

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

VINÍCIUS REIS BARBOSA

**INSUFICIÊNCIAS E PROPOSTAS TEÓRICO-PRÁTICAS PARA A EFETIVAÇÃO
JUDICIAL DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

FRANCA

2013

VINÍCIUS REIS BARBOSA

**INSUFICIÊNCIAS E PROPOSTAS TEÓRICO-PRÁTICAS PARA A EFETIVAÇÃO
JUDICIAL DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Alberto Machado

FRANCA

2013

Barbosa, Vinícius Reis

Insuficiências e propostas teórico-práticas para a efetivação
judicial de direitos humanos fundamentais / Vinícius Reis Barbosa.
– Franca : [s.n.], 2013

161 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual
Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Antônio Alberto Machado

1. Direitos humanos. 2. Direito – Filosofia. 3. Argumentação
jurídica. 4. Teoria crítica. I. Título.

CDD – 340.1

VINÍCIUS REIS BARBOSA

**INSUFICIÊNCIAS E PROPOSTAS TEÓRICO-PRÁTICAS PARA A EFETIVAÇÃO
JUDICIAL DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. Antônio Alberto Machado

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, ____ de _____ de 2013.

AGRADECIMENTOS

À minha pequena grande família, que sempre apoiou e incentivou minhas escolhas pessoais e profissionais (inclusive quando as mesmas se mostravam incompreensíveis para ela...), tendo demonstrado e continuado a demonstrar carinho constante e abnegado;

À Daiene Kelly Garcia, que ilumina meus dias quando sorri e me faz crescer quando coloca à prova meus pontos de vista teóricos e práticos, tanto na academia quanto na vida a dois;

Aos companheiros de mestrado e de vida, meus grandes amigos Júlia Lenzi Silva e Euler Xavier Cordeiro, pela constante e profícua troca de ideias, pelo compartilhamento das angústias inerentes à vida acadêmica e, é claro, pelos momentos de diversão, pelas risadas, sorrisos e sonhos também compartilhados;

Aos não menos queridos amigos Leonardo Henrique Gomes Rodrigues, Roberto Moreira Júnior, Roberto Galvão Faleiros, Thiago Lemos Possas, Vinícius Barbosa Araújo, José Roberto Porto de Andrade Júnior, Caio Jesus Granduque José e Jeferson Fernando Celos, também pela troca de ideias, amizade e companheirismo no curso dessa caminhada;

Aos amigos que, mesmo estando longe, não mediram esforços para localizar e enviar cópias de livros imprescindíveis para o adequado desenvolvimento da pesquisa: Pablo Muriel Peña Castellon (USP), Luís Henrique Domingues (UFPR), Athanis Molas Rodrigues (UFSC), Gladstone Leonel da Silva Júnior (UNB) e Camilla Fontes de Souza (USP). Sem a ajuda deles certamente essa pesquisa seria muito mais pobre em conteúdo;

Ao professor Antônio Alberto Machado, pelos desafios teóricos e práticos propostos ao longo da realização deste trabalho, desafios estes que levaram a buscar a superação das minhas limitações iniciais; agradeço ainda a orientação segura e auxílio preciso na navegação dos mares tormentosos da filosofia e da teoria do direito;

Ao professor David Sánchez Rubio, pela inspiração constante que transborda de seus escritos e do seu modo de ser na vida, pela sensibilidade em compreender os direitos humanos (e os próprios seres humanos!) para além do paradigma da simplicidade, bem como pelas contribuições inestimáveis e decisivas dadas para a construção do texto que segue, inclusive permitindo o acesso a obras estrangeiras de difícil obtenção no Brasil;

À professora Fabiana Cristina Severi, pela participação e pelas sugestões feitas no exame geral de qualificação, as quais foram fundamentais para atingir os objetivos propostos;

Ao professor Carlos Eduardo de Abreu Boucault, por sua participação e pelas contribuições dadas no exame geral de qualificação e por ter propiciado, através do oferecimento de disciplinas, da realização de eventos científicos e de indicações bibliográficas, aportes teóricos fundamentais para o desenvolvimento da pesquisa, numa área tão carente de reflexão como é a filosofia e a teoria do direito;

Ao professor Paulo César Corrêa Borges, pela seriedade com que conduz a coordenação do Programa de Pós-graduação em Direito, propiciando condições para o crescimento da pesquisa científica de qualidade desde a barranca do Rio Grande;

À CAPES, pela bolsa concedida, incentivo fundamental para viabilizar a conclusão adequada da pesquisa;

E finalmente mas não menos importante, à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP, minha casa desde os tempos da graduação, a qual proporcionou o ambiente adequado para a elaboração deste trabalho, seja por estar localizada na pacata e aprazível cidade de Franca, seja por conta de sua excelente biblioteca e de seus prestativos funcionários.

“(...) é porque as pessoas não param de desejar, lutar e imaginar, mesmo nas condições mais desfavoráveis, que a prática da emancipação política é uma possibilidade genuína.” (Terry Eagleton, Ideologia, p. 13)

“Se é verdade que a modernidade não pode fornecer a solução para excessos e défices por que é responsável, não é menos verdade que só ela permite desejá-la. De facto, podemos encontrar na modernidade tudo o que é necessário para formular uma solução, tudo menos essa solução.” (Boaventura de Sousa Santos, A crítica da razão indolente, p. 74-75)

“É preciso, pois, sobrepor-se ao minimalismo descritivo e assumir um compromisso teórico para compreender as relações entre os fenômenos e postular alternativas, se não de sociedades futuras e hipotéticas, pelo menos de formas de ação.” (Joaquín Herrera Flores, O nome do riso, p. 116)

BARBOSA, Vinícius Reis. **Insuficiências e propostas teórico-práticas para a efetivação judicial de direitos humanos fundamentais**. 2013. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

RESUMO

O presente trabalho busca inicialmente diagnosticar a insuficiência na efetivação judicial dos direitos humanos fundamentais. Tal investigação se dá a partir do enfoque na dimensão argumentativa do fenômeno da construção judicial do direito; em sequência, busca-se delinear propostas de estratégias de efetivação judicial destes mesmos direitos humanos fundamentais no âmbito de uma dogmática jurídica crítica. O marco teórico para tal proposta é, inicialmente, a teoria da argumentação e o neoconstitucionalismo, passando-se depois para a utilização da teoria crítica dos direitos humanos. Tem-se que estes dois marcos teóricos são os mais adequados para a compreensão e operacionalização dos objetivos propostos. Cabe também mencionar que a adição da teoria crítica dos direitos humanos é uma necessidade epistemológica da teoria da argumentação, vez que a mesma requer considerações de ordem ideológica e moral para sua aplicabilidade na *práxis* jurídica. A seu turno, a efetivação judicial dos direitos humanos fundamentais é uma urgência prática, vez que, após a Constituição de 1988, o Poder Judiciário em geral e o STF em especial vêm assumindo cada vez mais a pauta política da sociedade. Em outras palavras, o fenômeno da judicialização da política e dos direitos humanos fundamentais bem como da politização do Poder Judiciário é uma realidade atual e pulsante, merecendo, portanto, ser adequadamente investigado. Por fim, o trabalho busca também problematizar a própria teoria da argumentação e o neoconstitucionalismo em face de seu limite, qual seja, o quadrado paradigmático, nos termos desenvolvidos por Machado e expostos no corpo trabalho.

Palavras-chave: teoria da argumentação. neoconstitucionalismo. teoria crítica. direitos humanos fundamentais. dogmática jurídica crítica.

BARBOSA, Vinícius Reis. **Insuficiências e propostas teórico-práticas para a efetivação judicial de direitos humanos fundamentais**. 2013. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

ABSTRACT

This study aims to initially diagnose the failure of the realization of fundamental human rights in court. This research starts from the focus on the argumentative dimension of the phenomenon of judicial construction of the law; in sequence, seeks to outline proposals for effective legal strategies of these same fundamental human rights within a legal dogmatic criticism. The theoretical basis for this proposal is initially argumentation theory and neoconstitutionalism, moving then to the use of critical theory of human rights. Both frameworks are best suited to understanding and operationalization of the proposed objectives. It is also worth mentioning that the addition of critical theory of human rights is an epistemological necessity of argumentation theory, as it requires the same ideological considerations and moral support its use in legal practice. In turn, the realization of fundamental human rights in court is a practical urgency, since that, after the 1988 Constitution, the judiciary in general and the STF in particular have increasingly assuming the political agenda of society. In other words, the phenomenon of judicialization of politics and fundamental human rights as well as the politicization of the judiciary is a current pulsating reality, deserving therefore be properly investigated. Finally, the work also seeks to problematize the very theory of argumentation and neoconstitutionalism in the face of its limit, for example, the paradigmatic square developed by Machado and exposed in the body work.

Keywords: argumentation theory. neoconstitutionalism. critical theory. fundamental human rights. critical legal dogmatic.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 O DIREITO CONSTRUÍDO JUDICIALMENTE E SUA DIMENSÃO ARGUMENTATIVA	13
1.1 Direito judicial e argumentação na teoria do direito.....	13
<i>1.1.1 Delimitação inicial do tema</i>	<i>13</i>
<i>1.1.2 Kelsen: teoria do escalonamento, lacunas e tese da moldura</i>	<i>16</i>
<i>1.1.3 Ross: decisão judicial e subjetivismo</i>	<i>21</i>
<i>1.1.4 Hart: regra de reconhecimento e textura aberta do direito</i>	<i>26</i>
<i>1.1.5 Dworkin: a melhor interpretação possível e a argumentação moral</i>	<i>30</i>
<i>1.1.6 Alexy: a tese do caso especial e o argumento dos princípios</i>	<i>35</i>
1.2 A decisão judicial como problema argumentativo e o uso estratégico do discurso jurídico	41
<i>1.2.1 Viehweg e Perelman: a construção da teoria da argumentação</i>	<i>41</i>
<i>1.2.2 Da motivação à justificação e a necessidade de argumentar para justificar</i>	<i>47</i>
<i>1.2.3 Contexto de descobrimento e contexto de justificação; justificação externa e justificação interna do discurso jurídico e seu uso estratégico</i>	<i>51</i>
<i>1.2.4 A fundamentação racional do discurso jurídico e o senso comum teórico dos juristas ..</i>	<i>55</i>
CAPÍTULO 2 A ATUAÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DO PODER JUDICIÁRIO	59
2.1 Neoconstitucionalismo e direitos humanos fundamentais no Estado Democrático de Direito da semiperiferia	59
<i>2.1.1 Neoconstitucionalismo e Estado constitucional</i>	<i>59</i>
<i>2.1.2 Estado Democrático de Direito da semiperiferia e direitos humanos fundamentais</i>	<i>66</i>
2.2 Judicialização da política e politização da razão jurídica	77

2.3 Dois exemplos da atuação do Poder Judiciário na (in)efetivação de direitos humanos fundamentais: a ADI 4277/ADPF 132 e a ADPF 153	85
2.3.1 <i>Sobre a escolha e o tratamento dado aos casos</i>	85
2.3.2 <i>A ADI 4277/ADPF 132 e o reconhecimento da união estável homoafetiva</i>	88
2.3.3 <i>Análise dos votos</i>	90
2.3.4 <i>A ADPF 153 e a impossibilidade de persecução penal dos agentes estatais da ditadura responsáveis por graves violações de direitos humanos fundamentais</i>	98
2.3.5 <i>Análise dos votos</i>	99
CAPÍTULO 3 HORIZONTES DO DISCURSO JURÍDICO PARA ALÉM DA DOGMÁTICA JURÍDICA ESTREITA	104
3.1 As limitações do discurso jurídico atual e da teoria da argumentação	104
3.1.1 <i>Colocação do problema e identificação das soluções possíveis</i>	104
3.1.2 <i>O projeto sócio-cultural da modernidade e o quadrado paradigmático</i>	108
3.1.3 <i>O paradoxo do discurso dos direitos humanos</i>	115
3.2 Possibilidades teóricas e práticas na semiperiferia a partir de um discurso dos direitos humanos emancipatório	118
3.2.1 <i>Dogmática jurídica e argumentação</i>	118
3.2.2 <i>Ideologia e uso estratégico do discurso jurídico decisório e dogmático</i>	124
3.2.3 <i>Esboços de um discurso jurídico-dogmático emancipatório: sujeito de direito, direito subjetivo e relação jurídica</i>	129
CONSIDERAÇÕES FINAIS	150
REFERÊNCIAS	154

INTRODUÇÃO

Partindo-se da constatação real, empírica, de que os juízes decidem conflitos de interesse que lhe são submetidos pelos diversos atores sociais, o objetivo desse trabalho é compreender como ocorre essa decisão judicial, como ela influencia na realidade social e política e como essa influência pode ser otimizada no sentido da efetivação material dos direitos humanos fundamentais.

Este trabalho não se debruça sobre as questões subjetivas que inegavelmente existem quando da elaboração da decisão judicial pelo *ser humano* que recebe o nome de *juiz*. Ou seja, não são abordadas as condições subjetivas que pertencem ao foro íntimo do juiz, limitando-se o trabalho apenas a apontar a existência de certas condições subjetivas que representam escolhas políticas, as quais são inegavelmente exteriorizadas quando da decisão judicial e que podem (e devem) ser investigadas objetivamente a partir da exteriorização e materialização das mesmas.

O enfoque predominante é aquele oferecido pela teoria do direito, entendida aqui como um misto entre filosofia do direito e elaboração teórica de categorias que sejam suficientes para a compreensão *jurídica* do fenômeno jurídico. Assim, busca-se compreender como a teoria do direito entende o processo de tomada de decisão por uma autoridade dotada de competência para tanto, ou seja, pelo juiz.

Situar a decisão judicial no plano da filosofia e da teoria do direito requer a investigação daquilo que é chamado no trabalho de juspositivismo “clássico”, representado pelo pensamento de Hans Kelsen, Alf Ross e Herbert Hart, os quais podem ser apontados como os principais autores deste chamado juspositivismo “clássico”. Requer também situar a hipótese de trabalho no debate contemporâneo da teoria do direito, o que se materializa no trabalho através de um estudo sobre e a partir da teoria da argumentação e do neoconstitucionalismo, em especial sobre e a partir do pensamento de Ronald Dworkin e Robert Alexy, autores considerados o estado da arte na matéria.

