma um dever-ser. Na Ciência do Direito esta distinção é perfeitamente corrente. O ato legiferante, o processo legislativo que pode compor-se de uma pluralidade de atos, distingue-se claramente da lei - como se exprime figurativamente - que é o seu "produto", por ele é "produzida" - manifestada sem o auxílio de uma metáfora - e que é o seu sentido." (In: KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p.194).

resultado de um ato de vontade, sintetizada num comando autorizado pelo ordenamento jurídico.²²⁶

Muito embora não se desconheça o mérito das teorias positivistas e jusnaturalistas para o desenvolvimento da disciplina jurídica, a primeira por fincar a autonomia do direito e a segunda por demonstrar que os valores sociais, culturais e históricos não estão tão desvincilhados do direito, o presente artigo se propõe a apreciar a questão jurídica sob o prisma da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, demonstrando-se, destarte, através de uma análise sociológica, a importância da comunicação para a redução da complexidade e favorecimento de uma decisão legítima. Isto porque, segundo o suscitado autor, "*o critério não está na fonte do direito, no ato individual da decisão, mas sim na experimentação constante e atual do direito.*"²²⁷ (grifei)

Para Luhmann, o conceito de positividade do direito como sendo algo que foi estatuído (posto, deliberado, determinado) não serve à sociologia. Para a sociologia este caráter é secundário, sendo que a concepção de uma "fonte do direito" é inaceitável. Nesse diapasão, a decisão legislativa não seria a causa explicativa da vigência de determinada norma, uma vez que há um arcabouço complexo de fundamentos para a constituição normativa.²²⁸

Com base nessas premissas, Luhmann tenta explicar o processo de formação da norma à luz de uma análise sociológica do tema, enfatizando-se a diferença de observação efetuada pela dogmática jurídica daquela realizada pela sociologia, uma vez que pela primeira - dogmática - as normas são interpretadas com supedâneo num senso suposto, enquanto para a vertente sociológica a apreciação se dá sob uma ótica incongruente de ações e

²²⁶ Entretanto, correntes jusnaturalitas e positivistas não foram capazes de resolver problemas de ambiguidades e imprecisões na interpretação da linguagem, deixando espaço considerável à atuação jurisdicional.

²²⁷ Vide: "*O direito vige enquanto direito positivo não apenas pela lembrança de um ato legislativo histórico - historicidade essa que para o pensamento jurídico tradicional constituiu o símbolo da irrevogabilidade - mas só quando sua própria vigência é referida a essa decisão enquanto escolha entre outras possibilidades sendo, portanto, revogável e modificável. O fator historicamente novo da positividade do direito é a legalização de mudanças legislativas, com todos os riscos que isso acarreta.*"(In: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985, p.9.

²²⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985, p.7-9.

expectativas, não estando esta última presa, por isso, à interpretação judicial.²²⁹

Para tanto, o autor parte da ideia de que a sociedade é formada por sistemas, colocando o homem individualizado fora desse sistema, o que seria, segundo sua própria expressão, "mundo circundante".²³⁰

A teoria dos sistemas desenvolvida com primazia por Luhmann coloca o direito como um aparelho unitário, o qual, para efeito de oxigenação e sobrevivência da sua própria estrutura, estabelece comunicação com outros subsistemas, a exemplo da política, religião, cultura e economia. O sistema é autônomo, mas não autossuficiente.²³¹

Nessa perspectiva, segundo Luhmann é preciso distinguir o conceito de atribuição e de causalidade. O papel do legislador e do juiz não pode levar à conclusão de que o processo decisório é algo criativo ou causal. Essa função do legislador e do juiz é apenas atributiva de vigência do direito. Já a causalidade decorre de um emaranhado de expectativas que irá desembocar nessa estrutura sistêmica do direito.²³² A importância estrutural disso *"resulta em que a **vigência do direito**, por mais rigorosa que seja a cadeia causal, **estará referida a um fator variável: uma decisão.**"*²³³

Assim é que, partindo-se da existência de um sistema estruturado, Luhmann afirma que o estabelecimento da ordem reduz a complexidade social

²²⁹ Nesse sentido: *"Le modalità di osservazione della dogmatica e dalla sociologia si differenziano, inoltre, in misura notevole, dal momento che la prima interpreta le norme e i diritti nel loro senso supposto, cioè chiarisce come deve intenderli l'attore; La seconda misura, invece, azioni e aspettative su <prospettive incongruenti>, con strutture dell'ordine sociale non necessariamente prese in considerazione dall'attore, assume, cioè, maggiore distanza rispetto all'esperienza di quest'ultimo."* LUHMANN, Niklas. **I Diritti Fondamentali come istituzione**. Trad. p. Italiano Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002, p.276.

²³⁰ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p.1-5.

²³¹ PINTO, Roberto Parahyba de Arruda. **O poder normativo da justiça do trabalho sob o enfoque da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Ano 4, n. 8, julho-dezembro, 2001, p.140-141.

²³² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985, p.8.

²³³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985, p.8.

e permite, por meio da conferência de autonomia relativa aos partícipes, a generalização social do resultado.²³⁴

Desta forma, conclui-se que o direito não é só estatuído (ou seja escolhido) através de decisões, mas também vige por força de decisões (sendo então contingente e modificável).²³⁵

Portanto, a ideia da existência de um procedimento, seja o judicial, seja o administrativo, é vista como mecanismo de controle e de racionalização do tempo, o que se dá através da própria diferenciação funcional - progressiva em sociedades complexas -, trazendo, por conseguinte, segurança ao sistema.

Sob esse prisma, o procedimento institucionalizado fornece legitimidade à decisão, não apenas por decorrer do transcurso de um *iter* procedimental, mas, principalmente, em virtude de permitir a transformação estrutural da expectativa.

E quanto à obrigatoriedade de realização da negociação coletiva para dispensa em massa de empregados, introduzindo-se a comunicação entre as categorias envolvidas como procedimento necessário e prévio ao ajuizamento do dissídio coletivo, por meio do estabelecimento de uma pauta de reivindicações, enfatiza-se, assim, a existência de eventuais pontos discordantes, com redução da complexidade decorrente de uma atuação contrafactual.

Portanto, se o dissídio coletivo é tido como caminho inevitável para aqueles que, subitamente, se depararam com a dispensa em massa, a institucionalização obrigatória de prévia negociação coletiva permitirá a diminuição do leque de possibilidades de uma futura decisão, a qual poderá se operar via acordo ou convenção coletiva de trabalho ou, no âmbito judicial, por intermédio da sentença normativa.

²³⁴ Nesse sentido: "[...] tal como típico para todos os sistemas de interação elementar, os conceitos de normas, que funcionam concretamente em cada caso, estão sujeitas a uma revisão permanente; e quanto a isso, pode estabelecer-se em relação à exequibilidade e clareza do sistema, um consenso relativamente rápido, na medida em que os participantes, enquanto colegas, não fujam ao assunto e permaneçam capazes de negociar." (In: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p.44-45).

²³⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985, p.7-15.

Daí porque, segundo Luhmann:

A legitimação pelo procedimento não é como que a justificação pelo direito processual, ainda que os processos legais pressuponham um regulamento jurídico; trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos; trata-se, portanto, do acontecimento real e não duma relação mental normativa. Não existe um conceito sociológico de procedimento que exprima esse dado empírico.²³⁶

Nessa senda, sob uma perspectiva sistêmica, a negociação coletiva oportunizará um maior aprendizado decorrente do papel exercido pelos partícipes enquanto requerentes/requeridos, e não como empregados hipossuficientes ou empregadores descompromissados.

Importante ressaltar, por fim, que num momento reconstrutivo a proposta crítica deve partir de instituições e formas de pensar concretas que consagrem valores de solidariedade e inclusão social, e que possam efetivamente, firmar a interdisciplinaridade de temas relacionados ao direito, suplantando, assim, o formalismo jurídico.²³⁷

CONCLUSÕES

A noção de direito suscita questionamentos infundáveis. E quando se pensa que a defesa de uma tese ou da melhor resposta parece pôr um fim a essa celeuma jurídica, em realidade, pode-se constatar a presença de novos questionamentos em virtude da alteração do contexto fático e social.

²³⁶ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p.35.

²³⁷ Como se vê do seguinte trecho da obra de MAURICIO GARCIA VILLEGAS e CÉSAR A. RODRIGUES: "*De otro lado, en un momento reconstructivo, los estudios críticos deben ir más allá de la demolición de la tradición con el fin de proponer prácticas, instituciones y formas de pensar concretas que encarnen valores de solidaridad e inclusión social y que representen alternativas viables y creíbles al estado de cosas existente. Es en esta dialéctica entre deconstrucción donde se encuentra el desafío para los estudios interdisciplinarios críticos sobre el derecho.*" (VILLEGAS, Mauricio García; RODRIGUEZ, César A. **Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos**. In: www.idp.edu.br/.../536-villegas-mauricio-garcia).

Se a sociedade é mutável, o direito também o é. Daí porque fatores sociais, políticos e econômicos, muito embora se constituam em subsistemas autônomos, não podem ser descartados do processo decisório.

O procedimento é o instrumento apto para que se efetive a comunicação e a própria positivação do direito através da generalização de condutas, na medida em que a permite, justamente, a análise contrafactual da ação, que irá desembocar na elaboração normativa. A norma se legitima, portanto, por meio de contingências e expectativas generalizadas.

Portanto, entende-se que a obrigatoriedade de negociação para a dispensa em massa de empregados, sufragada pelo Tribunal Superior do Trabalho, encontra guarida na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, na medida em que reduz a contingência e desvincula os parceiros envolvidos na contenda de propostas infrutíferas e infundadas, transportando legitimidade ao procedimento.