Além de uma investigação sobre o que os autores principais da teoria do direito escreveram sobre o fenômeno decisório, tenta-se ainda uma investigação sobre no que consiste a decisão judicial a partir do enfoque na dimensão argumentativa que tanto o direito em geral quanto a decisão judicial em especial possui.

Isso porque o atual desenvolvimento da teoria do direito tem privilegiado o aspecto argumentativo, motivo pelo qual não se pode desprezá-lo em uma análise que se pretende minimamente contemporânea da realidade fática e teórica atual.

Assim, investiga-se o tratamento dado pela teoria do direito ao tema da decisão judicial, enfatizando-se o uso estratégico e o conteúdo argumentativo da mesma, este último mediatizado pela categoria teórica waratiana do *sensu comum teórico dos juristas*.

Além de uma investigação acerca da teoria do direito contemporânea, este trabalho tem pretensões práticas, buscando uma intervenção real no real. Sendo assim, após o desenvolvimento teórico levado a cabo no capítulo um, promove-se um retorno à facticidade no capítulo dois, com um estudo da atuação do Poder Judiciário na quadra atual daquilo que se convencionou chamar de Estado Democrático de Direito. Neste momento do trabalho a empiria é privilegiada através de uma análise acerca de como se dá a concretização dos elementos identificados no capítulo um no plano da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF).

Além disso, o estudo exposto no capítulo dois permite analisar como se dá a influência real da atuação do STF na realidade social, especialmente no que diz respeito à efetivação material de direitos humanos fundamentais.

Nesta tentativa de aproximação do plano do concreto, do real, é feita também uma investigação acerca do tema da judicialização da política e da politização do Poder Judiciário, a qual tem por objetivo fornecer elementos adicionais para a compreensão dos casos estudados no capítulo dois. Procura-se manter a máxima aproximação possível do tema em relação aos temas de filosofia e teoria do direito tratados anteriormente, o que em si não representa grande dificuldade, já que todos esses temas se imbricam na ideia de Estado Democrático de Direito.

Dessa análise permite-se voltar ao desenvolvimento teórico propriamente dito, já no capítulo três, para se perguntar por qual motivo a efetivação material dos direitos humanos fundamentais não se dá a contento no plano da realidade social, ou, mais especificamente, por qual motivo a teoria do direito contemporânea não garante condições de efetividade material para os direitos humanos fundamentais.

A partir da constatação dessa insuficiência e da identificação dos motivos que contribuem para a mesma, busca-se esboçar, no âmbito da teoria do direito, propostas de otimização das possibilidades de efetivação material dos direitos humanos fundamentais.

A investigação leva então à conclusão de que, no contexto do Estado Democrático de Direito, aflora a possibilidade de construção de um discurso jurídico fundado no discurso dos direitos humanos, já que o entendimento do direito enquanto prática argumentativa permite um uso estratégico dessa mesma prática argumentativa.

Ante as exigências da sociedade no sentido da efetivação material dos direitos humanos fundamentais e ao quadro minimamente propício para tal efetivação que é estimulado pelo modelo do Estado Democrático de Direito, busca-se então a construção de um discurso jurídico que seja comprometido com essa mesma efetivação. Tal discurso, diga-se desde já, deve ser inclusive operacionalizável na prática jurídica.

Nesta busca é que se apresenta, ao final do trabalho, o esboço de um discurso jurídico-dogmático voltado para a efetivação dos direitos humanos fundamentais e que seja apto a informar o discurso jurídico decisório, construindo assim as linhas gerais de resposta aos questionamentos inicialmente feitos. Esse esboço centra-se na resignificação de três categorias da teoria do direito que são imprescindíveis para a construção do discurso dogmático: sujeito de direito, direito subjetivo e relação jurídica.

Espera-se ainda e por fim que o esforço teórico apresentado nas páginas a seguir seja capaz de contribuir – ainda que minimamente – para o desenvolvimento de estratégias de efetivação de direitos humanos fundamentais, sempre na perspectiva da luta social que é produto da busca incessante dos sujeitos pela satisfação de suas necessidades humanas fundamentais.

CAPÍTULO 1 O DIREITO CONSTRUÍDO JUDICIALMENTE E SUA DIMENSÃO ARGUMENTATIVA

1.1 Direito judicial e argumentação na teoria do direito

1.1.1 Delimitação inicial do tema

O direito é um fenômeno *social*. Isso significa que surge na sociedade e que, portanto, suas fontes são sociais. Essa é uma tese básica do juspositivismo que constitui, ao lado da tese da separação entre direito e moral e da tese da discricionariedade, o núcleo do arsenal juspositivista para combate à metafísica jusnaturalista.

Aceitar a tese das fontes sociais do direito significa negar a metafísica jusnaturalista, mas não significa necessariamente tomar um posicionamento juspositivista. Isso porque a identificação de tais fontes sociais varia de teoria para teoria: a escola da exegese, por exemplo, entende por “fonte social do direito” a vontade geral do povo expressa através da lei, a qual é elaborada através de seus representantes que compõem o parlamento. Assim, a fonte do direito acaba sendo a lei e não a vontade geral do povo ou mesmo o povo propriamente dito.

O conteúdo da tese das fontes sociais do direito muda no contexto da escola histórica de Savigny, que identifica a fonte do direito com o chamado espírito do povo, o *volksgeist*. Situação diversa ocorre no normativismo kelseniano, que dá conteúdo à tese das fontes sociais através da ideia de que são atos de vontade que colocam as normas no mundo (KELSEN, 2009, p. 19).

Verifica-se que o conjunto de possibilidades de preenchimento da teoria das fontes sociais é múltiplo. Dentre essa multiplicidade, a qual, numa perspectiva de *resignificação* de tal tese certamente inclui as lutas sociais, encontra-se também o direito criado pelo Estado. E interessa para este trabalho justamente o direito que é criado pelo Estado, mais especificamente pelo Poder Judiciário, ou seja, o direito construído judicialmente ou direito judicial.

Constitui verdadeiro truísmo a afirmação de que o direito é criado judicialmente ou de que os tribunais, através das decisões judiciais e da jurisprudência daí decorrente, criam direito. Sendo assim, constitui pressuposto desse trabalho a tese de que os juízes criam direito através das decisões judiciais, estando essa possibilidade de criação contida na tese das fontes sociais do direito. Ou seja, a criação judicial é fonte de direito.

O direito é também um fenômeno *multidimensional* ou *pluridimensional* (MACHADO, 2011, p. 29; 2005a, p. 12). Isso significa que possui uma dimensão normativa, mas também uma dimensão econômica, política e cultural, dentre outras possíveis dimensões identificáveis e analisáveis cientificamente. Para este trabalho interessa inicialmente a dimensão argumentativa analisada a partir do direito criado judicialmente, ou seja, a dimensão argumentativa do direito judicial.

O que justifica essa opção pela dimensão argumentativa é um fato histórico que não pode ser ignorado e que se encontra em pleno desenrolar: a filosofia da segunda metade do século XX em diante é marcada pela reflexão acerca da linguagem. Como afirma Atienza (2007, p. 247), ocorreu um “giro linguístico”, uma “mudança de marcha” que trouxe a linguagem para o centro da reflexão filosófica, inclusive a reflexão que diz respeito ao fenômeno jurídico¹.

E mais: dentre as três dimensões clássicas da linguagem – dimensão formal ou sintaxe, dimensão material ou semântica e dimensão pragmática – há, pelo menos nas últimas décadas do século XX, inegável prevalência da última sobre as primeiras, podendo-se falar, com Atienza (2007, p. 247), em um giro pragmático ou em um “império da pragmática”, o que significa, no âmbito da filosofia e da teoria do direito, o predomínio da teoria da argumentação enquanto método.

No diz que diz respeito ao recorte proposto interessa, em um primeiro momento, investigar como a dimensão argumentativa do direito criado judicialmente foi trabalhada pela teoria do direito a partir de Hans Kelsen², inegavelmente o responsável pela atribuição ao direito do *status* de ciência em termos modernos; interessa ainda compreender o desenvolvimento dessas ideias até o pensamento de Ronald Dworkin e Robert Alexy, que podem ser identificados como o estado da arte na teoria do direito e na própria teoria da argumentação jurídica.

A partir do giro linguístico e do chamado “império da pragmática”, a linguagem passa a ser uma atividade, uma prática e não meramente um código ou veículo de pensamento (ATIENZA, 2007, p. 247). Sendo assim, passa a ser importante para a filosofia do direito o

¹ Sobre o “giro linguístico” ou mais propriamente a “reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea”, veja-se Oliveira (2001).

² Não se ignora a existência de esforços anteriores no sentido da construção de um saber filosófico e científico de oposição ao jusnaturalismo, em especial aqueles realizados pela jurisprudência dos conceitos, por Ihering na primeira fase de seu pensamento e por Savigny em sua segunda fase (escola histórica). É apenas uma opção metodológica iniciar o trabalho a partir da teoria de Kelsen, isso pelos motivos mencionados acima. Para um estudo consistente e muito esclarecedor sobre as correntes e autores ora referidos, veja-se Costa (2008, p. 192-239), bem como os clássicos Larenz (1997, p. 9-44) e Wieacker (1967, p. 397-535).

estudo dos protagonistas da argumentação (orador e auditório), das intenções ou objetivos perseguidos por aqueles que argumentam e das regras que os mesmos observam para atingir seus objetivos (ATIENZA, 2007, p. 248), além, é claro, dos próprios argumentos que são utilizados para tanto.

Emerge então a possibilidade de se analisar a decisão judicial como *problema argumentativo*, ou seja, analisar a forma como o orador constrói e opera o discurso jurídico ante a *necessidade de justificar através da argumentação* a decisão judicial para que essa seja legítima perante o auditório jurídico.

Esta análise levará à percepção das limitações da teoria da argumentação enquanto método; porém, trará também a percepção de que a dimensão argumentativa do fenômeno jurídico possui a possibilidade de um uso estratégico, o qual, anuncie-se desde já, deve estar voltado à efetivação de direitos humanos fundamentais, hipótese que é debatida no terceiro capítulo deste trabalho.

O juspositivismo “clássico”, aqui identificado com três de seus maiores expoentes, Hans Kelsen, Alf Ross e Herbert Hart, nunca se preocupou em investigar questões argumentativas no âmbito do direito em geral e do direito judicial em especial.

Esses teóricos estavam mais preocupados em conferir ao direito um estatuto epistemológico próprio, a partir do estudo dos fundamentos e das condições de possibilidade de uma ciência do direito e através da elaboração de critérios para a correta identificação das normas jurídicas que compõem um ordenamento, ou seja, debruçavam-se sobre a questão da validade da norma jurídica. Surge aí a tese da separação entre direito e moral, a qual será detalhadamente analisada no pensamento dos três autores citados.

Isso não significa que os juspositivistas “clássicos” não tenham escrito algo sobre a decisão judicial e o direito criado judicialmente. Não só escreveram como relegaram a decisão judicial ao campo da discricionariedade do juiz, o que é o conteúdo da terceira tese do positivismo jurídico, a tese da discricionariedade. As duas teses irão dominar a teoria do direito até o surgimento do pensamento de Dworkin e Alexy, os quais procurarão refutá-las e oferecer alternativas.

Como se verá em momento oportuno, a tese da separação entre direito e moral mostra-se inteiramente falsa, tendo sido refutada a contento por Dworkin e Alexy. Já a tese da discricionariedade não é falsa em si, mas é insuficiente, incompleta e cientificamente pobre para explicar a realidade do fenômeno jurídico. Esta constatação fica clara quando se entende possível a utilização estratégica da argumentação jurídica e do direito construído judicialmente tendo como finalidade a efetivação de direitos humanos fundamentais. E essa

insuficiência, como será demonstrada na parte três desse trabalho, não foi superada pela teoria da argumentação enquanto método.

Porém, antes de enfrentar essa discussão, cumpre analisar o pensamento dos juspositivistas “clássicos” nos termos do recorte ora proposto. A importância desses autores para a teoria do direito e o pontapé inicial que os mesmos deram no âmbito da identificação de um direito criado judicialmente torna necessária a revisão do tema em seu pensamento teórico, não obstante o já citado truísmo que representa a afirmativa de que os juízes criam direito.

1.1.2 Kelsen: teoria do escalonamento, lacunas e tese da moldura

Nenhum estudo sério sobre a construção judicial do direito pode prescindir de uma análise da teoria do direito de Hans Kelsen. É sabido que Kelsen não dedicou muitas páginas para a questão da interpretação jurídica e da decisão judicial, mas o relativamente pouco que escreveu é suficiente para a identificação dos contornos que assume o tema em seu pensamento.

É na teoria do escalonamento que se pode encontrar a afirmação da existência de criação judicial do direito. Afirma o autor que não existe diferenciação entre aplicação e produção (criação) do direito: a produção é normalmente a aplicação de uma norma superior que regula tal produção, motivo pelo qual se pode concluir que a aplicação é simultaneamente produção (KELSEN, 2009, p. 260). Sendo assim, à aplicação da norma superior corresponde a criação da norma inferior determinada por esta norma superior (KELSEN, 1992, p. 137). Quando o juiz profere uma sentença, está criando direito; no caso, está criando a norma jurídica individual para o caso concreto em exame.

Existem dois casos limítrofes em que é possível afirmar não existir criação de direito e apenas aplicação. O primeiro é o ato de execução de uma sanção em um caso concreto (KELSEN, 1992, p. 138), o qual não pressupõe a criação de norma alguma, já que a norma jurídica individual para o caso concreto foi anteriormente criada quando da decisão judicial que estabeleceu a sanção, tratando-se apenas de um ato de execução.

O segundo caso é o da norma fundamental, a qual não é uma norma posta e sim pressuposta; por ser pressuposta, não é resultado da aplicação de nenhuma norma superior (KELSEN, 1992, p. 138). Nesse caso, não há criação e nem aplicação de direito. Trata-se de exceções que confirmam a regra de que, para Kelsen, existe criação judicial do direito.

Também é possível a criação de direito através de normas jurídicas gerais elaboradas por um órgão judicial: é o caso dos tribunais que criam precedentes, os quais para Kelsen podem ser definidos como a decisão judicial do caso concreto que é vinculante para a decisão de casos idênticos (KELSEN, 2009, p. 278). A possibilidade de criação judicial do direito através de precedentes é tão manifesta em Kelsen ao ponto do mesmo afirmar que “[...] conferir a uma tal decisão caráter de precedente é tão-só um alargamento coerente da função criadora de Direito dos tribunais.” (KELSEN, 2009, p. 279).

A influência de elementos externos à norma quando da criação judicial do direito fica clara quando Kelsen analisa a questão das lacunas. Para o autor inexistem lacunas no ordenamento jurídico, o que pode ser entendido como a manutenção e reforço do dogma da completude do ordenamento, o qual acompanha o juspositivismo desde o positivismo legalista da escola da exegese e encontra sua origem na ideia de sistema desenvolvida pelo jusnaturalismo de matriz racionalista.

Inexistindo qualquer norma geral que regule uma conduta de modo positivo, tal conduta é regulada de modo negativo, ou seja, é permitida pelo ordenamento (KELSEN, 2009, p. 273). Sendo assim, sempre é possível a aplicação da ordem jurídica vigente, mesmo que inexista uma norma jurídica específica para tal conduta. Daí a inexistência de lacunas no ordenamento jurídico.

Então para que serviria a tese da existência de lacunas a serem colmatadas no caso concreto pelo juiz? Kelsen (2009, p. 274) dá a resposta:

Vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma “lacuna” só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação – logicamente possível – do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do Direito como não equitativa [sic] ou desacertada.

Para Kelsen a teoria das lacunas nada mais é do que uma ficção utilizada para justificar o fato de que a afirmação da inexistência de determinada norma dentro do ordenamento jurídico está baseada em um juízo de valor ético-político subjetivo (KELSEN, 2009, p. 275). Não se trata de um juízo lógico, normativo ou lógico-normativo: sob essa ótica, adotada pela *Teoria pura do direito*, inexistem lacunas e sempre é possível a aplicação da ordem jurídica vigente. Vislumbra-se aí uma primeira fissura na tese da separação entre direito e moral, já que a lacuna só tem sua existência reconhecida por razões de *política jurídica* e não por razões estritamente jurídicas.

Uma observação final de Kelsen acerca da questão das lacunas encontra-se na última nota de rodapé da obra póstuma *Teoria geral das normas* e, por sua sinceridade sem rodeios, merece transcrição integral:

Quando o juiz soluciona conflitos de normas para um caso concreto, ou preenche as chamadas “lacunas”, cria Direito novo. Nessa hipótese, para processar-se uma conclusão lógica extraída do Direito vigente, serve-se ele de uma ficção – de uma ficção provavelmente muito útil – cuja invenção, evidentemente, é manter a ilusão de segurança jurídica no público que procura o Direito. (KELSEN, 1986, p. 498-499).

As constatações que Kelsen faz acerca das lacunas e da forma como os juízes a resolvem, criando direito novo, demonstram claramente a falência da tese da separação entre direito e moral.

A teoria da interpretação jurídica de Kelsen encontra-se no oitavo capítulo da *Teoria pura do direito* e interessa de perto para a discussão acerca da dimensão argumentativa da decisão judicial. Referida teoria foi construída a partir da crítica à teoria tradicional da interpretação, identificada com os postulados do juspositivismo legalista da escola da exegese. Estes postulados podem ser sintetizados na ideia da busca da vontade original do legislador (*mens legislatoris*) através da aplicação mecânica da lei ao caso concreto utilizando-se o método da subsunção, o que garantiria por si só a almejada segurança jurídica.

Para Kelsen tais postulados nada têm de científico, mas sim correspondem a certas ideologias jurídicas (SANTOS NETO, 2011, p. 386). O tribunal, ao proferir uma decisão, não “descobre” a vontade do legislador (e portanto o direito) em um sentido meramente declaratório: o que é “descoberto” (ou melhor, identificado) é apenas a norma geral a ser aplicada ao caso concreto, que está presente no ordenamento jurídico; tudo o mais é criação, possuindo a decisão judicial nítido caráter constitutivo (KELSEN, 2009, p. 264).

Ainda no âmbito de sua teoria da interpretação Kelsen desenvolve a ideia de “moldura”, ao afirmar que o juiz possui discricionariedade para decidir o caso concreto e que tal discricionariedade está limitada pelas normas jurídicas que integram o ordenamento. Em outras palavras, a discricionariedade está limitada pela moldura fornecida pelo ordenamento jurídico, a qual é constituída pelas normas desse mesmo ordenamento. É a versão kelseniana da tese da discricionariedade:

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. (KELSEN, 2009, p. 390).

A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo. (KELSEN, 2009, p. 272).

Para Kelsen a ciência do direito deve se limitar a descrever as possíveis interpretações que podem ser feitas dentro dos limites da moldura. O cientista do direito não pode ir além disso, ou seja, não faz parte dos objetivos da ciência do direito indicar qual seria a interpretação correta para um caso concreto, seja este real ou imaginário.

De acuerdo con la teoría pura del derecho, puede distinguirse en la problemática de la validez, dos dominios: el práctico u operativo y el teórico y epistemológico. El primero estaría comprometido con la política jurídica, y por lo tanto – según Kelsen – excluido del universo de preocupaciones de una ciencia normativa del derecho, cuya actividad se limitaría tan sólo a la esfera epistemológica. (WARAT, 2004, p. 269).

Daí que a descrição das interpretações possíveis configuram para Kelsen um ato de conhecimento que corresponde a uma interpretação não-autêntica, porque realizada por aqueles que não detêm competência para a criação de normas jurídicas individuais para o caso concreto, ou seja, não são juízes e sim cientistas do direito (KELSEN, 2009, p. 395-397).

Já a interpretação autêntica é aquela realizada pela autoridade que detém competência para a criação de normas jurídicas; a realização e concomitante escolha de uma interpretação possível para um caso concreto representa um ato de conhecimento combinado com um ato de vontade (KELSEN, 2009, p. 394-395). Há uma nítida separação entre a atividade do legislador, do juiz e do cientista do direito: o primeiro está incumbido da criação de normas gerais; o segundo de normas individuais para o caso concreto e o terceiro está limitado a descrever as normas gerais e as possíveis normas individuais.

A indeterminação do conteúdo de uma decisão judicial ao lado da ideia de criação de uma norma individual quando dessa decisão é que leva, no âmbito da teoria da interpretação, à conclusão de que os juízes criam direito (SANTOS NETO, 2011, p. 387). É relevante ainda mencionar que na versão final da *Teoria pura do direito*, de 1960, Kelsen admite inclusive a possibilidade de criação de direito completamente fora da moldura, o qual será direito se a decisão judicial transitar em julgado (KELSEN, 2009, p. 394-395).

Conforme visto, a decisão judicial encontra-se no campo da discricionariedade da autoridade com competência para decidir, a qual adotará uma das interpretações possíveis em um ato de conhecimento combinado com um ato de vontade que possui inegável conteúdo

político. Assim, o conteúdo da decisão judicial diz respeito a uma questão de política do direito e não de teoria do direito (KELSEN, 2009, p. 393).

É importante destacar que Kelsen admite expressamente que a criação da norma jurídica aplicável ao caso concreto através da decisão judicial leva em consideração o conhecimento de outros elementos externos ao direito positivo, como por exemplo normas de moral, normas de justiça e juízos de valor sociais (KELSEN, 2009, p. 393), o que demonstra novamente uma fissura na tese da separação entre direito e moral no que diz respeito à criação judicial do direito.

Porém é impossível o conhecimento científico destes elementos, já que são externos ao direito positivo. Assim, embora Kelsen reconheça a existência de tais elementos, não oferece alternativas para a identificação dos mesmos pela ciência do direito.

Note-se que Kelsen não estava alheio ao desenvolvimento da teoria da argumentação na segunda metade do século XX, a qual trata, dentre outros temas, da identificação de tais elementos “externos” que se encontram presentes na decisão judicial enquanto expressão do discurso jurídico.

Prova disso é que, na já citada última nota de rodapé da *Teoria geral das normas*, Kelsen comenta a Lógica Jurídica de Perelman (Nova Retórica):

Se se permite qualificar de “Lógica” uma tal argumentação [a teoria de Perelman], se bem que ela essencialmente se distinga daquela que tradicionalmente se qualifica de Lógica, é uma questão de terminologia. Trata-se de não ignorar a diferença essencial. É notório que aquilo que Perelman chama de Lógica Jurídica não pode ser uma questão da necessidade lógica específica. (KELSEN, 1986, p. 498).

Kelsen conclui à luz da sua teoria da interpretação que a teoria de Perelman não tem nada a ver com “[...] aquilo que tradicionalmente se qualifica de lógica”, ou seja, com a lógica formal, que para Kelsen é o que deve ser entendido por lógica. Não há, à luz da teoria da interpretação kelseniana, uma necessidade lógica específica, mas apenas produção de direito através da atividade criadora do juiz. (KELSEN, 1986, p. 498).

Como visto, não se pode afirmar que as questões relativas à argumentação jurídica fossem desconhecidas de Kelsen. O autor faz uma opção clara pela manutenção dos postulados juspositivistas, com a defesa da tese da discricionariedade ao afirmar que tudo o que existe é produção do direito pelo juiz, sem que tal produção esteja submetida a critérios lógicos ou argumentativos específicos.

1.1.3 Ross: decisão judicial e subjetivismo

Alf Ross não é um autor estudado ordinariamente no Brasil. Uma explicação para isso talvez seja a geografia em que se dá o pensamento do autor, um tanto quanto distante do sistema jurídico romano-germânico e muito mais próximo do direito anglo-saxão. Isso não significa que as semelhanças existentes entre a teoria de Ross (pertencente ao realismo jurídico escandinavo) e o realismo estadunidense e a teoria jurídica inglesa sejam tantas a ponto de uma identificação para além de um mínimo de propósitos comuns.

Neste sentido Hart (2010, p. 181) identifica como semelhanças a crença de que o direito é feito pelo homem e para o homem, uma certa hostilidade ao jusnaturalismo e “[...] uma descrença generalizada na capacidade de os sistemas filosóficos ajudarem a esclarecer quer aquilo que o direito é, quer aquilo que deveria ser.” Em suma, nada mais juspositivista do que o pensamento do realismo escandinavo.

A crescente judicialização da política e politização da razão jurídica e o também crescente interesse científico por estes fenômenos deram novo fôlego para o pensamento de Ross e do realismo jurídico como um todo³, tanto em sua versão escandinava quanto estadunidense. Isso porque o autor em exame dedicou parte de seu esforço teórico para analisar questões relativas à decisão judicial e ao subjetivismo do juiz quando a elabora, questões estas que são recorrentes à temática da judicialização da política.

A importância da decisão judicial para Ross pode ser mensurada com a sua afirmação de que “[...] a efetividade que condiciona a vigência das normas só pode [...] ser buscada na aplicação judicial do direito, não o podendo no direito em ação entre indivíduos particulares.” (ROSS, 2007, p. 60).

Para compreender o sentido e a importância dessa afirmação e sua relação com a argumentação jurídica, deve-se primeiro lembrar o que foi dito no início deste capítulo acerca das preocupações dos juspositivistas “clássicos” com a elaboração de critérios que tornassem possível a determinação da validade das normas jurídicas.

De fato, as questões relativas à validade das normas jurídicas são de suma importância para os juspositivistas, já que o esclarecimento do que seria uma norma jurídica válida é

³ Como exemplo dessa afirmação veja-se os Anais do II Encontro Procad UFAL-UFPE-UFPB: o judiciário e o discurso dos direitos humanos (ENCONTRO..., 2012), evento em que o autor deste trabalho teve oportunidade de participar e que contou com um grupo de trabalho sobre pragmatismo e realismo jurídico, onde foram apresentados quinze trabalhos de fôlego sobre o tema.

fundamental para a identificação de um parâmetro científico adequado à aferição de uma norma como sendo ou não pertencente a um ordenamento jurídico.

Trata-se da busca por um critério que defina cientificamente se uma norma é ou não jurídica, o que inclusive dá força para a tese da separação entre direito e moral, já que proporciona a identificação de uma norma como sendo jurídica, outra como sendo moral e ainda uma norma que seja ao mesmo tempo jurídica e moral.

Em segundo lugar, compreender o que Ross entende por efetividade e vigência (e o que isso tem a ver com a categoria “validade”) torna possível compreender como ocorre a aplicação judicial do direito, bem como se a argumentação desempenha algum papel na formulação da decisão judicial.

A vigência das normas depende da efetividade, que a condiciona. Em Ross (2007, p. 41), direito vigente “[...] significa o conjunto abstrato de ideias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação”, ou seja, o foco encontra-se no conjunto de normas jurídicas que norteiam a interpretação dos fatos e relações jurídicas, os chamados fenômenos do direito em ação.

Portanto, será direito vigente o conjunto de normas jurídicas que forem utilizadas para interpretar o mundo jurídico real, formado por fatos e relações sociais qualificados como jurídicos por força dessas mesmas normas. Ou, como afirma Barzotto (2007, p. 70), “[...] atos sociais que, postos em relação com as normas jurídicas, podem ser pensados como um todo com sentido.”

Depreende-se desta constatação a ideia de prática social reiterada em relação a certas normas jurídicas como nota distintiva do direito vigente, já que “[...] essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias.” (ROSS, 2007, p. 41).

Esse direito vigente deve ser entendido como direito válido, ou seja, como pertencente ao ordenamento jurídico. Logo, *a validade de uma norma jurídica se afere por sua vigência*, que por sua vez é constada a partir da consciência de obrigatoriedade que a norma possui. Explicitando essa tese, Barzotto (2007, p. 74) afirma que “[...] norma válida, é, portanto, aquela que o juiz considera como socialmente obrigatória. Validade, é assim, um elemento de natureza psicológica presente na mente do juiz, que o vincula a acatar a norma.”

A norma jurídica depende da consciência da obrigatoriedade de seu comando para ser válida, ou seja, depende da prática social e se é válida, é vigente. Essa consciência de obrigatoriedade reside na mente dos juízes e a prática social é a prática da aplicação judicial

do direito. É irrelevante para a aferição da validade o direito em ação entre particulares, já que estes adaptam seu comportamento ao que os tribunais provavelmente decidirão.