Por fim, sob outro prisma, defende-se o cumprimento da função social da empresa, a qual deverá atuar com boa-fé e reciprocidade no momento da dispensa em massa de empregados, minimizando o seu impacto em ramos diferenciados, como os subsistemas econômico e social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANUÁRIO DO DIEESE: Rotatividade e políticas públicas para o mercado de trabalho/Departamento Intersindical de Estatística Estudos Socioeconômicos. São Paulo: DIEESE, 2014 (Acessível em: <http://www.dieese.org.br/livro/2014/livroRotatividade.pdf>)

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil. Londrina. Ed. Humanidades, 2004.

HONNET, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p.194).

LUHMANN, Niklas. I Diritti Fondamentali come istituzione. Trad. p. Italiano Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1983.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985.

LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 3. ed. Ed. Saraiva. 2012.

MARX, Karl. Manuscritos Econômico-Filosóficos. São Paulo: Editorial Boitempo, 2004.

NINO, Carlos Santiago. Introdução à Análise do Direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 1. ed., 2010, p.31-32.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA FILHO, Cláudio Dias. Pluralidade sindical e democracia. 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo: LTr, 2013.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Globalização, integração de mercados, repercussões sociais: perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil. Revista do TST, Brasília, v. 69, n. 1, jan/jun, 2003.

PINTO, Roberto Parahyba de Arruda. O poder normativo da justiça do trabalho sob o enfoque da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Ano 4, n. 8, julho-dezembro, 2001.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1979.

SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradutor Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

SOUZA, Otávio Augusto Reis de. Nova teoria geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo, et. al. Instituições de Direito do Trabalho. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005.

VILLEGAS, Mauricio García; RODRIGUEZ, César A. Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. In: www.idp.edu.br/.../536-villegas-mauricio-garcia.

XIMENES, Júlia Maurmann. A judicialização da política e a democracia – o papel do campo jurídico. RIDB, Ano 1 (2012), nº 11.

A DECISÃO JUDICIAL MAIS ADEQUADA À “CONSTITUIÇÃO PERSONIFICADA” NO ATUAL CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E O PARADIGMA DA “ROUPA INVISÍVEL” DA INTERPRETAÇÃO POSITIVISTA

Iuri Bolesina²³⁸
Felipe da Veiga Dias²³⁹

Resumo: A partir das premissas do Constitucionalismo Contemporâneo no Estado Democrático de Direito brasileiro, com o auxílio da lógica fenomenológica, tenciona-se o debate sobre temas atuais que orbitam a interpretação e a decisão judicial. Neste sentido, num primeiro momento se analisou os variados “adjetivos” do positivismo jurídico e como ele tem a capacidade de se transmutar e se adaptar para permanecer presente nas práticas jurídicas. Em seguida, se trabalhou com a temática dos princípios e direitos fundamentais implícitos, rogando pela diligência crítica na sua análise para que evite a criação e proliferação de engodos jurídicos. Ato contínuo, tratou-se da discricionariedade judicial e da inexistência de múltiplas respostas corretas. Isso se fez a partir da ideia da “Constituição Personificada”, visando demonstrar que há, sim, uma interpretação, uma resposta, melhor/mais adequada perante a Constituição, muito embora a certeza de tê-la encontrado não exista. Ao fim, se trabalhou com a decisão judicial, tendo como ponto de partida a perspectiva da “boa decisão”. Verificou-se que existe uma diferença clara entre escolha e decisão, que se aloja na justificação da fundamentação judicial. Neste sentido, se avaliou, como exemplo, as perspectivas de avanço que pretende o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, especialmente no que toca a interpretação/decisão adequada a Constituição.

Palavras-chave: Interpretação. Decisão Judicial. Discricionariedade. “Constituição personificada”.

²³⁸ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional – IMED. Professor da Escola de Direito da Faculdade Meridional - IMED. Advogado. E-mail: iuribolesina@gmail.com.

²³⁹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista da CAPES (nº 12333/13-1) - Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito – PUC/RS. Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil, Professor da Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES). Advogado – felipevdias@gmail.com.

Abstract: From the premises of Constitutionalism in Contemporary Brazilian Democratic State of Law, with the aid of phenomenological logic, intended the debate on current issues which orbit the interpretation and court decision. In this sense, at first analyzed the various "adjectives" of the positivism and how it has the ability to mutate and adapt to remain present in legal practices. Then we worked with the theme of implicit principles and fundamental rights, pleading for their diligence in critical analysis to avoid the creation and proliferation of legal deception. Immediately thereafter, treated of judicial discretion and the absence of multiple correct answers. This is made from the idea of "Embodied Constitution" intended to demonstrate that there is, yes, an interpretation, an answer, better/more appropriate before the Constitution, although the sure to have found it does not exist. At the end, we worked with the court decision, taking as its starting point the perspective of "good decision". It was found that there is a clear difference between choice and decision, which is housed in the justification of judicial reasoning. In this sense, we evaluated, for example, the prospects of advancement you want the draft of the New Code of Civil Procedure, especially regarding the interpretation/the proper decision to Constitution.

Key words: Interpretation. Judicial decision. Discretion. "Personified Constitution".

INTRODUÇÃO

O advento da Constituição Federal brasileira de 1988, dentre as alterações que proporcionou, realizou uma mudança no paradigma e no modo de se perceber o direito: se antes se vivia sob a lógica do positivismo jurídico, hoje se lida com o pós-positivismo (inserido no constitucionalismo contemporâneo). Essa alteração, para além do básico já desnudado nestas duas décadas de vigência (Constituição como ápice do ordenamento jurídico e como critério de validade, efeito irradiante de seu conteúdo, presença de direitos fundamentais e princípios regentes e condicionante dos demais nichos do Estado e da Sociedade), trouxe a necessidade de se revisar e adequar não

apenas a legislação, mas igualmente as condutas e instâncias político-jurídicas e a forma de se lidar com o direito.

Não obstante tal modificação na teoria jurídica estruturante não foi de toda recepcionada pela dogmática jurídica que insiste em posturas positivistas, notadamente (agora realizando o corte epistémico deste estudo) o Poder Judiciário. Não é novidade que desde a atual Constituição o Judiciário foi elevado para uma posição de destaque, justamente por guardar uma espécie de “última palavra” em termos (de adequação) constitucionais. É possível dizer, na cauda da doutrina especializada, que se no Estado Liberal a proeminência era do Legislativo, e se no Estado Social pertencia ao Executivo, hoje, a saliência é do Poder Judiciário (não se esquecendo, contudo, que tanto o Estado Liberal quanto o Social, e conseqüentemente os Poderes que em destaque estavam, caíram em desconfiança após eventos históricos determinantes: é o que está acontecendo com o Judiciário?).

Neste estudo, portanto, o fio condutor de todo o texto será o constitucionalismo contemporâneo ligado ao pós-positivismo (em face e objeção ao positivismo jurídico) em algumas práticas do Poder Judiciário e de seus atores (magistrados, advogados, promotores, assessores, estagiários, funcionários em geral). Este fio, ao lado da defesa pela integridade, coerência e autonomia do direito, irá condicionar e amarrar de modo determinantes os quatro itens a seres elaborados de forma crítica.

Num primeiro momento, pretende-se situar o objeto da problemática: o positivismo jurídico. Para esse intento irá se transcorrer brevemente o que se denomina (nesta leitura) de “adjetivos do positivismo jurídico”, visando demonstrar que, em verdade, tal teoria jurídica se transmuta e ilusoriamente se adapta as carências jurídicas, mantendo, em contrapartida, seus malefícios.

Ato contínuo e a partir do momento que o objeto de estudo restar situado, se avança para três problemas atuais fundados na temática da interpretação. O primeiro deles é a questão da interpretação (e, por vezes, reconhecimento) dos direitos fundamentais e princípios tidos como implícitos. Para tal desiderato se utiliza do conto a “Roupa Nova do Rei”, de Andersen, e da teoria da Constituição Invisível, de Tribe.

O segundo trata da celeuma da (in)existência de uma resposta mais correta/adequada em um caso concreto perante a Constituição. É neste espaço que também se ataca a ingênua defesa acerca de múltiplas respostas igualmente acertadas perante a Constituição e isso se faz a partir das ideias de “Constituição Personificada” e de “boa decisão”.

Por fim, o terceiro diz respeito a decisão judicial, especificamente sobre a fundamentação (e justificação) da interpretação realizada. Aqui se visa abordar a distinção entre escolha e decisão, bem como as alterações propostas pelo anteprojeto do novo Código de Processo Civil e, por último, as contemporâneas perspectivas sobre o que uma “boa decisão” carece possuir para assim ser considerada.

2. OS “ADJETIVOS” DO POSITIVISMO JURÍDICO

Uma obviedade merece ser destacada de início: “positivismo jurídico” não é sinônimo de “direito posto” (legislado) – muito embora o positivismo se valha do direito posto como uma de suas principais características –. É possível, assim, que em um país de direito legislado, com o é o caso do Brasil, possa-se adotar uma teoria jurídica que não seja o positivismo jurídico. Aliás, desde logo também, reconhece-se que o Brasil, atualmente, adota o constitucionalismo contemporâneo pós-positivista como teoria jurídica. Entretanto, se é assim, por qual razão, ainda hoje, no Brasil, as práticas próprias do positivismo jurídico ainda tem sobrevida e seduzem um considerável punhado de adeptos?

Por certo que toda a estrutura do positivismo representa um arcabouço amplo e complexo, de modo que a abordagem que propõe se limitará aos aspectos mais peremptórios em relação a interpretação judicial no constitucionalismo contemporâneo e, conseqüentemente, no Estado Democrático de Direito. Dito isso: do que se trata o positivismo jurídico?