Trata-se de uma posição que pode ser definida como sócio-psicológica. Hart (2010, p. 186) esmiúça a tese e seus dois componentes, tal qual exposta na primeira parte da obra *Direito e justiça* de Ross:

Dizer que uma regra jurídica é válida é dizer (1) que os tribunais, em condições específicas, irão aplicá-la ou, pelo menos, considerá-la como especialmente importante para chegarem a uma decisão e (2) que eles o farão porque têm a experiência emocional de “estarem vinculados” pela regra. Uma lei válida é uma hipótese verificável sobre o comportamento judicial futuro e seu sentimento motivador especial.

Sendo a validade um elemento de natureza psicológica e não um dado objetivo como em Kelsen (BARZOTTO, 2007, p. 74), cumpre investigar como se dá essa construção psicológica na cabeça do juiz, ou seja, como ocorre a aplicação judicial do direito. Lembre-se que a posição de Ross pode ser definida como sócio-psicológica, o que não significa em hipótese alguma se tratar de algum tipo de teoria psicológica do direito; ao contrário, trata-se de um *juspositivismo psicologista*.

É importante precisar a ideia exposta acima porque ela traz consequências para a prática do direito. Atienza (2007, p. 38) afirma que no âmbito da aplicação judicial do direito “[...] *hay siempre un componente de irracionalidad, esto es, las decisiones dependen de juicios de valor que, según Ross, tienen un carácter emocional (irracional).*” Ross entende que sempre há um componente de irracionalidade na decisão judicial. Muito longe, portanto, de qualquer tese psicológica acerca do fenômeno jurídico.

Ora, se na formulação da decisão judicial está presente sempre um componente de irracionalidade, formado por juízos de valor com caráter emocional e portanto irracionais, naufraga qualquer possibilidade de compreensão racional (e portanto científica) da forma como o juiz elabora sua decisão. Não por outro motivo Warat (1979, p. 52) afirma, quando discorre sobre as tendências realistas no pensamento jurídico:

Levada às suas últimas conseqüências [sic], esta postura afirma que uma dor qualquer, a opinião da sogra do juiz, sua situação social, o clima do tribunal, os meios de comunicação são, em muitas hipóteses, as causas reais dos processos de elaboração das decisões, normativamente disfarçadas.

No limite, essa ideia leva à constatação de que o ordenamento jurídico como um todo possui certo componente de “irracionalidade psicologista” dos juízes. Porém Ross irá afirmar que esses juízos de valor de caráter emocional podem ser estudados por uma disciplina

chamada de “política jurídica”, a qual seria responsável pela análise da “[...] atividade criadora do direito do legislador ou do juiz e a discussão racional dessa atividade.” (ROSS, 2007, p. 48).

Tratando-se de uma possibilidade de discussão racional da atividade criadora do direito, tal disciplina seria na verdade sociologia do direito aplicada; para além dessa identificação com a sociologia, seria “[...] baseada em valorações que se encontram fora do âmbito do conhecimento racional.” (ROSS, 2007, p. 48).

É a experiência emocional de se sentir vinculado pela norma jurídica, como afirmou Hart na citação acima, que permite de certo modo prever o comportamento judicial futuro em relação a casos semelhantes aos já decididos. Essa experiência emocional está baseada nos juízos de valor que compõem a psicologia do juiz.

Porém estes juízos de valor não estão sozinhos. Conforme dito acima, existe um componente de irracionalidade, mas existe também aquilo que Ross chama de ideologia jurídica, que pode ser entendida como o conjunto de fontes do direito, do qual é, obviamente, privilegiada a lei: é a tese das fontes sociais do direito na versão rossiana.

Sendo assim, “[...] uma norma é válida quando identificada segundo os padrões admitidos como ‘fontes’ pela ideologia judicial.” (BARZOTTO, 2007, p. 78). Em outras palavras, os juízes identificam as normas como sendo válidas também em contraste com a lei, fonte primária de uma “ideologia judicial”. Esse conceito de ideologia judicial é a forma encontrada para Ross para evitar que a determinação da validade de uma norma dependa exclusivamente da consciência individual do juiz (BARZOTTO, 2007, p. 83), o que tornaria o conceito de validade imprestável nos marcos científicos do juspositivismo.

Para Ross, o direito é um sistema de normas válidas, sendo a validade uma categoria psicológica, isto é, um sentimento de obrigatoriedade gerado, nos sistemas modernos, pela presença de uma ideologia normativa que determina como válidas as normas produzidas de acordo com normas do próprio ordenamento, culminando esse processo em uma norma básica. O direito está, portanto, perfeitamente delineado a partir de si mesmo, sem necessidade de se recorrer a critérios oriundos da moral (justiça) e da política (eficácia). (BARZOTTO, 2007, p. 84).

Tendo tais fatores em conta, Ross (2007, p. 68) afirma, corroborando a opinião de Hart a respeito de sua obra, que “[...] um conhecimento desta ideologia (e sua interpretação) nos capacita, portanto, a calcular antecipadamente com considerável certeza o fundamento jurídico de certas decisões futuras, fundamento que aparecerá nos argumentos”, o que torna sua teoria próxima dos diversos realismos estadunidenses, que também têm esse objetivo.

Pouco ou quase nada Ross pode dizer sobre o conteúdo das decisões judiciais para além do que foi apresentado, bem como acerca da forma através da qual a decisão é tomada. Ross limita-se a identificar, num exercício de verdadeira futurologia jurídica, qual o provável fundamento jurídico que aparecerá na justificação de decisões posteriores a partir da “consciência de obrigatoriedade” e da prática social reiterada de aplicação do direito vigente.

E, mesmo admitindo a presença de juízos de valor nas decisões judiciais, Ross não faz uma escolha sobre um ou mais valores que seriam aqueles mais adequados ou aptos a fundamentar a decisão judicial ou mesmo para que esta atinja certa finalidade. Como afirma Atienza (1999, p. 38), Ross silencia sobre os fins do direito, ou seja, sobre os valores que seriam especificamente jurídicos.

Se em Kelsen a argumentação jurídica está totalmente alheia à investigação científica do direito, já que engloba elementos de moral ou política externos ao direito positivo, em Ross tais elementos de moral ou política necessariamente fazem parte da decisão judicial, já que a mesma é composta por juízos de valor.

Ocorre que a identificação científica e racional de tais valores continua impossível, já que os mesmos são levados em consideração de maneira totalmente irracional, não sendo, portanto, cognoscíveis cientificamente. Se isso fosse possível, talvez tais elementos fossem passíveis de qualificação enquanto jurídicos. Mas isso não é possível na formulação rossiana, portanto tais elementos continuam fora do âmbito da investigação da ciência do direito.

Sequer é possível identificar cientificamente qualquer espécie de argumento na fundamentação da decisão judicial, quanto mais um argumento especificamente jurídico. O que é possível visualizar é a fundamentação jurídica da decisão, ou seja, a norma jurídica que serve de fundamento para uma decisão que é, em essência, irracional. E a utilização dessa norma jurídica pode ser relativamente prevista para decisões futuras, tendo por base sua adoção em decisões passadas, o que permite aferir a consciência de obrigatoriedade presente em tal norma.

O problema é que, segundo Atienza (2000, p. 172), para Ross “[...] as decisões jurídicas são essencialmente arbitrárias, isto é, são produto da vontade, e não da razão”, ou seja, prevalece a tese da discricionariedade. Sendo assim, não se pode falar de uma argumentação propriamente jurídica, mas sim de argumentos fundados em juízo de valor e presentes na decisão judicial através de uma fundamentação feita *a posteriori*, recorrendo-se a uma norma jurídica pelo juiz que, *a priori*, decidiu irracionalmente.

1.1.4 Hart: regra de reconhecimento e textura aberta do direito

Desde o pensamento de Kelsen é corrente a ideia de que existe um campo em que o juiz atua discricionariamente. Em Kelsen a tese da discricionariedade é defendida através da tese da moldura; em Hart essa ideia continua a existir, porém com contornos mais definidos que irão possibilitar uma série de pequenas rachaduras na rígida separação entre direito e moral operada pelo juspositivismo.

Embora a teoria hartiana tenha surgido a partir de uma tradição distinta⁴ daquela do juspositivismo kelseniano, suas três teses básicas nada deixam a dever a este e ao juspositivismo como um todo, o qual, lembre-se, está sustentado nas teses das fontes sociais do direito, da separação entre direito e moral e na tese da discricionariedade.

Segundo Stolz (2007, p. 110-111), a teoria hartiana se ancora nas duas primeiras teses, somando às mesmas a tese da discricionariedade judicial. Na verdade, a tese da discricionariedade encontra-se no pensamento juspositivista desde Kelsen, tendo inclusive uma elaboração feita por Ross, como visto acima. O que Hart faz é desenvolvê-la ao seu modo; sua versão da tese ficou famosa devido ao ataque feito por Dworkin, o que pode levar à constatação de que a tese da discricionariedade é um aporte de Hart ao pensamento juspositivista.

Ocorre que, por mais paradoxal que possa parecer, é a tese da discricionariedade judicial na versão hartiana que permitirá o influxo da moral no direito, inclusive através da argumentação jurídica. Porém isso não se dá nos moldes da teoria kelseniana, em que a autoridade que detém a competência decisória é absolutamente livre para decidir de acordo com a solução que achar adequada.

Antes de expor e debater a tese da discricionariedade judicial em Hart se faz necessária, para a devida compreensão das especificidades e da forma como a argumentação jurídica se insere na teoria hartiana, a análise de um de seus conceitos fundamentais: a regra de reconhecimento. Se a primeira vista a mesma se parece com a norma fundamental kelseniana, um olhar mais atento permite compreender sua sofisticação em relação à construção de Kelsen bem como a contribuição que a mesma dá para o influxo de elementos morais e políticos no âmbito jurídico.

⁴ Hart constrói sua teoria a partir da crítica da teoria do direito dominante na Inglaterra à sua época: o utilitarismo de Austin. De fato, os três primeiros capítulos de *O conceito de direito* são dedicados a crítica da teoria de Austin. Para um esclarecimento sobre o pensamento de Austin, Bentham e do próprio Hart, veja-se Kiraly (2008).

A teoria do direito de Hart tem como ponto de partida a diferenciação entre regras primárias e secundárias. Após inventariar o conjunto de teses que sustenta a teoria do direito dominante à sua época e identificar seus pontos defeituosos, Hart busca superá-lo. Nesse intuito, em contraposição à teoria imperativa da lei de Austin, que entender ser a lei essencialmente um comando de um soberano (HART, 2010, p. 62), surge para Hart a ideia de regra primária.

A regra primária impõe um dever a uma pessoa, seja o dever de fazer alguma coisa ou de se abster de fazer algo, sob pena de uma sanção (HART, 2011, p. 102-104); em outras palavras, impõe uma *obrigação* a uma pessoa, sendo, portanto, uma regra *jurídica*.

A obrigação jurídica não é obrigatoriamente seguida por ser um comando de um soberano, já que existem regras primárias que impõem deveres e que não necessariamente emanam de uma posição de poder.

Para Hart (2011, p. 97), “[...] a insistência na importância ou seriedade da pressão social subjacente às regras é o factor [sic] primário determinante para decidir se as mesmas são pensadas em termos de darem origem a obrigações.”

Ou seja, não apenas a autoridade de um soberano impõe uma obrigação a alguém mas também a pressão social subjacente a essas mesmas regras, ou seja, a pressão exercida pela comunidade.

Ocorre que as regras primárias possuem três espécies de defeitos: são incertas, estáticas e ineficazes. Para sanar estes defeitos são necessárias as regras secundárias. É o surgimento das regras secundárias que marca a passagem de um sistema primário para um sistema jurídico, podendo-se concluir que o direito é, para Hart, a união de regras primárias e secundárias (HART, 2011, p. 102-104).

São três as espécies de regras secundárias: a regra de reconhecimento, que visa sanar a incerteza; a regra de alteração, que tem por objetivo dar dinamicidade à estática das regras primárias e a regra de julgamento (adjudicação) (HART, 2011, p. 104-106).

Se o direito é a união de regras primárias e secundárias, pode-se afirmar que “[...] a combinação entre regras primárias de obrigação com regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento representam o coração de um sistema jurídico.” (HART, 2011, p. 107).

Interessa aqui somente a regra de reconhecimento. Conforme dito, esta tem por objetivo sanar a incerteza na identificação das regras jurídicas primárias. Esta regra é obrigatoriamente dotada de autoridade (HART, 2011, p. 104) e através dela é possível identificar se uma regra primária é ou não jurídica, ou seja, se pertence ou não a um ordenamento jurídico ou ainda se é juridicamente *válida*, impondo uma obrigação jurídica.

A regra de reconhecimento, ao contrário da norma fundamental kelseniana, possui existência de fato (HART, 2011, p. 121), não sendo pressuposta⁵. Segundo Hespanha (2009, p. 125-126), “[...] a norma de reconhecimento existe no plano empírico; não no plano axiológico, nem no plano psicológico, nem no plano simplesmente lógico.”

Como possui existência de fato, a regra de reconhecimento pode incorporar elementos da moral e da política, ou, como afirma Hart (2011, p. 309, 312), pode conter princípios de justiça e valores morais substantivos, os quais, por estarem incluídos no sistema, possuem status de critérios últimos de validade das normas jurídicas, já que incluídos na própria regra de reconhecimento.

Em havendo a incorporação de valores morais e políticos à regra de reconhecimento e estes valores possuindo o status de elementos de aferição da validade de uma norma jurídica, surgirá uma qualidade substancial à própria norma: a correção moral. Como afirma Dimoulis (2006, p. 139), “[...] essa correção moral possível permite concluir que elementos morais podem vir a desempenhar um papel fundamental na determinação da validade da norma jurídica e na interpretação da mesma.”

E, para além da determinação da validade de uma norma jurídica, surge a possibilidade de argumentos jurídicos com conteúdo moral e político passarem a integrar a interpretação/construção das próprias normas jurídicas através da atividade do legislador ou do juiz, *sem que isso signifique a incorporação de elementos externos ao sistema* (como ocorre em Kelsen), já que tais conteúdos podem ser integrantes do sistema, ou seja, internos.

Além da possibilidade de incorporação de elementos morais no âmbito da regra de reconhecimento, também a *tese da textura aberta* permite uma argumentação jurídica que tenha por conteúdo elementos morais e políticos, especialmente no que diz respeito à justificação da decisão judicial através da interpretação/construção das normas de um sistema.