É possível afirmar que, em realidade, existem “positivismos”, que variam na medida da tradição cultural do país (Alemanha, Itália, França, dentre outros) que o adota. No Brasil, pode-se perceber com clareza que igualmente a “tradição” cultural-jurídica brasileira cunhou algo que pode ser considerado

como um “positivismo jurídico à brasileira” edificado sob forte influência das culturas francesa e alemã²⁴⁰ (sem prejuízo das influências advindas da Itália e de Portugal). Não obstante estas moldagens culturais esses positivismos compartilham de uma espécie de “cadeia evolutiva” que hodiernamente já se encontra em sua terceira geração. Apesar disso, são todos positivismo jurídicos (por compartilharem das mesmas crenças basilares) alterando-se somente o adjetivo empregado²⁴¹.

A primeira geração do positivismo jurídico é identificado com as famosas posturas legalistas e exegéticas, os dogmas da completude e os juízes “boca da lei” (sintomas facilmente perceptíveis na França, por exemplo, ao tempo do Código Napoleônico – 1804). Esta geração do positivismo é comumente adjetivada como “paleopositivismo”²⁴² ou “positivismo primieiro”²⁴³, visando destacar a antiguidades desta perspectiva positivista ou como “positivismo legalista” afim de identificar uma de suas principais características (a subsunção). Neste estágio do positivismo, a interpretação do direito se dava excluindo elementos metafísicos e enfatizando-se o aspecto sintático (no texto das palavras e orações)²⁴⁴, daí porque aos julgadores restava muito pouco espaço de movimentação (espaço “criativo”).

Em seguida, surge a segunda geração do positivismo jurídico (superando, portanto, a primeira geração) cujo seu defensor mais emblemático fora Kelsen (originalmente em 1934 – Teoria Pura do Direito²⁴⁵). Essa fase do positivismo é adjetivada de “positivismo normativista”²⁴⁶, sublinhando os problemas que irão surgir sobre a “norma jurídica” advinda da discricionariedade judicial. Kelsen irá defender uma teoria pura do direito,

²⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

²⁴¹ A expressão “adjetivo” é uma explícita homenagem a ideia de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. *In: Revista da Procuradoria Geral do Estado*. v. 25, nº 56, 2002, p. 25-40. Porto Alegre, Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

²⁴² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. *In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

²⁴³ STRECK, 2012, op. Cit., p. 32.

²⁴⁴ *Ibidem*, loc. Cit.

²⁴⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

²⁴⁶ STRECK, op. Cit.

mirando uma ciência jurídica (de forma a existir o direito que irá tratar de temas conectados a moral, a política, a religião, etc., e a ciência do direito que será o direito de modo mais puro e técnico possível). Também irá advogar que a problemática da interpretação do direito residia menos na sintática e mais na semântica (sentido das palavras e orações), de modo que esta irá “gerar” possibilidades de respostas adequadas ao direito para o julgador, as quais estarão dispostas no interior de uma moldura (de possibilidades), à disposição da vontade (decisão judicial como ato de vontade) do aplicador²⁴⁷. Tal configuração, em sentido oposto ao “paleopositivismo”, engendra um generoso espaço de “criação” no direito ao julgador, tudo a partir da sua discricionariedade (“superando” o problema da aplicação que se depara a primeira fase).

Por fim, há um terceiro momento, surgindo com os Estados Democráticos de Direito, no qual o positivismo jurídico é adjectivado “*Soft-positivism*” ou “positivismo inclusivo”²⁴⁸ e, até mesmo por alguns de “neo-positivismo”²⁴⁹, cuja ideia é de uma impregnação moral na legislação que condiciona a sua validade e a sua interpretação. Tal desiderato será planeado a partir dos princípios e “valores”, ou seja, quando as regras não foram suficientes ou não apresentarem a “clareza” necessária, o julgador terá à sua disposição princípios e “normas de conteúdo indeterminado” que possibilitará uma abertura de sentido, facilitando a tomada da decisão diante das imprevisibilidades dos casos (concretos). Em outros termos, neste estágio do positivismo, o julgador conta com a sua “moldura de opções”, só que agora recheada de “princípios e ‘normas’ abertas” o que aumenta desmedidamente a discricionariedade judicial, notadamente com países como o Brasil, no qual a

²⁴⁷ KELSEN, op. Cit., p. 247: “O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. [...] Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente há várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente.”

²⁴⁸ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁴⁹ “Neo-positivismo” não se confunde com o “neoconstitucionalismo(s)” que irá, em medida considerável, se opor às posturas positivistas. Para mais ver ARIZA, Santiago Sastre. *La Ciencia Jurídica ante elNeoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 75-98.

Constituição é analítica em termos de direitos fundamentais e princípios constitucionais. É, na verdade, um “neo-positivismo-normativista”, pois a discricionariedade Kelseniana ainda é aceita, porém, agora tem a possibilidade de restar velada (esquivando-se de eventuais críticas) sob (em nome de) um princípio ou de uma norma de conteúdo “aberto”.

Ademais, é neste período que aparecerá o que se convencionou chamar de “pós-positivismo” aonde de um lado se mantiveram as práticas e raciocínios positivistas e, de outro lado, se seguiu rumo ao constitucionalismo contemporâneo. É preciso ser crítico, portanto, para saber distinguir as teorias do pós-positivismo que se aproximam do constitucionalismo contemporâneo das teorias do “pós-positivismo” que não superam os positivismos predecessores, sugerindo meros ajustes como superação dos dogmas positivistas.

É também nesse terceiro momento que, ao menos no Brasil, uma parcela dos juristas acaba realizando a confusão entre o constitucionalismo contemporâneo e o “neo-positivismo” (e com *àquele falso “pós-positivismo”*); entre o que significou (impôs) e significa (impõe) o constitucionalismo contemporâneo e entre o que é (tenta ser) o denominado “neo-positivismo” (e *àquele falso “pós-positivismo”* igualmente), notadamente em termos de interpretação do direito e de decisão judicial. E os efeitos dessa confusão são diários e nefastos e em geral desaguam em posturas antidemocráticas e na discricionariedade judicial; em situações que vão de condutas consubstanciadas em falas do tipo “no exercício da jurisdição, o juiz é soberano. Não há nada que a ele se sobreponha. Nem a própria lei [...]”²⁵⁰, que perpassam pela utilização manipulada e egoísta da Constituição (solipsismo, decido conforme minha consciência, dentre outras falácias decisionistas) e pelo emaranhado das “criações jurisdicionais” (ativismos, protagonismos, pamprincípios, etc.) e que terminam na extrapolação dos poderes e das competências constitucionalmente impostos (inconstitucionalidades).

Enfim, é hora de se perceber que o positivismo jurídico, sob qualquer de seus adjetivos, até mesmo daqueles que serão criados, não se

²⁵⁰ SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

coaduna com as pretensões do Estado Democrático de Direito e do constitucionalismo contemporâneo pós-positivista em relação a atuação jurisdicional, até mesmo se opõe em boa medida a elas— não se olvide que atualmente todo ato judicial é um ato de jurisdição constitucional²⁵¹—. Posições que apostam e defendem “ativismo”, “ponderações” e “protagonismos” não percebem que ingressam num constante jogo de “sorte ou azar” onde um dos dados é a discricionariedade do julgador²⁵²: o fato de existirem julgadores não-discricionários (não-arbitrários) de longe não significa que não existam os discricionários (arbitrários).

Não é demasiado recordar que uma postura positivista pode ter tanto (e ao mesmo tempo se quiser) uma posição objetivista onde a partir da lei se “pode tudo” ou se “pode nada”, quanto uma posição subjetivista, onde a decisão depende (rá) da vontade, dos valores pessoais, da ponderação e/ou do significado próprio de justiça²⁵³. Daí porque, como defende Streck²⁵⁴, cumprir a letra (fria) da lei (constitucionalmente adequada) não necessariamente é uma postura positivista, mas sim democrática e deferente à Constituição, da mesma forma que ter uma atuação substancialista ou concretista (por parte da jurisdição) alinhada com a lógica constitucional não é uma atitude positivista. Como se vê, embora alguns não se digam e não queiram ser epitetados de positivistas, tudo que fazem é mudar o adjetivo (tal como e correspondentemente ao que faz o positivismo jurídico), tendo em conta que mantêm as mesmas práticas (positivistas).

Por fim, válido destacar, pois isto irá percorrer o restante do texto, que as objeções ao positivismo e a discricionariedade que ele confere ao julgador não significam proibições ou impedimentos ao ato de interpretar. Pelo contrário, é, na verdade, uma preocupação com o modo e com o controle da interpretação, para que ela seja harmônica não apenas com a Constituição,

²⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade*: algumas observações sobre o Brasil. Revista Estudos Avançados, n. 18 (51), 2004, p. 134.

²⁵² Neste sentido vale recordar a obra “Gargântua e Pantagruel” de RABELAIS, François. *Gargântua e Pantagruel*. Belo Horizonte: Itatiaia, 2003.

²⁵³ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial*: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013, p. 36-37.

²⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra dura da lei” é uma atitude positivista? In: *Novos Estudos Jurídicos*, 2010, p. 158-173.

mas igualmente com a integridade, a coerência e com a autonomia do (e no) direito; uma vez que não basta “qualquer” resposta adequada com a Constituição sobre “qualquer” coisa.

3. “(H)A ROUPA NOVA DA CONSTITUIÇÃO(?)”

Há na literatura um famoso conto escrito originalmente em 1837 por Hans C. Andersen²⁵⁵ chamado “A roupa nova do Rei”. Tal conto, em síntese, narra como dois vigaristas, que diziam-se tecelões, enganaram um Rei (e um punhado de súditos), valendo-se do orgulho e vaidade deste(s). No conto, a dupla de enganadores chega na Cidade em que o Rei residia anunciando serem famosos estilistas que fabricavam os melhores e mais belos tecidos do mundo, os quais somente podiam ser vistos pelas pessoas inteligentes ou pelas pessoas que fizessem seu trabalho direito. Caso contrário, afirmavam os tecelões, os tecidos fabricados “pareceriam” invisíveis.