A tese da textura aberta é claramente identificável no ensaio *O positivismo e a separação entre o direito e a moral*, onde Hart identifica a textura aberta como sendo uma “zona de penumbra”: “[...] deve haver um núcleo de sentidos estabelecidos (*core of settled meaning*), mas haverá, também, uma zona de penumbra de casos discutíveis nos quais as palavras nem são obviamente aplicáveis, nem obviamente descartadas.” (HART, 2010, p. 69).

⁵ Se o pensamento de Kelsen é tributário do racionalismo kantiano, o pensamento de Hart muito deve ao empirismo humeano, justamente o pensamento que foi atacado por Kant. A identificação das matrizes filosóficas que norteiam o pensamento dos autores em comento é fundamental para a compreensão das diferenças existentes entre a norma fundamental kelseniana e a regra de reconhecimento hartiana. Para um estudo sobre Hume e sua relação com o pensamento de Hart, veja-se o já citado Kiraly (2008, p. 11-12).

Em outras palavras, trata-se de espaços formados por normas jurídicas que contêm termos potencialmente imprecisos, nos quais o juiz atuará discricionariamente (STOLZ, 2007, p. 111).

Também no *Pós-escrito* a *O conceito de direito* Hart é explícito quando afirma que “[...] não só [...] a regra de reconhecimento, em si, mas também as regras concretas de direito identificadas por referência à ela, podem ter uma discutível ‘penumbra’ de incerteza.” (HART, 2011, p. 313). Sendo assim, “[...] os tribunais possuem uma função criadora que lhes é deixada pela textura aberta do direito contido na lei ou no precedente.” (HART, 2011, p. 161).

Decorre daí que se os argumentos jurídicos e as decisões jurídicas sobre questões da zona de penumbra devem ser racionais, sua racionalidade deve se fundar em algo que não a relação lógica com as premissas. [...] O que é, então, que faz com que tais decisões sejam corretas ou, pelo menos, melhores que decisões alternativas? Mais uma vez, parece correto dizer que o critério que, nesses casos, torna sensata uma decisão é algum conceito daquilo que o Direito deveria ser; e é fácil, a partir daí, passar a dizer que deve haver um julgamento moral sobre o que o Direito deveria ser. (HART, 2010, p. 70).

Conclui-se então que existe uma conexão possível entre direito e moral a partir do conteúdo da regra de reconhecimento (que pode incorporar elementos de moral e política) e “[...] no âmbito da justificação e da legitimidade do Direito [...]” (STOLZ, 2007, p. 113) através da atuação de qualquer das funções estatais.

Especificamente na atuação jurisdicional, é no espaço de discricionariedade judicial (a zona de penumbra) que os juízes podem recorrer a princípios e valores morais para decidir, já que estes integram o sistema. E fazem isso através de uma argumentação racional; é a argumentação que vai propiciar o fundamento da decisão, já que ideais sociais ou éticos vinculam a argumentação e consequentemente a decisão (MAZUREK, 2009, p. 378). Ou seja, em Hart a tese da discricionariedade ganha uma nova elaboração, distinta das anteriores, em especial da versão kelseniana.

Porém nada garante que o preenchimento da zona de penumbra se dê de forma moralmente correta ou mesmo que tal conteúdo possa ser determinável: o juiz pode tanto decidir de forma progressista quanto conservadora e esse conteúdo não importa para a teoria geral do direito (*jurisprudence*), estando no âmbito do poder discricionário. Nesse ponto Hart permanece fiel ao positivismo jurídico, limitando-se a afirmar a *possibilidade* (e não a *necessidade* ou mesmo a *inevitabilidade*) da conexão entre direito e moral.

Por este motivo sua teoria vem sendo classificada como fazendo parte do chamado *positivismo jurídico inclusivo* (DIMOULIS, 2006, p. 136-139; SHAPIRO, 2007, p. 22-23) ou

positivismo moderado (HART, 2011, p. 312), sendo que ambos os termos foram objeto de críticas de Dworkin no ensaio *Modelo de regras II*.

1.1.5 Dworkin: a melhor interpretação possível e a argumentação moral

Ronald Dworkin é um autor complexo, já que escreve para diversos públicos e sobre diversos temas, não se furtando a dar sua opinião sobre as grandes questões envolvendo direitos humanos fundamentais nos Estados Unidos da América, tais como aborto, ações afirmativas, censura e liberdade de imprensa. A análise que se empreende a seguir busca captar somente o papel que a argumentação jurídica desempenha no bojo da *teoria da interpretação*⁶ de Dworkin, a qual, ao lado de sua filosofia moral e política e da aplicação desta aos direitos humanos fundamentais que debate em seus livros compõe o conjunto de sua obra.

É em *Levando os direitos a sério* que Dworkin (2010b) inicia o desenvolvimento desse conjunto, desenvolvimento esse que se dá a partir da crítica das teses daquele que considera o melhor exemplo de pensamento juspositivista: Hart. O debate teórico havido entre os dois é essencial para a compreensão da tentativa de mudança de paradigma do juspositivismo para algo⁷ que o superasse na teoria e em consequências práticas.

A tese exposta no ensaio *Modelos de regras I*, que se encontra em *Levando os direitos a sério*, afirma que os princípios compõem, ao lado das regras, os sistemas jurídicos. Essa tese contraria o modelo de Hart, para quem somente regras compõem os sistemas jurídicos, e é o ponto de partida para a compreensão do entendimento do papel desempenhado pela argumentação jurídica na teoria e na prática do direito segundo Dworkin.

A insuficiência do juspositivismo reside justamente no fato de que este não considera como fazendo parte do ordenamento jurídico os princípios. Ora, se os princípios existem (e eles existem!) e o juspositivismo não os considera, então o juspositivismo não serve como teoria para explicação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Nas palavras de

⁶ Sustenta Rodrigues (2005, p. 9) que certo âmbito do pensamento de Dworkin pode ser identificado como sendo sua teoria da interpretação, não obstante o autor nunca se referir a esse termo em sua obra; também Douzinas (2004, p. 200) identifica esse recorte na obra de Dworkin.

⁷ O pensamento de Dworkin é talvez o melhor exemplo das complicações existentes acerca dos termos “pós-positivismo” e “neopositivismo”, bem como de seus respectivos conteúdos. Alguns acusam Dworkin de ser jusnaturalista, já que busca refutar a tese da separação entre direito e moral; outros o classificam como sendo um jusmoralista radical, o que seria uma espécie de positivismo jurídico *lato sensu* (DIMOULIS, 2006, p. 94-97) e praticamente a totalidade de suas teses é objeto de crítica e refutação pelos juspositivistas contemporâneos, como se depreende da leitura de sua obra e daqueles que com ele polemizam, como por exemplo Joseph Raz.

Rodrigues (2005, p. 21), “[...] a falência do modelo positivista prende-se com a ausência de uma distinção entre princípios e regras; na decisão do caso concreto é necessário o recurso a outro critério para além das regras: é necessário o recurso aos princípios jurídicos.”

Se em Hart havia a *possibilidade* de incorporação de elementos da moral no ordenamento jurídico, em Dworkin essa possibilidade se transforma em regra, o que se dá *inicialmente* através da atribuição de status de norma jurídica para os princípios jurídicos.

Dworkin (2010b, p. 36) afirma claramente que o princípio jurídico é “[...] 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.”

Perceba-se a sutileza no raciocínio empregado: o princípio, ao lado da regra, é uma espécie do gênero norma jurídica. Portanto, possui os atributos especiais que diferenciam a norma jurídica das demais normas sociais, em especial a validade (jurídica); porém, é norma jurídica cujo conteúdo é expressão de uma dimensão moral, como por exemplo uma exigência de justiça ou equidade.

Assim, quebra-se a exigência da validade apenas formal da norma jurídica, já que o princípio deve ser observado *também* porque contém uma exigência de justiça ou equidade, ou seja, uma exigência moral e não apenas porque possui validade formal. Trata-se de um primeiro golpe na tese da separação entre direito e moral.

Os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos jurídicos, os quais são os sustentáculos das decisões judiciais, como afirmado no ensaio *Modelo de regras I* (DWORKIN, 2010b, p. 46). No ensaio *Casos difíceis*, Dworkin vai além e afirma que os argumentos judiciais são gerados por princípios (DWORKIN, 2010b, p. 135), ou seja, os princípios acabam por se tornar verdadeiros padrões de argumentos jurídicos (GUEST, 2010, p. 18), os quais, por sua vez, compõem o cerne das decisões judiciais⁸, conforme citado.

Torna-se então possível justificar uma decisão através de argumentos gerados por princípios. Em um caso concreto, o juiz deverá escolher qual princípio irá prevalecer; essa necessidade de escolha permite sustentar a afirmação de que sempre será possível encontrar uma resposta correta para um caso difícil, motivo pelo qual Dworkin entende estar assim

⁸ A afirmação de que os argumentos são o cerne das decisões judiciais vai de encontro com o papel relevante que tem sido atribuído à argumentação jurídica enquanto forma (método) de justificação das decisões após o “giro linguístico”. Isso coloca a teoria da interpretação de Dworkin no mesmo campo metodológico das diversas teorias da argumentação, não obstante suas várias especificidades.

afastada tese da discricionariedade judicial sustentada por Hart e pelo juspositivismo como um todo. Essa é a chamada *tese da resposta correta*.

E, para além do afastamento da tese da discricionariedade, a tese da resposta correta permite a inserção de elementos da moral no discurso jurídico, já que os princípios são expressões de exigências morais da sociedade (como por exemplo uma exigência de justiça ou de equidade) e possuem validade jurídica. Ultrapassa-se assim a tese da separação entre direito e moral, concluindo-se, com Guest (2010, p. 38) que “[...] o argumento moral é um ingrediente essencial do argumento jurídico.”

Os princípios alcançam um *status* de definidores da própria validade das demais normas jurídicas, sendo encarados, portanto, como os critérios de validade de tais normas. Porém, não são todos os princípios que assim funcionam.

Afirma Dworkin (2007, p. 272) que “[...] segundo o direito como integridade, 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”, prática essa que é argumentativa (GUEST, 2010, p. 16; SHAPIRO, 2007, p. 27).

Assim, não são todos os princípios que servem de parâmetro de atribuição do critério de validade (verdade) para as proposições jurídicas: essas preposições devem constar ou derivar dos princípios *que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade*. Definir “justiça”, “equidade” ou mesmo “devido processo legal” é uma operação complexa e ingrata⁹; porém, a ideia de *melhor interpretação possível* é muito bem explicitada por Dworkin e constitui o cerne de sua formulação interpretativa para o direito.

Note-se que o sujeito que realiza a *melhor interpretação possível* é sempre o juiz. De fato, Dworkin foca sua teoria da interpretação na figura do juiz e na forma como este deve interpretar o direito. Esse foco na figura do juiz fica claro quando da elaboração do modelo do juiz Hércules (DWORKIN, 2010b, p. 166), um arquétipo do que seria um juiz perfeito, apto a decidir nos termos da teoria defendida por Dworkin.

A melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade, ou seja, a resposta correta que mantém o direito íntegro, é consequência necessária desta mesma prática jurídica, que é histórica e cujo acúmulo histórico deve ser respeitado. Explicitação dessa ideia

⁹ O conceito de “devido processo legal” é incluído por Dworkin ao lado do conceito de “justiça” e “equidade” porque, ao contrário do que ocorre no Brasil, nos Estados Unidos da América existe uma diferenciação entre devido processo legal substancial e devido processo legal procedimental. Dworkin se refere ao primeiro destes conceitos, mais próximo do conceito de justiça e equidade por conter uma exigência de limitação material à atuação dos poderes públicos.

encontra-se na tese do romance em cadeia (*chain novel*), explicitada no capítulo seis da obra *Uma questão de princípio*, intitulado *De que maneira o direito se assemelha à literatura*:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então. (DWORKIN, 2005, p. 238).

Comparando direito e literatura, Dworkin prega um respeito à tradição jurisprudencial, ou seja, aos precedentes. Os precedentes explicitam a melhor interpretação possível até o momento em que o juiz se debruça sobre o caso concreto a decidir. E cabe ao juiz continuar essa tradição jurisprudencial, essa “história”.

Esse é o *direito como integridade*: a integridade, “[...] valor político fundamental da comunidade, convoca uma coerência de princípios, de acordo com a qual a lei e as decisões judiciais devem ser interpretadas e moldadas em coerência com a história legal e o sistema de princípios ético-políticos.” (RODRIGUES, 2005, p. 154).

Tendo isso em mente, cabe perguntar: como Hércules chega à resposta correta, ou seja, como se continua a tradição jurisprudencial, chegando à melhor interpretação possível para aquele caso concreto?

Dworkin (2007, p. 330) explicita o caminho percorrido por Hércules: em primeiro lugar, devem-se identificar os possíveis princípios aplicáveis ao caso concreto, tendo como fonte a legislação disponível; em sequência, devem-se analisar as decisões anteriores e as formas como elas resolveram conflitos entre os princípios aplicáveis.

Neste ponto fica clara a necessidade de se recorrer à tradição jurisprudencial, necessidade essa explicitada (mas não justificada) pela tese do romance em cadeia e que reforça a ideia de que o juiz está “continuando uma história” ou, alegoricamente, continuando a escrita de um romance em cadeia.

Feita a identificação do campo discursivo onde o caso concreto se encontra, ou seja, identificado o “fio da narrativa do romance”, cabe continuá-lo, o que se faz através da depuração das opções disponíveis na tradição jurisprudencial, excluindo-se qualquer opção que se mostre inadequada¹⁰; ao final, Hércules deverá escolher qual princípio é superior em termos de moral pessoal e política.

Sendo assim, conclui-se que “[...] a parte mais decisiva de um argumento jurídico é seu elemento moral.” (DWORKIN, 2010a, 253). Resta saber como esse elemento moral é determinado na argumentação jurídica que serve para justificar uma decisão judicial tomada nos moldes acima.

Qual é o parâmetro moral que deve ser adotado? Torna-se necessário precisar o que se entende por “superioridade em termos de moral pessoal e política”, caso contrário a tentativa de superação da tese juspositivista da discricionariedade terá falhado, como os críticos de Dworkin afirmam que falhou¹¹. Tais questionamentos são inevitáveis ao se aceitar a moral como parte necessária do direito e pertencente ao seu campo de justificação interna.