Uma vez que o Rei tomou conhecimento da presença dos “alfaiates”, rapidamente os contactou para que lhe fizessem o traje mais digno da sua posição real. Os embusteiros não perderam tempo e logo solicitaram ao Rei dinheiro, seda e fios de ouro que seriam convertidos no tecido “especial”, pedidos que, aliás, eram constantes. Enquanto o traje real era “confeccionado”, o Rei, de tempos em tempos, mandava um de seus súditos de confiança verificar o andamento do trabalho dos ardis tecelões. Um a um e sem exceções, todos os súditos enviados pelo Rei, quando diante do “traje”, nada conseguiam ver, porém, jamais reconheceram isso, pois, se o fizessem ou seriam burros ou seriam trabalhadores incompetentes.

Em um certo dia, o Rei resolveu ir pessoalmente verificar o seu traje e, logicamente, nada enxergou. Mesmo assim, não podia admitir ser um burro ou alguém que não servia para ser imperador e, portanto, aprovou a vestimenta. No dia seguinte, a roupa nova do Rei estava “pronta” e ele foi às ruas desfilá-la. Como era de se esperar saiu nu. As pessoas estranharam, mas nada falaram, uma vez que não queriam ser tachadas de burras ou

²⁵⁵ ANDERSEN, Hans C. A roupa nova do rei. In: *Histórias maravilhosas de Andersen*. Copilado por ASH, Russel; HIGTON, Bernard. São Paulo: Companhia das Letrinhas, 1995, p.15-21.

incompetentes. Coube a uma criança revelar o óbvio: o Rei nada vestia; estava nu! O Rei sabia, assim como a maioria dos súditos, que as roupas não existiam, mas por orgulho e vaidade, este não quis admitir e seguiu seu desfile.

Durante todo o engodo, os tecelões fingiram trabalhar com afinco para terminar a nova roupa do Rei: faziam movimentos dissimulados que davam a entender que eram verdadeiros alfaiates e que estavam trabalhando corretamente. Diziam usar as técnicas e as costuras corretas. Ao fim, tudo não passava de uma patranha: uma mentira que os ardilosos tecelões estavam cientes e que os demais cidadãos ou não queriam assumir que haviam sido ludibriados ou, ignorantemente e/ou ingenuamente, não acreditavam ser uma verdade. Afinal, como o invisível naquele caso não existia e assumir que não vê-lo era o mesmo que ser burro ou incompetente, tal invisibilidade, ao fim, dava amplo espaço para os *astutos* tecelões agirem.

No campo do direito a lógica e a moral deste conto se perpetua. Para tal afirmação aqui é preciso fazer uma rápida e superficial alusão a tese da Constituição Invisível de Laurence H. Tribe²⁵⁶. Em seu estudo, Tribe defende que para além do visível no texto constitucional existe um conteúdo invisível (não-escrito) que igualmente compõe a Constituição e que autoriza a validade do texto escrito (Constituição Invisível como nexos relacionais primordiais da sociedade com a política, a moral, a justiça e com o texto escrito da Constituição)²⁵⁷. A lógica é estruturada sob a Constituição americana e seus 27 artigos, daí porque estudiosos da tese (da Constituição Invisível ou da Constituição Não-escrita, similarmente) afirmem a necessidade deste reconhecimento nos Estados Unidos²⁵⁸, dada a mínima quantidade de texto escrito. No Brasil, não obstante se reconheça a Constituição como analítica (ou prolixa), em razão dos seus 250 artigos, há entendimento sobre um conteúdo velado (ou implícito)²⁵⁹⁻²⁶⁰, seja no próprio texto, seja no espaço não-

²⁵⁶ TRIBE, Laurence. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

²⁵⁷ Op. Cit., p. 9.

²⁵⁸ SEGALL, Eric. Lost in space: Laurence Tribe's invisible constitution. In: *Georgia State University College of Law, Legal Studies Research Paper*, n. 2009-08, vol. 103, 2009, p. 434-447.

²⁵⁹ Fato que, aliás, fica reforçado pela própria abertura que o Art. 5º, § 2º, da Constituição proporciona.

²⁶⁰ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

escrito – tudo sendo encontrado através da interpretação(a norma) –tal como princípios e direitos fundamentais implícitos/tácitos (que, ao fim, são invisíveis/velados sem interpretação e só podem ser visíveis/desvelado com ela, mas que já estão no âmago da Constituição).

Logo, pode-se resumir que a Constituição invisível nada mais é do que o núcleo e a matéria escura (*darkmatter*) que alia-se invisivelmente a Constituição escrita, é determinante para o fechamento correto da Constituição escrita²⁶¹ e que somente é encontrada por meio da interpretação (detalhe este que Tribe relega à segundo plano ao afirmar que sua tese se dedicará majoritariamente a entender e traçar o perfil da Constituição invisível, a fim de que qualquer um possa entendê-la e minoritariamente em quem e como a interpreta²⁶²). Diante disso, reforça-se a percepção de que a Constituição (também a brasileira) é, de outro modo, tida como aberta, já que para a sua leitura, nos pontos visíveis e invisíveis, a interpretação é mecanismo necessário, sendo que este mecanismo pode (e deve) ser operado por todos que vivem a Constituição, num infinito ciclo de verificação da realidade para com a Constituição e vice-versa.

Ademais neste aspecto reside a diferença fundamental entre a invisibilidade abordada por Tribe e a invisibilidade da “Roupa nova do Rei” escrita por Andersen, pois a primeira é encontrável pela interpretação e a segunda não, pois sequer existe; a primeira conforma o núcleo e o fechamento da estrutura da Constituição e a segunda é mero (auto)engodo. Assim, um leitor que já esteja seguindo a trilha lógica deste texto se questionaria: então por que a comparação entre a invisibilidade da “Roupa nova do Rei” e a “Constituição invisível”? E a resposta é objetiva: porque aqui se está(rá) a tratar do ato e da “*invisibilidade criada*” pelos *espertos* alfaiates (aquela inventada, que não existe e que serve para lograr os demais).

Não obstante escrito em 1837, a lógica do conto de Andersen é teimosa e sobrevive, sendo que no direito afeta drasticamente a aplicação da (respeito a) Constituição, em especial pelos poderes do Estado. A interpretação da Constituição (e conseqüentemente a sua aplicação – ato hermenêutico uno)

²⁶¹ TRIBE, op. Cit., p. 22.

²⁶² Op. cit., p. 9.

pelo Estado tende a ser discutida em última instância no e pelo Poder Judiciário e, portanto, a análise desenvolvida agora se dá especificamente sobre esse poder e seus agentes²⁶³.

O cotidiano jurídico (forense, acadêmico, etc.) revela (infelizmente) diariamente a lógica da “Roupa nova do Rei”. A realidade vem plasmada em comportamentos que são atacados/denominados como ativistas (e sua irmã gêmea bivitelina, a autocontenção), pamprincipiológicos, de enunciação performativa, discricionários, solipsistas, positivistas, todos frutos da compreensão inadequada do que o constitucionalismo contemporâneo significou (impôs) e significa (impõe), bem como da perpetuação da baixa constitucionalidade no ensino e na prática jurídica²⁶⁴. Para a crítica que se faz e em relação a Constituição Invisível (não-escrita) basta observar dois: o ativismo judicial e a pamprincipiologia.

O ativismo judicial²⁶⁵ é figura polêmica que transita entre extremos que, de um lado o demonizam e, de outro lado, o santificam. Tal figura não possui conteúdo definível em definitivo e que, em geral, está vinculado à ideia de um agir deliberado do julgador, consubstanciando, via de regra, na performance “criativa” do julgador, que tende a desembocar num “ir além” do que pode e/ou do que deve fazer; do mesmo modo sua irmã gêmea bivitelina, a autocontenção, que pode representar igualmente uma postura “criativa” do julgador num “ficar aquém” do que pode e/ou do que deve fazer. Em qualquer dos casos fazer além/aquém do que se pode e/ou do que se deve – quando possível tal conclusão – configura uma inconstitucionalidade, dado o desalinhamento da conduta aos limites formais e/ou materiais autorizados pela Constituição²⁶⁶. Tal atitude – ativismo –, não raras vezes, é utilizada em nome

²⁶³ Magistrados (de qualquer nível e instância), promotores, advogados, funcionários públicos, cargos de confiança, estagiários e acadêmicos (docentes e discentes) do direito.

²⁶⁴ STRECK, 2012, op. Cit., p. 94-97.

²⁶⁵ Interessante recordar que o ativismo judicial não se confunde com a judicialização. A judicialização (do direito e/ou da política), *grosso modo*, é *fato* que afeta o Judiciário e o ativismo é *comportamento* deliberado do julgador, como bem destaca ITO, Marina. *Judicialização é fato, ativismo é atitude*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em: 11 de maio de 2011.

²⁶⁶ GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 179 destacam como comportamentos ativistas: “(a) O alargamento da aplicabilidade do texto constitucional, a abarcar, inclusive, casos não expressos; (b) o abrandamento das exigências para a declaração de inconstitucionalidade; (c) a definição de políticas públicas quando não se

da Constituição invisível (ou por um de seus semelhantes: valores/princípios/direitos fundamentais velados/tácitos/implícitos/decorrentes). O dano se apresenta quando a invisibilidade anunciada não é a fidedigna, mas sim a da “Roupa nova do Rei”, aquela que é inventada propositadamente para enganar.

É necessário, contudo, alertar que “ativismo” e uma “postura substancialista ou concretista” por parte do julgador são situações diferentes. Destaca-se isso em razão de que existem afirmações que partem danoção (equivocada)de que, em síntese: “o ativismo judiciário somente se justifica pelo compromisso de efetivação dos direitos humanos fundamentais”²⁶⁷, ou seja, se for em prol dos direitos fundamentais “vale” ser ativista, se não, não. A insuficiência desta perspectiva se dá primeiro porque quando o Judiciário decide em prol dos direitos fundamentais (de modo substancialista ou concretista) está, na verdade, zelando pelo seu dever constitucional de proteção (*schutzpflicht*) e pela própria normatividade constitucional e, portanto, desde que não vá além do que pode e do que deve fazer, não está sendo ativista²⁶⁸, pois está utilizando suas competências e poderes conforme a própria determinação da Constituição.

Por seu turno, o pamprincipiologismo²⁶⁹ é visto como a prática instituída em grande parte pela atuação dos tribunais e em outra parcela pela doutrina, que consiste em encontrar (mormente *na* “lógica constitucional”) e criar (mormente *da* “lógica constitucional”) “novos princípios” que, na realidade, não residem na Constituição (visível ou invisível) e nada têm de princípios. São eles, os pamprincípios, criações que servem para resolver um caso concreto e que por motivos “inexplicáveis” acabam seguindo no sistema judicial pelo seu uso reiterado e irrefletido. A crítica a tal conduta, não fosse suficiente a questão

verifica a exigência e/ou previsão constitucional acerca da sua criação, mas, apenas uma norma programática e de eficácia limitada, de modo a interferir no espaço de discricionariedade do poder público quanto à forma de efetivação de determinado direito social; e (d) a eventual prolação de decisões cujo fundamento não é deduzido (nem pode ser reconduzido) a um elemento normativo-constitucional.

²⁶⁷ BRANCO, Ana Paula Taucedá. *O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho*. 2010. Disponível em: < <http://www.amatra17.org.br/arquivos/4ac2c477939c9.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

²⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 335.

²⁶⁹ STRECK, 2012, op. Cit. p. 517.

da densidade normativa, ocorre pelo fato de que os pamprincípios são utilizados como salvo condutos teóricos inventados para condicionar o caso concreto à vontade do aplicador do direito (seja ele julgador, promotor, advogado, doutrinador). Acabam se tornando supertrunfos que, através da invisibilidade constitucional da “Roupa nova do Rei” (aquela que não existe e só serve para enganar), burlam a Constituição e/ou as leis em geral, encontrando e criando um “novo princípio” que trata daquilo que o aplicador do direito gostaria que ele tratasse²⁷⁰.

Qualquer uma das duas posturas – ativismo judicial e pamprincipiologismo – são formas de driblar a integridade do direito. Nesse norte é preciso recordar que do exegeta subsuntivo até o ativista pampricipiologista (que correm ao lado dos adeptos da discricionariedade judicial de Kelsen, portanto) todos podem usar destas artimanhas, ou seja, tanto aquele “objetivista” que aplica a “letra fria da lei” inconstitucional (já que a lei somente conta com uma presunção de constitucionalidade), quanto aquele “subjetivista” que é ativista e/ou que aplica o pamprincípio (em nome da “constitucionalidade”) podem ser utilizadores da invisibilidade (enganadora) da “Roupa nova do Rei” em “nome” da Constituição. Em alguns casos, invocar a Constituição Invisível configura verdadeiro “atalho” aberto à margem da Constituição (visível e invisível), pois não é necessário encontrar a *Constituição invisível*, quando a norma (a norma e não necessariamente o texto) é suficientemente clara, visível e constitucionalmente adequada.

É preciso estar atento para não confundir a Constituição invisível de Tribe com a invisibilidade narrada por Andersen. Mais atento ainda para não se deixar enganar pela invisibilidade da “Roupa nova do Rei” como se idêntica ou parte da Constituição invisível fosse. Os efeitos do uso da parte velada da Constituição de modo “engenhoso” por “*aqueles*” *tecelões* são nefastos e não circundam apenas as inconstitucionalidades, mas igualmente os sentimentos de injustiça, frustração e receio. Neste sentido, nunca é em ultrapassado recordar a célebre lição de Dworkin que “embora os tribunais possam ter a última palavra, em qualquer caso específico, sobre o que é o direito, a última

²⁷⁰ LUIZ, 2013, op. Cit., p. 67-72.

palavra não é, por essa razão apenas, a palavra certa”²⁷¹(a qual reside na Constituição e somente é demonstrada pela fundamentação, que revela a interpretação, meio pelo qual se pode compreender, interpretar e, daí, verificar a adequação à Constituição).

É preciso, diante do que foi dito, quando anunciada/invocada a Constituição invisível (ou um de seus princípios/direitos fundamentais implícitos) se perguntar se: “está-se diante da Roupas nova da Constituição?” ou, de outro modo, “há roupas nova na Constituição?”. Não se pode aceitar, afinal, que “*aqueles*” *tecelões* e “*aqueles*” súditos “*inteligentes*” ou “*competentes*”, “indiquem” definitivamente o conteúdo velado da Constituição, já que certamente não são eles que realiza(ria)m a interpretação correta da Constituição. O revés disso é equivalente a vestir o traje confeccionado por *aqueles* tecelões e se achar em gala.

4. A “CONSTITUIÇÃO PERSONIFICADA” E A RESPOSTA “MAIS” ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO

Em termos de interpretação constitucional a ideia de relatividade é muito mais uma criação – quiçá uma necessidade – humana, do que um fato incontestavelmente verdadeiro. Não no sentido de que sempre houvesse consenso, mas na forma de que independentemente da perspectiva que se inicia, ao final do processo interpretativo, somente existiria uma resposta mais/melhor adequada à Constituição (não necessariamente a única correta). O fato de existirem inúmeras interpretações para uma mesma situação não significa (nem nunca irá significar) que não exista uma interpretação que seja mais adequada em relação a algo (ou mesmo o inverso: uma interpretação menos adequada do que a outra). Veja-se isso a partir de uma fábula que é suficiente para exemplificar e aclarar o que se diz.

Imagine-se que no Brasil, no ano de 2014, a Constituição Federal se personifica-se. À “Constituição Personificada”, evidentemente, teria jurisdição e competência para julgar todos os casos envolvendo a interpretação de princípios constitucionais e/ou direitos fundamentais. Para cumprir o seu

²⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 171.

encargo, a “Constituição Personificada” levou em consideração o constitucionalismo contemporâneo (e as especificidades dele advindas). Ainda, a “Constituição Personificada” incorporou perfeitamente a integridade²⁷² e a autonomia do direito, de modo que sempre consideraria o que se decidiu até hoje e o que se espera para o futuro em termos constitucionais, sem se deixar levar por pressões externas e ilegítimas sobre a sua pessoa. Chegou-se à conclusão, assim, que ninguém era melhor do que a “Constituição Personificada” para falar dela mesma, ou seja, para “dizer” o que “ela entende como “mais” correto em termos constitucionais.

Sempre que instada à interpretar um caso concreto, a “Constituição Personificada”, depois de explicar plenamente as razões da sua decisão, decidia sem titubear, pois ela sabia o que entendia como “mais” correto para si. Isso se dava porque a “Constituição Personificada” conseguia explicitar de modo autêntico²⁷³ a sua “personalidade”, revelando, assim, os seus princípios/direitos fundamentais e como os utilizava (seguidamente ela dizia “isso vai contra os meus princípios” ou “isso está de acordo com os meus princípios”). Em todos os casos que julgou, somente tinha uma posição final, uma resposta definitiva para *aquela* caso concreto – não obstante sempre considerasse outras respostas que também eram (menos) acertadas diante do seu conteúdo e da sua integridade.

Muitos juristas tentaram dizer que era impossível existir apenas uma resposta correta e a “Constituição Personificada” sempre lhes explicava que, apesar de em alguns casos existir mais de uma resposta correta e, portanto, dissenso sobre a melhor decisão²⁷⁴, era apenas uma destas respostas que era a mais adequada perante ela (a Constituição), de modo que tal resposta era vista como a melhor, a mais correta. Estes mesmos juristas diziam que em um caso concreto dois julgadores íntegros e dedicados verdadeiramente ao direito

²⁷² DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271-272.

²⁷³ Aclara-se que a expressão “autêntica” não é utilizada em referência ao debate travado pelos interpretativistas e pelos não-interpretativistas. A expressão pretende significar que a Constituição está falando por si mesma e não através de um terceiro (como acontece quando o magistrado fala por ela).

²⁷⁴ Uma interessante perspectiva é trazida por GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 159-160 ao tratar, a partir de Dworkin, que se não é possível dizer que há uma resposta correta, é igualmente pouco razoável crer que o padrão seja a existência de “nenhuma resposta correta”.

poderiam, em sua interpretação, chegar em conclusões diferentes. A “Constituição Personificada” sempre lhes respondia que, ainda que ambas as respostas fossem adequadas à Constituição, apenas uma destas respostas seria a “mais” adequada, pois não fosse assim qualquer uma das duas serviria, bastando que uma das duas fosse “sorteada” para o caso.

Havia ainda uma terceira pergunta sempre indagada que era como a “Constituição Personificada” sempre encontrava a melhor resposta. Ela respondia que para ela era muito fácil, pois se conhecia muito bem, diferentemente daqueles que a interpretavam, porém sem a conhecer adequadamente, assim como aqueles que achavam que a conheciam: afirmava a “Constituição Personificada” que a eles faltava a adequada (pré)compreensão²⁷⁵. Finalizava essa resposta asseverando que, mesmo aqueles a conheciam muito bem, deveriam passar muitas horas na busca pela resposta correta, sem ter a convicção, ao final, de que a encontraram.

Se a Constituição restasse personificada, ela falaria o que entende “do caso” real debatido em uma única resposta que, obviamente, seria a correta (a “mais” adequada para a Constituição). Quando questionada sobre qualquer assunto constitucional numa realidade concreta (sobre ela mesma, portanto), ela, a “Constituição Personificada”, teria apenas uma resposta eleita como a melhor de todas.