Conforme visto, essa necessidade de adoção de um parâmetro moral para as decisões judiciais fica clara tanto na tese da resposta correta quanto na tese do direito como integridade. Para Douzinas (2004, p. 200): “[...] *judges are asked to construct the notorious ‘right answer’ to legal problems by developing political and moral theories that would present the law in the best possible light and create an image of the ‘community as integrity’.*”

Portanto, a teoria de Dworkin exige que ele forneça uma teoria da moralidade que seja adequada (GUEST, 2010, p. 44). Essa exigência foi trabalhada em diversos escritos de filosofia moral e política, sendo o último destes escritos a obra *Justice for hedgehogs*, lançada em janeiro de 2011 e até o momento sem tradução para o português. Para os fins e limites deste trabalho¹² bastam as observações feitas por Costa (2008, p. 407):

Essa consciência faz com que Dworkin se tenha dedicado à elaboração de um discurso interno coerente com os princípios democráticos e liberais aos quais ele está manifestamente vinculado. Então, não se trata de uma teoria jurídica neutra, mas de uma teoria engajada em um determinado projeto político, que ele supõe legítimo na medida em que entende que ele se encontra engastado no mundo-da-vida da comunidade em que se insere.

¹⁰ Dworkin afirma que Hércules deve se perguntar se alguma ou alguma das possibilidades de opção entre os princípios é passível de exclusão por questões de adequação, mas não explicita o que seriam essas “questões de adequação”.

¹¹ Neste sentido, veja-se Rodrigues (2005, p. 137-141).

¹² Uma discussão interessante sobre a filosofia política e a teoria da justiça de Dworkin encontra-se em Furquim (2010) e também em Guest (2010), este último já amplamente citado neste trabalho.

A utilização dos princípios *que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade*, ou seja, que forneçam *a melhor interpretação possível* é ao mesmo tempo causa e consequência da teoria moral de Dworkin. Esta circularidade de pensamento é explicitada por Guest (2010, p. 17):

Para Dworkin, há uma distância muito pequena entre a idéia do “melhor sentido possível” de algo e a moralidade. Sua perspectiva do direito é a da justificação. Devemos interpretar o direito de modo a tirar dele o melhor sentido “moral”. Em outras palavras, devemos sempre assumir, quando tentamos determinar o que o direito requer ou permite, que isso faça sentido moralmente. Por quê? Porque isso dá sentido ao direito. Qual é o propósito de justificar a ação em nome do direito a menos que essa ação tenha também uma justificação moral?

Segundo Costa (2008, p. 406), “[...] longe de buscar afirmativas objetivamente corretas acerca da forma universal do direito, o que Dworkin propõe é apenas uma leitura de sua própria tradição (que ele chama de comunidade) que confira a ela um sentido que seja aceitável perante ela própria.” Dworkin faz uma opção por uma moralidade e considera essa moralidade como sendo aquela adequada para a realização do direito e estando apta a fundamentar juridicamente as decisões judiciais nos casos difíceis.

É um passo a mais na possibilidade de argumentação a partir de elementos ético-políticos no direito, além de ter representado e continuar a representar um rompimento definitivo com a tese da separação entre direito e moral, rompimento este que já havia se iniciado com Hart, bem como uma tentativa de superação da tese da discricionariedade. E tanto assim o é que Dworkin afirma, ao final da obra *A justiça de toga*, que “[...] a teoria do direito é um exercício de moralidade política substantiva.” (DWORKIN, 2010a, p. 252).

1.1.6 Alexy: a tese do caso especial e o argumento dos princípios

Ao lado de Dworkin, Robert Alexy pode ser apontado como representante do estado da arte no que diz respeito à teoria do direito e à teoria da argumentação jurídica. Sua obra *Teoria da argumentação jurídica*, seguida da *Teoria dos direitos fundamentais* e de *Conceito e validade do direito* são de conhecimento obrigatório para todos aqueles que se dedicam ao estudo da teoria do direito contemporânea.

Pode-se afirmar com segurança que a tese exposta em *Teoria dos direitos fundamentais* constitui o alicerce teórico para a dogmática jurídica dos direitos humanos fundamentais que é desenvolvida e praticada no Brasil, como bem exemplificam as obras de

Virgílio Silva (2010) e o curso de Dimoulis e Martins (2011), dentre outros. Sua recepção e aceitação no Brasil é inegável, como atestam inclusive inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre direitos humanos fundamentais, os quais fazem expressa menção a seus aportes teóricos, ainda que essa recepção e aceitação sejam problemáticas e passíveis de crítica, como se verá mais a frente neste trabalho.

A *Teoria dos direitos fundamentais* pode ser encarada como um complemento à tese desenvolvida na *Teoria da argumentação jurídica*. Se nesta Alexy (2011a) apresenta a argumentação jurídica como sendo um caso especial da argumentação em geral, naquela o autor constrói uma dogmática dos direitos humanos fundamentais que permite amplo manejo da sua teoria da argumentação jurídica enquanto método, em especial no que diz respeito à determinação do núcleo essencial dos direitos humanos fundamentais e à solução de conflitos entre tais direitos através da máxima da proporcionalidade e de suas máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Tanto isso é verdade que Alexy afirma na *Teoria dos direitos fundamentais* (ALEXY, 2011b, p. 573) que o discurso dos direitos fundamentais é justamente aquele que se dá através de um processo de argumentação, o qual garante o preenchimento de uma *lacuna de racionalidade*.

A junção de uma teoria da argumentação jurídica com uma teoria dos direitos humanos fundamentais permitiu ao autor partir para o confronto direto com o positivismo jurídico, o que é feito em *Conceito e validade do direito*, obra na qual Alexy desenvolve sua crítica à tese da separação entre direito e moral. Pode-se adiantar desde já que o autor filia-se à tese da vinculação entre direito e moral, ou seja, a tese que afirma ser o direito orientado por fatos reais e incluir elementos morais (ALEXY, 2009, p. 4-5), motivo pelo qual seu pensamento é caracterizado como “pós-positivista”, em que pesem os problemas de definição relacionados a esse termo.

Alexy entende que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação geral, ou seja, do discurso prático geral. Esta tese, conhecida como a *tese do caso especial*, é fundamental no pensamento do autor e encontra-se desenvolvida na obra *Teoria da argumentação jurídica*.

No que interessa para este trabalho, tem-se que a principal diferença entre a argumentação geral e a argumentação jurídica é que esta se vincula ao direito vigente, o que limita a discussão e as próprias questões que são colocadas em discussão (ALEXY, 2011a, p. 210), ao contrário da argumentação geral, que é mais ampla.

A vinculação ao direito vigente é uma das premissas da tese do caso especial: as discussões jurídicas são feitas sob certas limitações, que são próprias do discurso jurídico. As duas outras premissas são que as discussões jurídicas são relativas a questões práticas, ou seja, sobre o que pode ser feito ou omitido e que referidas discussões são feitas sob o prisma da *pretensão de correção* (ALEXY, 2011a, p. 210-211).

A pretensão de correção é um elemento chave na teoria alexyana: é ela que torna obrigatória a exigência de um procedimento que garanta uma fundamentação racional para o discurso jurídico. Afinal, “[...] quem fundamenta algo pretende que sua fundamentação seja acertada e, por isso, sua afirmação correta.” (ALEXY, 2011a, p. 212).

Afirma Atienza (2000, p. 234) que

Alexy não pretende simplesmente elaborar uma teoria normativa da argumentação jurídica (que permita distinguir os bons dos maus argumentos), e sim uma teoria que seja também analítica (que penetre na estrutura dos argumentos) e descritiva (que incorpore elementos de tipo empírico).

Essas são, para Alexy (2011b, p. 33-35), as três dimensões da dogmática jurídica: analítica, empírica e normativa, e é a partir dessas três dimensões que o autor irá construir sua teoria dos direitos humanos fundamentais.

Coerente com sua teoria da argumentação jurídica, Alexy (2011b, p. 571) afirma que “[...] não se pode esperar muito de uma teoria material dos direitos fundamentais. A forma mais ambiciosa de uma teoria material dos direitos fundamentais seria uma teoria que contivesse uma única resposta correta para todo e qualquer caso”, ideia essa que inevitavelmente é associada à tese da resposta correta de Dworkin. Neste sentido Alexy (2011b, p. 573) afirma:

Isso fornece razões para que não se espere muito, de antemão, de uma teoria material dos direitos fundamentais. Não se pode exigir dela mais do que a estruturação, no maior grau de racionalidade possível, da argumentação de forma substancialmente aceitável. Esses requisitos são satisfeitos por uma teoria dos princípios que contenha um conjunto de princípios de direitos fundamentais que os organize em uma ordem flexível a partir de precedências *prima facie* a favor dos princípios da liberdade jurídica e da igualdade jurídica.

Veja-se que em Alexy não há uma teoria material dos direitos humanos fundamentais como implicitamente há em Dworkin, mas há a opção pela prevalência dos princípios da “liberdade jurídica” e da “igualdade jurídica”. Embora Alexy não precise o conteúdo de tais princípios, a eleição dos mesmos como tendo precedência em relação aos demais princípios já

evidencia a insuficiência de uma abordagem meramente formal feita pela teoria da argumentação. Evidencia ainda a necessidade de serem feitas opções valorativas: em Alexy, essas opções são claramente feitas e recaem nos princípios da “liberdade jurídica” e da “igualdade jurídica”.

Em *Conceito e validade do direito* Alexy alargará suas teses para a totalidade do fenômeno jurídico, o que denota uma pretensão de universalidade científica para a teoria da argumentação, ao menos a teoria do autor ora estudado. Conforme dito acima, Alexy principia sua construção teórica com a crítica da tese da separação entre direito e moral. Para o autor, “[...] a tese da separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser [...]” (ALEXY, 2009, p. 3), restando ao juspositivismo apenas dois elementos de definição: legalidade conforme o ordenamento e eficácia social.

Os elementos acima são trabalhados pelos juspositivistas, e Alexy dá destaque a dois deles como sendo os maiores do século XX: Kelsen e Hart. A partir da crítica da noção de norma fundamental em Kelsen, Kant e Hart é que Alexy, tendo como substrato teórico sua teoria da argumentação jurídica, chegará à conclusão de que “[...] existem tanto conexões conceitualmente necessárias quanto conexões normativamente necessárias entre direito e moral [...]” (ALEXY, 2009, p. 27). A partir daí surge a seguinte definição de direito:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apóia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção. (ALEXY, 2009, p. 151).

O pano de fundo da teoria da argumentação salta aos olhos quando se analisa atentamente a definição: sem desprezar a ideia de sistema normativo, tão cara ao juspositivismo desde a jurisprudência dos conceitos, Alexy (2011a, p. 211-212) é claro ao afirmar que o direito *formula uma pretensão à correção*, ou seja, o discurso jurídico deve ser, no contexto do ordenamento jurídico vigente, racionalmente fundamentado, dever que é satisfeito através de procedimentos de aplicação aos quais pertencem os princípios e outros argumentos normativos, ou seja, através da argumentação jurídica que é racionalmente orientada por um procedimento específico.

Observe-se que o sistema normativo só é direito se possuir normas que não sejam *extremamente injustas*. A extrema injustiça e a ineficácia social descaracterizaram a juridicidade do sistema normativo; no que diz respeito à ineficácia social, não há nenhuma inovação em relação aos juspositivistas “clássicos”, já que a questão da eficácia é um tema recorrente em Kelsen, Ross e Hart, representando inclusive uma das grandes dificuldades teóricas das teorias juspositivistas.

A diferenciação teórica reside portanto na ideia de extrema injustiça. E neste ponto Alexy faz referência ao chamado *argumento da injustiça* (ALEXY, 2009, p. 153) para demonstrar que seu conceito de direito não possui caráter juspositivista.

Se a norma jurídica ou o sistema normativo forem extremamente injustos, ou seja, quando for ultrapassado determinado “limiar da injustiça ou da iniquidade” (ALEXY, 2009, p. 33), tem-se a perda da qualidade jurídica. A versão mais conhecida do argumento da injustiça é a fórmula de Radbruch (ALEXY, 2009, p. 34), à qual Alexy adere¹³ (ALEXY, 2001).

Em Alexy (2009, p. 68) essa *injustiça extrema* é aquela que viola direitos fundamentais, motivo pelo qual “[...] o emprego de um conceito não positivista de direito é necessário para assegurar os direitos fundamentais do cidadão.” (ALEXY, 2009, p. 71).

Há uma ligação direta entre o argumento da injustiça e a pretensão à correção da decisão judicial: uma sentença que esteja baseada na injustiça extrema não faz jus à pretensão de correção (ALEXY, 2009, p. 71).

A terceira e última parte da definição “[...] amplia o alcance daquilo que integra o direito. Isso acontece por meio da incorporação do procedimento de aplicação do direito ao conceito de direito. [...] tudo aquilo em que se apóia e/ou deve apoiar-se quem aplica o direito para satisfazer a pretensão à correção integra o direito.” (ALEXY, 2009, p. 154-155).

Se em Hart é possível observar uma série de fissuras na rígida separação entre direito e moral, tanto em Dworkin quanto em Alexy essa separação deixa de ser rígida (claro, cada autor trabalhando a seu modo), culminando no que vem sendo chamado de “pós-positivismo”

¹³ Comprova-se aqui a tese enunciada por Faria (1987, p. 19-22) de que a oposição entre jusnaturalismo e juspositivismo constitui *um falso dilema*, a qual pode ser estendida para a oposição entre jusnaturalismo e “pós-positivismo”. O conceito de direito de Alexy, ao remeter à fórmula de Radbruch como conteúdo do seu argumento de injustiça faz nítido apelo ao jusnaturalismo na versão radbruchiana. Esse jusnaturalismo chama-se *direito racional* e foi elaborado por Radbruch após a experiência do totalitarismo nazista, tendo servido de inspiração para uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão relativas à legislação do período nazista. Para um resgate dessa concepção, vejam-se os *Cinco minutos de filosofia do direito* (RADBRUCH, 1974, p. 415-418) e *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal* (RADBRUCH, 1962, p. 37), onde a fórmula encontra-se enunciada.

ou “neopositivismo” e permitindo que a questão da decidibilidade passe da mera discricionariedade, característica do juspositivismo, para um procedimento racionalmente controlável. Esta é, em suma, a proposta para a superação da tese da discricionariedade trazida pela teoria da argumentação jurídica.