A “Constituição Personificada”, hipoteticamente, poderia dizer “sou a favor disso”; ou “sou contra isso”; ou “sou a favor disso, porém, para que isso seja aprovado é necessária uma Emenda Constitucional”; ou “sou contra isso e nem mesmo com uma Emenda Constitucional será possível aceitar” (dentre outras possibilidades), mas ela nunca responderia ao mesmo tempo de modo contraditório a mesma pergunta. Crer nesta possibilidade é equivalente a aceitar que, diante do caso concreto, poderiam haver duas respostas opostas igualmente corretas (que “depende” – e no caso concreto nunca “depende”). É o mesmo que dizer que a “Constituição Personificada” responderia “Sim. Não.”. Resumindo de modo simplista: se questionada a “Constituição Personificada” ou ela responderia pelo caminho do “sim” ou ela responderia pelo caminho do “não”; mas nunca responderia no mesmo momento que sim e

²⁷⁵ STRECK, 2013, op. Cit., p. 235.

que não quanto ao mesmo objeto na mesma temporalidade (como ocorre na jurisprudência e que é sintomático da pulverização interpretativa que se apresenta contemporaneamente – o denominado “estado de natureza hermenêutico”)²⁷⁶.

Aceitar múltiplas respostas igualmente “mais” corretas ou opostas entre si como igualmente “mais” corretas em um caso concreto significa que a “Constituição Personificada” é acometida de transtorno dissociativo de identidade (originalmente conhecido como transtorno de múltiplas personalidades). É dizer que a “Constituição Personificada” saberia quem é e o que quer. O que pode ocorrer é que quem a interpreta não a conheça efetivamente (desconhecendo, portanto, a sua “personalidade”: os seus princípios, seus anseios e a sua lógica) e, em assim sendo, ficaria em dúvida (às vezes até em contradição) sobre o que seria mais adequado para a Constituição, aceitando, fadidamente, múltiplas respostas igualmente “mais” corretas. Na impossibilidade de se deixar guiar pela “Constituição Dirigente”²⁷⁷, este malfadado intérprete age forçadamente manipulando o que passa a ser a “Constituição Dirigida”²⁷⁸.

O grande “problema” é que tal qual o juiz Hércules de Dworkin²⁷⁹, a “Constituição Personificada” não existe, o que não significa, entretanto, “carta branca” para o intérprete. Trata-se, então, não de como o juiz perfeito agiria, mas, em outro sentido, de como os juízes (sempre) falíveis deveriam agir, cientes de sua falibilidade²⁸⁰. Ademais, primeiro, no Brasil, pelo menos desde a Constituição Federal de 1988, reconhece-se que o ponto de partida e o ponto de chegada para qualquer interpretação é a Constituição. Significa ver “a Constituição como Princípio”²⁸¹ que dá sentido na e para a interpretação constitucional (o intérprete não parte do nada ou de qualquer lugar, visando

²⁷⁶ Op. Cit., p. 304.

²⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra. 2001.

²⁷⁸ Aqui no sentido de manipulação intencional do conteúdo constitucional em benefício ou a partir do entendimento isolado do interprete.

²⁷⁹ DWORKIN, 2007, op. Cit., p. 377.

²⁸⁰ SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. Interpretation and Institutions. In: *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 28, 2002, p. 47.

²⁸¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003, p. XV-XVI.

chegar em qualquer lugar)²⁸²⁻²⁸³. Logo, o intérprete sempre deve levar em conta o que a Constituição (Personificada) observaria; a integridade, a coerência e a autonomia do (e no) direito. O julgador deve estar agrilhado, de um lado, pela a Constituição e, de outro lado, pela integridade, pela coerência e pela autonomia do direito, evitando-se fugas da realidade, os quais poderiam levá-lo para onde quiser e como quiser. Segundo, em razão de ditas figuras “místicas” não existirem torna-se ainda mais peremptório que o compromisso constitucional pela busca pela resposta mais/melhor adequada à Constituição seja incansável pelo julgador.

Desse modo para que isso seja possível, de plano é preciso se dar conta de que o constitucionalismo contemporâneo trouxe como uma de suas novidades a presença de princípios e direitos fundamentais de conteúdo “poroso”, o qual, apesar de contar com algum espaço de matéria imprecisa (logo não rígida, inflexível ou pontualmente específica) que possibilitaria a solução as variações da realidade não previstas na legislação, possui limites máximos e mínimos que evitam que sejam utilizados de qualquer forma em qualquer situação. Este conteúdo poroso é um dos elementos centrais do estudo da problemática na interpretação/aplicação constitucional, pois é ele quem dá azo a ideia de que a interpretação “pode variar” e de que existam, perante a Constituição, inúmeras respostas possíveis e todas igualmente “mais” adequadas à Constituição para a solução dos litígios envolvendo princípios e/ou direitos fundamentais. Não se pode olvidar que este conteúdo, ao fim, não é o responsável pela abertura interpretativa, mas sim pelo fechamento da interpretação²⁸⁴.

Destarte, ao contrário do que se defende comumente, o conteúdo dos princípios e/ou dos direitos fundamentais não é “aberto”, ou seja, sem limites; tampouco é “resiliente”, de modo que não pode ser submetido as mais variadas *manipulações* (aos mais variados estresses) sem que sofra alguma deformação permanente. A operação de interpretação a partir dos princípios ou

²⁸² STRECK, 2013, op. Cit., p. 331.

²⁸³ É neste sentido que a teoria de Dworkin se aplica de modo ajustado no Brasil. Originalmente, Dworkin irá procurar para consubstanciar a sua “questão de princípios” em valores externos ao campo jurídico. No caso brasileiro, por ser a Constituição analítica, ditos “princípios” advém da própria ordem constitucional.

²⁸⁴ Op. Cit., p. 306-309.

direitos fundamentais (sejam eles explícitos ou implícitos) deve se guiar a partir da integridade, da coerência e da autonomia do direito, formando, muito possivelmente, ao lado do próprio texto²⁸⁵, os principais limites do conteúdo dos princípios e direitos fundamentais. Tanto reforça a ideia de que o intérprete não sai de qualquer lugar para chegar em qualquer lugar: há um sentido pretérito a ser considerado (pré-compreensão).

Ao lado disso, é preciso reconhecer que a interpretação de princípios e/ou direitos fundamentais somente é possível de ocorrer em concreto (no caso concreto). Muito embora se possa em abstrato (hipoteticamente, portanto) considerar algumas possíveis hipóteses e variações de caso e de solução, são somente as singularidades do cenário real (a facticidade) que irão possibilitar a interpretação. É impossível considerar princípios e/ou direitos fundamentais em desarmonia de modo abstrato para fins de interpretação.

Ademais, note-se que também uma pergunta abstrata (como: “o que prevalece a imagem do fotografado na praia ou o direito de imprensa?”) não comportará resposta concreta (pois será mera especulação), já que dependerá de outros elementos que somente serão trazidos pela realidade. E é neste aspecto que quicá resida uma das falácias do positivismo jurídico: a ingênua tentativa de “dar” respostas antes das perguntas²⁸⁶. O que se terá logo no início da interpretação (possivelmente), na ausência de legislação que trate do assunto especificamente, são regramentos tangenciais ou julgamentos anteriores de casos reais (novamente a integridade e a coerência do direito e a pré-compreensão do intérprete vem à cena) que irão dar um “norte” para a decisão correta, como no caso do aborto do feto anencéfalo²⁸⁷, em que se considerou que, apesar do aborto em geral ser proibido no Brasil, existem exceções (legisladas) nas quais a anencefalia foi inserida (judicialmente) por ser hipótese em que o princípio norteador das demais exceções já previstas era o mesmo para o caso do aborto anencefálico, segundo o Supremo Tribunal Federal.

²⁸⁵ Op. Cit., p. 331.

²⁸⁶ STRECK, 2012, op. Cit., p. 66.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54*. Relator Marco Aurélio. Julgado em: 12/04/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 fev. 2013.

Contudo, como não é possível ter plena certeza de se ter alcançado a “resposta correta” (que na verdade é um referencial contrafático) deve-se, ao menos, se tentar (verdadeiramente) chegar até ela e a partir desta tentativa, nascem “boas decisões”²⁸⁸, decisões que levaram constitucionalmente a sério o procedimento e o conteúdo e, na fundamentação exaustiva, aclararam razões suficientes para serem vistas como “a” “resposta correta” (ou seja, a mais harmônica com a Constituição Federal). É destacável, nesta linha, que o teor da decisão judicial, em certa medida, por conta da estrutura dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, possibilita a confecção e a acomodação (nem sempre constitucional) de um discurso ideológico no âmago da sentença de modo expresso ou não e, como tal, reforça alguns pontos enquanto é capaz de ocultar outros. Ou, como quer J. Ignacio Nuñez Leiva²⁸⁹, os juízes, ao operarem o conteúdo dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, podem ser criaturas que dissipam ou criaturas que criam lacunas ideológicas (axiológicas) a partir da Constituição. Tanto ratifica a importância de que o controle da decisão não se dê exclusivamente pelo próprio Judiciário e que se empenhe energias mais no que efetivamente foi dito, a fim de uma análise acerca da averiguação e avaliação dos fatos e da racionalidade dos argumentos sustentados, e menos no que “não foi dito”, naquilo que restou ocultado no texto da sentença ou naquilo que era (mas talvez não tenha sido) “a intenção” do julgador (ou legislador, ou executor) (como querem algumas teorias defasadas de interpretação).

Apesar das críticas e objeções quanto a possibilidade de uma resposta “mais” correta diante da Constituição é preciso reconhecer que ela existe²⁹⁰, sendo que o que não existe é a certeza de tê-la encontrado. É desta conclusão que também nascem as equivocadas ideias que podem existir

²⁸⁸ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 87.

²⁸⁹ LEIVA, J. Ignacio Nuñez. Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas). *In: Estudios Constitucionales: Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, ano 10, n. 2, 2012, p. 522.

²⁹⁰ MOTTA, op. Cit., p. 89: “Revertamos, pois, a(s) pergunta(s): se não há respostas (em Direito) melhores umas do que as outras, por que afinal nos esforçamos tanto em argumentar juridicamente, em nos debruçarmos sobre os casos ditos “controversos”? Se há apenas “respostas”, por que exigir do juiz o dever de fundamentar suas decisões? Mais, por que permitir a fala das partes? Por que submetê-las ao contraditório? Se tudo fica resolvido pela “discrição” do juiz, por que a garantia do segundo grau de jurisdição? Para substituir uma discrição por outra?”.

múltiplas respostas corretas, pelo simples fato de não se poder comprovar que a decisão “X”, em detrimento da “Y”, “W” e “Z”, é a mais adequada à Constituição. Crer na existência de uma resposta “mais” adequada a Constituição, como se demonstrou, não é uma questão de “fé”; é uma questão de “fato”. Se não existisse a resposta correta (a mais/melhor adequada à Constituição) não haveria razão para se manter a o dever constitucional de motivação da decisão (art. 93, IX) ou o devido processo legal em seu conjunto, tampouco de se pensar em reformas ao processo visando o controle da decisão judicial, já que a resposta final poderia ser qualquer resposta (correta) do julgador, indiferentemente de qual dentre as muitas, se fosse o caso.

Não crer na resposta correta (leia-se “mais adequada à Constituição”) é desistir das conquistas do constitucionalismo contemporâneo e do Estado Democrático de Direito, tendo em conta que, ao fim de tudo, estar-se-á admitindo que litígios similares (e até mesmo às vezes idênticos), em mesmo tempo e lugar, podem ter soluções diferentes a partir do “entendimento do julgador” (leia-se: sua discricionariedade) e não do entendimento da Constituição. Qualquer Estado que se adjectiva como Democrático de Direito e que diz ter acolhido o constitucionalismo contemporâneo pós-positivista tem que dedicar relevância destacada à forma e ao conteúdo das decisões judiciais. A “moldura de opções” deixada de legado por Kelsen aos juristas, bem como as variadas formas que daí brotaram, serve muito bem como empecilho ao compromisso para com a resposta correta (mais adequada a Constituição), já que, em uma das possibilidades, faculta que o julgador adegue a decisão – conscientemente ou não – ao seu “sentir”... a sua discricionariedade²⁹¹.

Infelizmente, os magistrados e tribunais, não possuem tempo, estrutura e sabedoria suficiente para, facilmente, resolver todos os casos esgotando todas as possibilidades e alcançando a resposta “mais adequada à Constituição”, fato que afeta criticamente a tomada da decisão e o direito como

²⁹¹ E, neste sentido, se discorda frontalmente de MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 353-354 que defende (1) que a sensibilidade do juiz (sua “visão de mundo”) é uma virtude que deve ser trazida para o seio do julgamento, afim de humanizar a atividade jurisdicional; (2) que a sentença é sempre um *sentir*, um *sentimento* de “fazer justiça” (justiça de quem mesmo?); e (3) que se deve *mesclar* subjetivismo com objetivismo. Contraditoriamente, na mesma página cita Lenio Streck que se opõe a tudo isso.

um todo. Isso não significa, todavia, que possa desistir de tentar se alcançar a resposta mais adequada à Constituição, muito menos que se autorizem discricionariedades judiciais na solução. Não se pode ser ingênuo e pensar que a discricionariedade judicial será sempre “expressa” ou “absurda”, pois pode ela ser “velada”. Aliás, o conteúdo poroso dos direitos fundamentais e princípios, as ditas “cláusulas abertas” da legislação infraconstitucional e as opções dadas ao julgador pela própria legislação, podem se tornar subterfúgios para o aparecimento da discricionariedade judicial.

Como dito, resposta “mais/melhor” correta/adequada perante a Constituição existe, sendo que o que não existe é a certeza incontestável de tê-la encontrado. Neste âmbito, o que ainda hoje se procura incisivamente – e várias opções já apareceram – é um modo efetivo de controle da forma e do conteúdo da decisão judicial a fim de (se “tentar”) chegar e demonstrar a resposta mais adequada à Constituição.

5. A DECISÃO JUDICIAL NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

A resposta correta (para um determinado caso) existe. O fato de existirem inúmeras interpretações para uma mesma situação não significa (nem nunca irá significar) que não exista uma interpretação mais adequada em relação a algo. Assim, há uma resposta mais adequada perante a Constituição: ela existe; contudo, a certeza de tê-la encontrado não. Daí porque se diga que o mínimo que o julgador deve realizar é uma “boa decisão” (aquela que levou constitucionalmente a sério o procedimento e o conteúdo e, na fundamentação exaustiva, aclararam razões suficientes para serem vistas como “a” “resposta correta”), pois essa é possível de certeza e de avaliação racional.

Não se deve olvidar que a legitimidade *na* jurisdição reside efetivamente na sua capacidade aclarar adequadamente a fundamentação de suas decisões, de modo que não basta qualquer decisão é necessário – como quer a distinção de Dworkin – que ela seja uma “boa decisão”. A ideia de “boa decisão”, portanto, rejeita totalmente a visão de que ao julgador cabem “escolhas” e o mero dever de “motivar” a decisão, justamente em razão de que ao julgador foi constitucionalmente imposto o dever de buscar a resposta

(mais) correta/adequada (perante a Constituição) e igualmente o dever de “fundamentar” a decisão – que se alinha a lógica de justificação –²⁹². Estes dois aspectos de enfrentamento – decisão x escolha e fundamentação x motivação – revelam, ao menos, dois tentáculos do positivismo normativista defendido, famosamente, por Kelsen.

Decidir não é sinônimo de escolher. A decisão é algo diferente, maior e mais complexo que uma escolha, primeiro porque, como já visto, o julgador não dispõe de uma “moldura de possibilidades”, na qual estão todas as “respostas” que ele pode adotar para decidir a demanda que aprecia, podendo, dentre estas todas, escolher a que julga ser mais conveniente ao caso concreto. É possível que exista mais de uma resposta correta e também defensável, porém apenas uma delas é a mais adequada perante a Constituição, cabendo ao magistrado encontrá-la (mesmo sem a comprovação de tê-lo feito) e não escolher qualquer uma das duas.

Segundo, porque a escolha significa ter opções (possibilidades) que resolvam a situação concreta de igual maneira e sem prejuízos de relações passadas, presentes e futuras. Se há uma decisão mais adequada/correta diante da Constituição logicamente elas não resolvem a situação da mesma maneira e, ademais, cada uma das decisões afeta, de alguma maneira e em alguma medida, as conjunturas (jurídicas, políticas, sociais, dentre outras) passadas, presentes e futuras, prejudicando ou promovendo a integridade, a coerência e a autonomia do direito (e, obviamente, da Constituição). Terceiro, porque uma escolha é sempre advinda da “possibilidade de escolha” que, em outros termos, se denomina discricionariedade (e em casos mais extremos arbitrariedade). De tal modo, o julgador não possui “possibilidade de escolha” e, logo, não pode escolher, mesmo porque a Constituição já decidiu, cabendo a ele encontrar essa decisão²⁹³⁻²⁹⁴.

²⁹² STRECK, 2013, op. Cit., 339.

²⁹³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 105-106.

²⁹⁴ “[...] é preciso deixar claro que existe uma diferença entre *Decisão* e *Escolha*. Quero dizer que a decisão – no caso, a decisão jurídica – *não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada*. Com efeito, *decidir não é sinônimo de escolher*. [...] A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples

Por seu turno, fundamentar não é apenas motivar. A motivação revela (ou, pelo menos deveria) as razões que conduziram o magistrado a decidir daquela maneira, ao passo que a fundamentação, agrega-se a justificação (a uma espécie de prestação de contas) e, além de proporcionar o conhecimento das razões, possibilita a verificação dos elementos de fato e de direito, bem como da racionalidade do conteúdo da decisão (é a explicitação do que se interpretou de maneira justificada). É possível existir motivos para se decidir que, em contrapartida, não são justificados²⁹⁵.

Uma resposta jurisdicional que, por exemplo, tem sua motivação resumida aos efeitos econômicos-sistêmicos da decisão é motivada, porém, por violar a autonomia, a coerência e a integridade do direito é injustificada (de fundamentação injustificada ao se render a um “predador externo” do direito). Em outros termos, a fundamentação é mais complexa e ampla do que a motivação. É tão somente a fundamentação (justificação) que viabiliza a conexão entre o caso concreto e o direito (em sentido amplo – autonomia, integridade e coerência –), evitando, de um lado, a prática da “subsunção genérica” (que serviria para qualquer caso, típico exemplo das posturas objetivistas que pretendem dar respostas antes das perguntas) e, de outro lado, o exercício da “exclusividade da subjetividade” do julgador ao decidir (onde quem decide manipula o direito para ele se acomodar a sua vontade pessoal: o solipsismo), dentre outros tantos “predadores internos/externos” do direito²⁹⁶, uma vez que obriga aquele que decide a explicar, de modo racional e adequado, as razões e as valorações atribuídas aos elementos contidos no processo²⁹⁷⁻²⁹⁸.

ato presentificado em uma dada circunstância. [...] a escolha é sempre parcial. Há o direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariedade* e, quiçá (ou na maioria das vezes), *arbitrariedade*. [...] Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, *a partir do comprometimento com algo que se antecipa*”, no caso a Constituição (STRECK, 2010b, p. 105).