O controle da decisão judicial e do discurso jurídico e o próprio procedimento são fundados na possibilidade de incorporação de elementos argumentativos diversos do elemento jurídico por excelência, que é o elemento normativo. Torna-se possível então a construção de um discurso jurídico que incorpora elementos de moral e política, em rompimento com a tese da separação entre direito e moral.

Esses elementos de moral e de política *compõem o direito, não sendo, portanto, externos a ele* e encontram-se nos princípios: em contraposição à tese da discricionariedade de Kelsen, Ross e Hart, sustentada pela tese da separação entre direito e moral, Alexy defende a conexão entre direito e moral através do *argumento dos princípios*, o qual afirma estar o juiz legalmente vinculado também no espaço de discricionariedade deixado pelo ordenamento jurídico (ALEXY, 2009, p. 84).

Sendo assim, para Alexy (2009, p. 76) o discurso jurídico dos direitos humanos é, nuclearmente, um discurso com exigências morais mínimas racionalmente fundamentáveis. No entanto, ele não identifica quais seriam essas exigências morais mínimas: sua teoria é formal, oferecendo apenas um esquema para representar o *resultado* do processo de formação do discurso, e não o processo do discurso mesmo (ATIENZA, 2007, p. 282) e nem seu conteúdo.

Esta concepção harmoniza-se inteiramente com que foi dito sobre a possibilidade de uma teoria material dos direitos fundamentais nos moldes de Dworkin, já que “[...] embora não sejam possíveis teorias morais substanciais que forneçam a cada questão moral uma única resposta com certeza intersubjetiva conclusiva, são possíveis teorias morais procedimentais, que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática.” (ALEXY, 2011b, p. 549).

Tal discurso jurídico não só é tido como legítimo como vai se tornando indispensavelmente necessário para a prática jurídica, a qual passa a se dar a partir da observância dos procedimentos que garantem, por si mesmos, a correção dos argumentos e do próprio discurso jurídico.

1.2 A decisão judicial como problema argumentativo e o uso estratégico do discurso jurídico

1.2.1 Viehweg e Perelman: a construção da teoria da argumentação

Nos itens anteriores optou-se por trabalhar o tema do direito construído judicialmente e sua dimensão argumentativa a partir de seu desenvolvimento *teórico* (e não necessariamente cronológico) no âmbito dos principais autores da teoria do direito contemporânea.

Ficou demonstrado que os juspositivistas “clássicos” realmente não tinham qualquer preocupação com a dimensão argumentativa da decisão judicial, predominando em seu pensamento a tese da discricionariedade. Ocorre que, *pari passu* ao desenvolvimento do pensamento de Kelsen, Ross e Hart, houve o surgimento de uma teoria da argumentação geral e jurídica¹⁴, especialmente a partir da segunda metade do século XX.

Esse desenvolvimento guarda relação com a centralidade da linguagem nos estudos filosóficos (o chamado “giro linguístico”), bem como pelos interesses em relação aos aspectos pragmáticos dessa linguagem (ATIENZA, 2007, p. 248), ou seja, o interesse pela linguagem em ação e não apenas pelas estruturas formais e materiais (sintaxe e semântica).

Segundo Correias (2012, p. 214), a preocupação central dessa teoria diz respeito à possibilidade de justificação racional das decisões fundadas em normas jurídicas e à elaboração de uma forma ou procedimento adequado para tal justificação. Essa ideia de finalidade da teoria da argumentação é importantíssima para que se possa apontar seus limites, conforme será visto em momento oportuno.

As diversas teorias da argumentação têm no pensamento de Theodor Viehweg e Chaïm Perelman seus pontos de partida. Esses autores não desenvolveram suas próprias teorias do direito, motivo pelo qual são analisados em conjunto e em separado dos autores anteriores. Não obstante, suas contribuições para uma teoria da argumentação jurídica ressoaram nos domínios da teoria do direito, reverberando especialmente na teoria de Alexy e contribuindo para a atual compreensão da teoria da argumentação jurídica enquanto método da teoria do direito.

¹⁴ O desenvolvimento teórico e também não necessariamente cronológico da teoria da argumentação jurídica pode ser bem visualizado e compreendido através da obra *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica* de Atienza (2000) onde o autor expõe as principais linhas de pensamento e as críticas aos autores utilizados neste item do trabalho, à Alexy e a outros autores da teoria da argumentação.

É possível precisar como um dos pontos de partida da teoria da argumentação jurídica a “redescoberta” da tópica aristotélica por Viehweg, tal qual exposto em sua obra *Tópica e jurisprudência* (VIEHWEG, 1979).

O conjunto dos tratados aristotélicos sobre lógica – o *Organon* – é composto, dentre outros livros, pelos *Analíticos posteriores e anteriores*, os quais tratam da teoria do raciocínio formal ou silogismo e do raciocínio científico demonstrativo, ou seja, das bases do raciocínio lógico e científico. É nos *Analíticos* que Aristóteles procura explicar como se elabora um raciocínio formal e demonstrativo, constituindo o mesmo um tratado sobre o método (formal e demonstrativo) adequado para o pensamento científico (*gnosis*).

Ao lado desses livros encontram-se os *Tópicos* e os *Argumentos sofisticos*, os quais tratam do “[...] campo da *doxa*, das opiniões em confronto [...]” (PESSANHA, 1989, p. 234), ou seja, do raciocínio dialético. Sendo assim, em Aristóteles é possível identificar dois tipos de raciocínio: o formal e demonstrativo, adequado para o pensamento científico e o raciocínio dialético, adequado para o desenvolvimento do campo da *doxa*.

Afirma Correias (2012, p. 28), que ao *ser* corresponde o *saber*, o conhecimento (*gnosis*), ao qual é adequado o método formal e demonstrativo; ao *não-ser* cabe o *erro*, já que é impossível conhecer o que *não é*. Já à aparência cabe a opinião (*doxa*). “*La doxa es una facultad que tiene un objeto propio, así como el conocimiento tiene como objeto propio a lo que es (a la esencia, a lo uno). Y el objeto propio de la doxa es la multiplicidad, o, también, el movimiento.*” (CORREAS, 2012, p. 28).

A noção de movimento é inerente à *doxa*: seu campo trata das opiniões em confronto, ou seja, do raciocínio dialético. Não trata dos raciocínios formais e silogísticos que são estáticos. E esse movimento das opiniões em confronto “[...] *no es anárquico sino ordenado; que el mundo reposa en el movimiento constante e igual; que es dialéctico.*” (CORREAS, 2012, p. 44).

Sendo assim, o método de argumentação adequado para o campo da *doxa*, das opiniões em confronto, da aparência e não do ser somente pode ser dialético, no sentido de “arte do diálogo”. E é nos *Tópicos* que este método é desenvolvido por Aristóteles.

Nos *Argumentos sofisticos* são apresentados os argumentos que aparentam ser verdadeiros mas que no entanto não o são. Trata-se de um ataque de Aristóteles aos sofistas, desqualificando seus argumentos enquanto argumentos mesmo: estes seriam não maus argumentos, mas sequer seriam argumentos. Essa constatação, feita desde já, é importante para delimitar inclusive a crítica à teoria da argumentação de matriz perelmaniana, como se verá mais adiante.

Por fim, a aplicação prática do método exposto nos *Tópicos* encontra-se na *Retórica*¹⁵, que, entretanto, não faz parte do *Organon*.

Para Aristóteles a tópica consistia no estudo dos chamados “lugares-comuns” ou *topoi*, a partir dos quais se parte para a construção de uma argumentação racional e correta. Segundo Viehweg (1979, p. 26-27), “[...] *topoi* são, portanto, para Aristóteles, pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade.”

A partir dos *topoi* torna-se possível a construção de um discurso que seja aceito pelo destinatário; a construção desse discurso se dá em diálogo com o destinatário, ou seja, de forma dialética (lembre-se, dialética enquanto “arte do diálogo”, nada mais).

E esse deve ser o método a ser utilizado para a interpretação do direito segundo Viehweg (1979, p. 81) ao afirmar que “[...] a tópica se infiltra no sistema jurídico através da [...] interpretação, exigida pelo estado efetivo do direito. O pensamento interpretativo tem de mover-se dentro do estilo da tópica.” Perelman (1998, p. 119) dirá que existem *topoi especificamente jurídicos*, ou tópicos jurídicos, que dizem respeito a matérias particulares do direito.

É preciso que se diga que tanto Viehweg quanto Perelman, ao procederem ao resgate das concepções aristotélicas, não o fazem com as mesmas intenções a partir das quais tais concepções foram criadas. A filosofia antiga e medieval possuía uma finalidade *ontológica*, de busca do *ser*, em oposição à finalidade manifestadamente *gnosiológica* da filosofia moderna, tradição filosófica onde se encontra inscrita a teoria da argumentação, vez que construída a partir do “giro linguístico”, este preocupado com a linguagem em ação, em movimento, e não com a ontologia dessa linguagem.

Como afirma Correias (2012, p. 20-21), os gregos perguntavam-se: “¿donde reside el *arkhé de la Physis?*”, ou seja, onde se encontra a origem, o fundamento, o princípio¹⁶ da Natureza, considerada essa última enquanto força, enquanto experiência da vida real, concreta.

¹⁵ Os especialistas costumam dividir as obras de Aristóteles em *exotéricas* e *acromáticas*. As primeiras, escritas em geral sob a forma de diálogos, tinham por objetivo a instrução do grande público ateniense e versavam sobre retórica e dialética, enquanto as acromáticas eram destinadas aos discípulos de Aristóteles, possuindo circulação restrita e linguagem mais elaborada. A *Tópica* e as *Refutações sofisticas* são obras acromáticas; já os fragmentos que restaram da *Retórica* compõem uma obra exotérica, motivo pelo qual se pode afirmar que nesta obra se procede à aplicação prática das ideias desenvolvidas sob a forma de tratado naquelas outras duas.

¹⁶ Adverte Correias (2012, p. 20-21) que origem, fundamento e princípio não se confundem com começo: para os gregos as coisas, o mundo e a natureza não têm um começo; são eternas, sempre existiram. Trata-se da busca pelo fundamento, pelo *motor* das coisas.

Perguntar sobre a *arkhé* da *Physis* significa tratar do tema como sendo um problema ontológico, “[...] no como un problema gnoseológico; es decir, como un problema del ser y no como del conocer.” (CORREAS, 2012, p. 22). E, como visto, o ser é cognoscível, podendo-se formar um conhecimento sobre ele (*gnosis*); o não-ser é incognoscível e há ainda o campo da aparência do ser e não de sua essência, que é o campo da *doxa*.

Um ponto interessante sobre o “pioneirismo teórico” de Viehweg é mencionado por Costa (2008, p. 360), ao afirmar que a aproximação de Viehweg com a tópica aristotélica configura uma espécie de “giro aristotélico”, já que se passa a levar em consideração a estrutura que os discursos jurídicos de fato têm (a estrutura dialética do conhecimento sobre a aparência, sobre a *doxa* portanto) em vez de insistir na definição apriorística de regras formais para guiar tais discursos¹⁷, como se fosse possível determinar sua essência, o que não é o caso.

Por outro lado, como afirma Correias (2012, p. 214), os críticos de Viehweg são unânimes em afirmar sua obscuridade e imprecisão conceitual, bem como o não oferecimento de soluções para o problema central da justificação das decisões judiciais, já que seu pensamento encontra-se limitado ao resgate da tópica e do método dialético aristotélico.

A esta crítica alie-se o que afirma Warat (1979, p. 87) sobre o tema, o qual já adianta uma questão fundamental que será analisada posteriormente, relativa à ideologia subjacente à decisão judicial e ao próprio discurso jurídico:

Lembre-se, ainda, que a tópica pertence ao campo da lógica dialética. É que o raciocínio tópico produz uma conclusão, que tem como premissa, opiniões acreditadas ou verossímeis. Na conclusão, portanto, não se demonstra a verdade nela afirmada senão que se cria um efeito de verdade, algo em que se pode acreditar como verdadeiro. Afinal, veja-se que através do tópico-retórico aflora o inequívoco caráter político-ideológico da atividade decisória.

Em sequência ao pensamento de Viehweg surge o esforço sistematizador empreendido por Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca em seu *Tratado da argumentação: a nova retórica* (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1996) como segundo momento na construção da teoria da argumentação jurídica.

Como assinala Alexy (2011a, p. 157), Perelman iniciou seus estudos a partir do lógico Gottlob Frege, dedicando-se a questões de lógica formal, em especial à análise lógica dos juízos de valor e dos conceitos valorativos (campo da sintaxe e da semântica).

¹⁷ Com definição apriorística de regras formais para o discurso jurídico o autor quer fazer referência aos catálogos de métodos de interpretação, tal qual desenvolvidos desde Savigny (1994) em sua *Metodologia jurídica*.

A experiência da Segunda Guerra Mundial vivenciada por Perelman e sua reflexão acerca das atrocidades cometidas pelos nazistas fizeram que ele alterasse sua linha de pesquisa e seus interesses teóricos. O próprio Perelman (1998, p. 103) afirma que, ante tais fatos, surge a necessidade de “[...] afirmar a existência de um princípio geral reconhecido pelas nações civilizadas, concernente ao respeito da dignidade da pessoa humana.”

E inclusive faz referência a outros autores que, na mesma época, estariam empenhados em elaborar “[...] uma síntese que combina uma concepção mais flexível e mais sociológica do raciocínio jurídico com a busca de uma decisão judiciária que seja equitativa, sensata, em uma palavra, aceitável [...]” (PERELMAN, 1998, p. 112), tais como Recaséns Siches e sua *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*.

É preciso lembrar que posteriormente ao segundo pós-guerra houve um retorno praticamente instantâneo ao jusnaturalismo¹⁸, como se verifica da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão relativa à validade da legislação do período nazista e cuja formulação teórica se encontra na já citada fórmula de Radbruch (ALEXY, 2009, p. 34; ALEXY, 2001)¹⁹.

Nesta toada é que Perelman vai buscar respostas na concepção aristotélica de que existe um direito geral, formado por “[...] princípios não escritos que se supõem ser reconhecidos em toda parte” (PERELMAN, 1998, p. 103), em clara referência jusnaturalista. A partir dessa constatação e da aproximação com o pensamento aristotélico Perelman formulará uma lógica jurídica que ele chamará de Nova Retórica, já que existem especificidades no raciocínio jurídico que permitem sua diferenciação em relação ao raciocínio lógico formal.