²⁹⁵ STRECK, 2013, op. Cit., p. 341.

²⁹⁶ STRECK, 2013, op. Cit., p. 117-118.

²⁹⁷ Justamente em razão da justificação do fundamentado é que se torna constitucionalmente impossível admitir a “fundamentação implícita”, a “fundamentação *aliunde*”, a “fundamentação *per relationem*”, a “fundamentação remissiva” citadas por ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millenium, 2004, p. 102-107, dentre outras tantas que são limitadas ou se limitam e mais parecem uma homenagem à preguiça do que ao art. 93, IX, da Constituição.

²⁹⁸ ABELLÁN, Marina Gasgón. A prova dos fatos. In: MOREIRA, Ribeiro (org.) *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012, p. 243-286.

Diligenciando em prol da resposta correta e de um modelo de decisão judicial democrático e em face da preocupação com a discricionariedade judicial, sobrevieram, no anteprojeto do novo Código de Processo Civil (CPC), debates de “como-deve-ser-o-conteúdo-da-decisão-para-não-ser-discricionária”²⁹⁹, como se o art. 93, IX, da CF, não fosse por si suficiente e sempre dependesse da “boa-vontade” do julgador. O anteprojeto do novo CPC, especificamente neste sentido, avança consideravelmente e busca se alinharmas constitucional (e mais atualizada) doutrina sobre o tema.

Até o momento, da união entre essa mencionada doutrina e o anteprojeto do novo CPC, é possível perceber que, para que uma decisão seja adequada (formalmente e substancialmente) com o Estado Democrático de Direito (e, portanto, seja uma “boa-decisão”), ela depende, no mínimo, (a) da assunção da responsabilidade política que os juízes devem ter para com a integridade, coerência e autonomia do (e no) direito, o que se consubstancia, neste caso, em uma fundamentação (b) comprometida com a Constituição, (c) exaustiva dos argumentos suscitados por ambas as partes, (d) que não seja meramente transcritiva de textos legais e/ou jurisprudenciais e que quando estes recursos forem utilizados o sejam com pertinência entre o caso original e o caso analisado e, (e) que não seja vazia de sentido (sem ligação com o caso concreto) ou genérica (prestando-se para inúmeros e quaisquer casos).

Para que isso seja possível, entretanto, é preciso (pré)compreender que para o florescimento de “boas decisões” (no sentido acima descrito) o “teto de constitucionalidade” dos juristas demanda ser ampliado a um pleno e prioritário espaço. Significa que não basta alardear que a Constituição é o topo da ordem jurídica e defender o constitucionalismo contemporâneo ao mesmo tempo que se mantém uma conduta positivista (seja ela objetivista ou subjetivista), onde se defende – como coisas “positivas” – a discricionariedade e o protagonismo judicial (e, portanto, não uma atuação plural e colaborativa entre os poderes) em pleno Estado Democrático de Direito.

²⁹⁹Prevê o projeto do novo Código de Processo Civil, no seu art. 476, parágrafo único “[...] Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

CONCLUSÃO

A questão da interpretação permanece (e permanecerá) sendo polêmica e controversa, sem que isso signifique a possibilidade de se adotarem discursos e posturas consubstanciadas em fatalismos. O fato da interpretação judicial (para se seguir no recorte epistémico realizado) não ser passível de uma prova definitiva de acerto não autoriza o desleixo e/ou a subserviência ao “entendimento dos magistrados” (como há muito alertou Dworkin, aliás), em detrimento de tentativas de controle da forma e do conteúdo das decisões.

Seguir apostando no primado do positivismo jurídico e, se não nele inteiramente, em algumas condutas típicas dele, como apostar na discricionariedade judicial para escolher uma resposta a um caso, é um típico caso de fatalismo que além de se opor, obsta a plenitude do constitucionalismo contemporâneo. Nessa seara, como visto o positivismo jurídico sobrevive no imaginário dos juristas porque, ao se transmutar e se adaptar, gera a ilusão de que muito se avançou, sem, contudo, se ter saído do lugar. Foi o que aconteceu com o positivismo legalista para o positivismo normativista e, depois, do positivismo normativista para o neo-positivismo (ou para *aquele falso “pós-positivismo” que*, reitera-se, não é algo que supera o positivismo – como é o constitucionalismo contemporâneo pós-positivista –, mas apenas algo que evolui o ou ajusta o antigo positivismo), que seguiu alimentando posturas judiciais discricionárias, objetivistas e subjetivistas.

Tais posturas aliás, são facilmente visíveis na interpretação de princípios e direitos fundamentais implícitos, onde o terreno é áspero e está evitado de práticas ativistas e pamprincipiológicas, tudo em “nome da lei” ou em “nome dos valores”. Aclarou-se que é preciso ser crítico com as interpretações de princípios e direitos fundamentais implícitos, pois não bastasse as dificuldades da interpretação, está-se a lidar com algo “invisível”. A diligências nestes casos se revela para que não se engane com algo que sequer existe, como foi o caso de um reino inteiro no conto de Andersen (A roupa nova do rei). É preciso estar atento.

Outro discurso alimentado pelo positivismo jurídico é a existência de múltiplas respostas à disposição da discricionariedade do julgador. A falaciosa

afirmativa foi desconstruída com base na ideia da “Constituição Personificada”. Não é crível imaginar que a Constituição (caso humano se tornasse) responderia, em um mesmo caso, de modo oposto ou com várias opções igualmente preferíveis. Defendeu-se que a “Constituição Personificada” teria uma resposta (não necessariamente a única correta) que seria melhor entre todas: a mais correta perante a Constituição. Tal perspectiva enfrenta a “moldura de opções kelseniana” e o imaginário de que, em pleno Estado Democrático de Direito, o julgador pode ter discricionariedade para manipular a Constituição como quiser.

Assim, a resposta correta (para um determinado caso) existe. O fato de existirem inúmeras interpretações para uma mesma situação não significa (nem nunca irá significar) que não exista uma interpretação mais adequada em relação a algo. Assim, há uma resposta mais adequada perante a Constituição: ela existe; contudo, a certeza de tê-la encontrado não. Daí porque se diga que o mínimo que o julgador deve realizar é uma “boa decisão” (aquela que levou constitucionalmente a sério o procedimento e o conteúdo e, na fundamentação exaustiva, aclararam razões suficientes para serem vistas como “a” “resposta correta”), pois essa é possível de certeza e de avaliação racional.

Verificou-se, neste sentido, primeiramente, a diferença existente entre “escolha” e “decisão” e o elemento central da justificação que separa ambas. Em segundo momento, percebeu-se o intento do anteprojeto do novo CPC, que caminha no sentido de que, para que ocorra uma “boa decisão” depende-se, no mínimo, (a) da assunção da responsabilidade política que os juízes devem ter para com a integridade, coerência e autonomia do (e no) direito, o que se consubstancia, neste caso, em uma fundamentação (b) comprometida com a Constituição, (c) exaustiva dos argumentos suscitado por ambas as partes, (d) que não seja meramente transcritiva de textos legais e/ou jurisprudenciais e que quando estes recursos forem utilizados o sejam com pertinência entre o caso original e o caso analisado e, (e) que não seja vazia de sentido (sem ligação com o caso concreto) ou genérica (prestando-se para inúmeros e quaisquer casos).

Aos “problemas” de interpretação trazidos pelo positivismo jurídico o constitucionalismo contemporâneo fez frente com a integridade, a coerência e

a autonomia do direito (assim como com a hermenêutica filosófica), mas como todas as teorias, carecem de uma (pré)compreensão adequada do seu significado para que surtam efetivo efeito. Portanto, o julgador deve estar preso de um lado pela Constituição e, de outro lado, pela integridade, coerência, autonomia do direito e pela própria realidade (caso concreto), para que dessa forma reduzam-se as fugas positivistas discricionárias “em nome dos valores” (bem trajados com “roupas invisíveis”) e aumentem-se as decisões mais adequadas ou corretas no sentido da Constituição brasileira.

REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, Marina Gasgón. A prova dos fatos. *In: MOREIRA, Ribeiro (org.) Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012, p. 243-286.
- ANDERSEN, Hans C. A roupa nova do rei. *In: Histórias maravilhosas de Andersen*. Copilado por ASH, Russelet *al.* São Paulo: Companhia das Letrinhas, 1995, p.15-21.
- ARIZA, Santiago Sastre. La Ciência Jurídica ante elNeoconstitucionalismo. *In: CARBONELL, Miguel (Coord.). Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 75-98.
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Revista Estudos Avançados*, n. 18 (51), 2004, p. 127-150.
- BRANCO, Ana Paula Taucedá. *O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho*. 2010. Disponível em: <<http://www.amatra17.org.br/arquivos/4ac2c477939c9.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54*. Relator Marco Aurélio. Julgado em: 12/04/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 fev. 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra. 2001.

_____. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. v. 25, nº 56, 2002, p. 25-40. Porto Alegre, Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *O império do Direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et al (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Multideia, 2013.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ITO, Marina. *Judicialização é fato, ativismo é atitude*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em: 11 de maio de 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003.

LEIVA, J. Ignacio Nuñez. Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas). *Estudios Constitucionales: Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, ano 10, n. 2, 2012, p. 511-532.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

RABELAIS, François. *Gargântua e Pantagruel*. Belo Horizonte: Itatiaia, 2003.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEGALL, Eric. Lost in space: Laurence Tribe's invisible constitution. *In: Georgia State University College of Law, Legal Studies Research Paper*, n. 2009-08, vol. 103, 2009, p. 434-447.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "letra dura da lei" é uma atitude positivista? *In: Novos Estudos Jurídicos*, 2010a, p. 158-173.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. Interpretation and Institutions. *In: Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 28, 2002.

TRIBE, Laurence. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millenium, 2004.