Do mesmo modo e como citado acima, existem tópicos especificamente jurídicos, cuja importância “[...] consiste em fornecer razões que permitem afastar soluções não equitativas [sic] ou desarrazoadas, na medida em que estas negligenciam as considerações que os lugares permitem sintetizar e integrar em uma visão global do direito como *ars aequi et boni*.” (PERELMAN, 1998, p. 119). Novamente, clara fundamentação jusnaturalista para os tópicos jurídicos, motivo pelo qual resgata-se aqui a já citada tese de que a oposição entre jusnaturalismo e juspositivismo constitui um *falso dilema*, podendo-se estender tal tese para uma suposta oposição entre jusnaturalismo e teoria da argumentação.

¹⁸ Este retorno ao jusnaturalismo, para além da linha mencionada adiante, também ocorreu através da tentativa de fundamentação a partir das filosofias da existência (existencialismo jurídico). Para a caracterização desse movimento e sua crítica, veja-se José (2012, p. 133-138).

¹⁹ Apenas a título de exemplo, destaque-se a famosa decisão sobre a cidadania (BVerfGE 23, 98 (106)), em que o Tribunal Constitucional Federal Alemão declarou nulo *ab initio* o 11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich, que suprimia a nacionalidade alemã dos judeus emigrados e determinava o perdimento de seus bens em favor do Reich. Veja-se Alexy (2009, p. 34-35).

O conceito central da teoria da argumentação de Perelman é o de auditório universal. Parte o autor da afirmação de que “[...] todo discurso se dirige a um auditório.” (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p. 7). Isso é evidente no discurso oral, mas também o discurso escrito se dirige a um auditório composto pelos leitores em potencial de um escritor.

Como afirma Pessanha (1989, p, 235-236), Perelman amplia o conceito de auditório de Aristóteles, que era restrito ao auditório presente no local em que se dá o discurso, para o texto. Ao proceder assim, a argumentação torna-se a forma de construção de teses nas ciências sociais e de construção do próprio discurso, inclusive o discurso expresso através de uma decisão judicial, ou seja, o discurso jurídico.

O auditório condiciona o discurso, ou, em outras palavras, o auditório é “[...] o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação [...]” (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p. 22), sendo que o objeto da Nova Retórica “[...] é o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento.” (PERELMAN, 1998, p. 141).

Os defensores da Nova Retórica argumentam que Perelman está comprometido com a democracia, já que a adoção da teoria da argumentação enquanto método de formulação do discurso jurídico auxiliaria na consolidação de práticas democráticas. Estas se dariam através da construção de consensos a partir do convencimento do auditório, convencimento este feito através de procedimentos racionais (e portanto controláveis).

Nesta linha de pensamento e em defesa de Perelman, Monteiro (2004, p. 189-190) afirma que referido autor “[...] insiste que o conteúdo dos valores não pode ser prefixado, sob pena da constituição de um auditório de elite doador dos sentidos possíveis e que apenas o procedimento argumentativo é que garante a racionalidade por objetivar o consenso em um meio livre de coações.”

E o auditório universal é composto por todos os seres racionais, devendo o orador buscar o convencimento desse auditório para que seus argumentos logrem demonstrar a correção pretendida. Na opinião de Correias (2012, p. 211) reside aí uma chantagem perelmaniana: quem não aceita o argumento, está condenado à irracionalidade. Ou seja, se o argumento foi produzido de acordo com os procedimentos racionalmente estabelecidos é legítimo e o problema reside em quem não aceita esse argumento, o qual está excluído do auditório, tal qual Aristóteles excluiu os argumentos sofisticos enquanto argumentos em si.

Além disso, a argumentação também pode ser perversa e não é imune a ditaduras; dentre essas ditaduras, há a ditadura do auditório, ou seja, da *doxa* dominante (PESSANHA,

1989, p. 246), a qual produz justamente um auditório de elite doador de sentidos e que exclui, no caso, o orador. Essa possibilidade a teoria perelmaniana não é capaz de evitar.

O que se observa a partir das críticas acima formuladas é que os dois conceitos fundamentais da teoria da argumentação perelmaniana (auditório e procedimento) não são suficientes *per si* para garantir qualquer tipo de correção para a argumentação.

Tanto o orador quanto o auditório variam no tempo e no espaço e isso Perelman explicitamente reconhece em sua obra; embora traga a distinção entre bons e maus argumentos, essa é uma análise externa ao discurso e de pouca utilidade prática. Afinal, o que adianta classificar tal e qual discurso ou argumento como sendo bom ou mau sem que isso reflita no seu conteúdo e nas suas consequências práticas?

Feito o esboço do pensamento dos dois autores fundantes da teoria da argumentação, opta-se por trabalhar, nos itens a seguir, a partir da consideração do direito construído judicialmente e conseqüentemente da decisão judicial como *problema* argumentativo, ou seja, como um problema concreto e prático que requer, para sua justificação e solução, uma resposta formulada em bases argumentativas.

Tal abordagem se justifica porque se tornou corrente, a partir da difusão e incorporação da teoria da argumentação jurídica na prática cotidiana dos juristas, a ideia de que a decisão judicial deve ser adequadamente fundamentada e que não basta recorrer aos artigos de lei correspondentes para satisfazer a exigência constitucional da motivação. E o método adequado para que se proceda a tal fundamentação e à posterior verificação de sua validade é a teoria da argumentação.

1.2.2 Da motivação à justificação e a necessidade de argumentar para justificar

Assinala Perelman (1996, p. 561-562) que a necessidade de motivação surge no contexto da França revolucionária. Ainda segundo o autor, já os Estados Gerais do século XVI²⁰ exigiam a supressão das decisões não motivadas, muito embora tal exigência não tivesse logrado qualquer desdobramento prático.

São duas as fontes legislativas da França revolucionária apontadas por Perelman como inaugurais da exigência de motivação: o decreto da Constituinte de 16-24 de agosto de 1790, que em seu título V, artigo 15 afirmava que “[...] os motivos que tiverem determinado a

²⁰ Essa exigência deve ser compreendida na luta gradual da burguesia pela tomada do poder político, ao lado da conquista do poder econômico. Uma narrativa detalhada da saga burguesa encontra-se em Tigar e Levy (1978).

sentença serão expressos” e a Constituição de 5 frutidor do ano III, que em seu artigo 208 afirmava que “[...] as sentenças são motivadas, e nelas se enunciam os termos da lei aplicada.” Note-se que o dispositivo afirma que devem ser enunciados os termos da *lei aplicada*, e não de qualquer outra fonte do direito.

A necessidade de motivação tinha por objetivo naquele momento superar a situação medieval anterior na qual os motivos de direito eram dispensáveis e os motivos de fato eram arbitrariamente adotados na sentença, com regras de prova absurdas, cujo maior exemplo reside nos ordálios ou “juízos divinos”²¹. A própria necessidade de limitar o poder arbitrário dos juízes impulsionou os revolucionários burgueses do século XVIII.

De fato, na Idade Média vigorava o arbítrio na produção das provas e na consequente apreciação dos fatos, e tal situação serviu de argumento para justificar o “aprisionamento” do Poder Judiciário à letra da lei após o triunfo da Revolução Francesa. Note-se que esse arbítrio na verdade era o arbítrio da monarquia feudal e posteriormente absolutista, que tinha nos juízes, em uma época prévia à teoria e prática da tripartição dos poderes, verdadeira *longa manus* de sua autoridade ilimitada.

Por outro lado, no período pré-revolucionário vigorava também a liberdade criativa dos juristas no campo das questões de direito, cuja evolução pode ser muito bem visualizada através do estudo dos glosadores e comentadores e das fontes que deram origem ao *ius commune*²².

Até mesmo os sistemas jurídicos de direito natural, que constituem as grandes construções teóricas do início da Idade Moderna e que tiveram por objetivo superar o direito medieval, foram limitados no período pós-revolucionário. Como afirma Costa (2008, p. 168), “aos poucos, foi sendo minada a confiança em que um indivíduo seria capaz de identificar as regras justas por natureza, mediante critérios de evidência racional”, ou seja, a possibilidade de que cada um por si só pudesse descobrir o justo, ou seja, o direito natural que teria sua origem na própria razão humana.

²¹ Interessante descrição dos ordálios é feita por Gordon (1997, p. 569-570) em uma de suas obras de ficção histórica, *O físico*. O personagem Irmão Paulinus afirma ao protagonista, o médico Rob J. Cole: “– A igreja usa quatro: água fria, água quente, ferro quente e pão consagrado. Posso dizer que o bispo Aelfsige prefere o ferro quente. Você recebe água benta para beber e para molhar a mão. Você escolhe a mão. Depois segura uma barra de ferro em brasa e a carrega por uma distância de três metros em três passos, deixa cair o ferro e corre para o altar, onde a mão é enfaixada e selada. Depois de três dias as ataduras são removidas. Se a mão estiver branca e pura dentro das ataduras, será declarado inocente. Se não estiver limpa, será excomungado e entregue à autoridade civil.”

²² Para uma introdução à temática, veja-se Hespanha (2005).

Assim, o jusnaturalismo liberal deixou de ter uma função iconoclasta, pois já não era mais uma arma para combater uma tradição hegemônica, mas a base mítico-ideológica para a instauração de uma nova tradição. Essa conversão exigiu que fosse inviabilizada uma ligação direta entre o juiz e o direito natural, estabelecendo-se entre esses dois elementos uma relação necessariamente mediada pela lei: a lei deveria refletir as regras naturais, mas os juristas não poderiam questionar a validade da lei com base em argumentos jusnaturalistas. (COSTA, 2008, p. 169).

Com o surgimento da estrutura do Estado Moderno torna-se dominante o “[...] princípio constitucional da subtração de toda a liberdade criativa à ordem dos juristas, enquanto se continua a recitar de modo sempre mais inconsciente mitos, fórmulas e temores provenientes dos eventos de 1789.” (GROSSI, 2006, p. 146).

Claro que a motivação instituída pela legislação revolucionária em muito difere do que se entende por motivação atualmente e que será esmiuçado abaixo; ao passo que esta está diretamente ligada com exigências do Estado Democrático de Direito, aquela tinha a ver com a já citada limitação dos poderes da magistratura.

Sendo assim, a motivação judicial referia-se muito mais à estrita observância dos juízes à lei, o que significava a submissão dos mesmos à vontade do legislador, que por sua vez era representativa da vontade da nação (PERELMAN, 1996, p. 562), tal como teorizado posteriormente pela escola da exegese.

Essa ideia vai ser reproduzida pelo modelo de Estado Liberal, que encontrará em Weber seu acabamento teórico definitivo quando este assinala que, no Estado burocrático com suas leis racionais, portanto no Estado Moderno, “[...] o juiz é algo como um autômato de parágrafos, no qual se enfia em cima a documentação mais os custos e as taxas para que solte em baixo a sentença mais a motivação razoavelmente convincente, isto é, cujo funcionamento, de maneira geral, é calculável.” (WEBER, 1999, p. 531).

No que diz respeito às exigências do Estado Democrático de Direito, tem-se a existência de três campos distintos onde podem ocorrer argumentações jurídicas (ATIENZA, 2000, p. 19-21): a fase de produção ou estabelecimento de normas jurídicas (pré-legislativa e legislativa); a fase de aplicação das normas jurídicas na solução de casos concretos, seja por juízes ou órgãos administrativos e particulares e, por fim, a elaboração da dogmática jurídica, que se ocupa de casos abstratos.

Ainda segundo Atienza (2000, p. 19-21), a teoria da argumentação jurídica não se preocupa muito com a fase de produção ou estabelecimento, que é considerada mais moral e política do que propriamente jurídica, centrando suas preocupações com a fase de aplicação, a qual contém problemas relacionados aos fatos e ao direito.

E a teoria da argumentação jurídica se interessa pelos problemas relacionados ao direito, já que os problemas relacionados aos fatos dizem respeito ao direito probatório²³, e em especial ao direito envolvido nos chamados casos difíceis. Atienza assume que os casos difíceis são exceção, já que a maioria dos casos diz respeito a problemas com fatos e não com o direito.

O interesse da teoria da argumentação jurídica em relação às decisões judiciais e aos chamados casos difíceis já evidenciam que no âmbito do Estado Democrático de Direito as exigências vão além da simples motivação das decisões judiciais. É o que Alexy (2011a, p. 212) chama de *pretensão de correção* das decisões judiciais, conforme visto anteriormente.

Em um contexto de alta demanda pela efetivação material de direitos humanos fundamentais através da judicialização de relações sociais conflituosas, toma forma aquilo que se entende por *ônus argumentativo* a caracterizar essa pretensão de correção das decisões judiciais.

A situação ainda é mais incisiva no que diz respeito aos chamados casos difíceis, que envolvem a aplicação de direitos humanos fundamentais e as inevitáveis colisões que surgem entre tais direitos. Não por outro motivo Dimoulis e Martins (2007, p. 171) acabam por afirmar que “[...] a decisão final cabe ao Poder Judiciário que deverá, para que sua decisão seja juridicamente correta, *justificar*, isto é, *fundamentar* o modo de limitação dos direitos em conflito.”

Sendo assim, a decisão judicial deve ser racionalmente justificada através da argumentação. A justificação racional, ou seja, a racionalidade da argumentação não é apenas um “[...] *encadenamiento lógico de enunciados, ni de la conexión de éstos con el mundo empírico, trátase más bien de procedimientos de discusión, acerca de los cuales existe – o debería existir – consenso, digamos, social.*” (CORREAS, 2012, p. 217).

Esta é, em suma, para além da motivação tradicional, a compreensão teórica atual da necessidade de justificação da decisão judicial enquanto exigência do Estado Democrático de Direito. Na verdade, a justificação da decisão judicial configura verdadeira condição de legitimidade da própria decisão no âmbito do Estado Democrático de Direito.

²³ Chama atenção o fato de que o direito probatório não teve um desenvolvimento adequado nos domínios do *civil law*, ao contrário do que ocorre no *common law*, em que existe uma disciplina própria para seu estudo (*law of evidence*), de altíssima importância nos currículos das faculdades de direito. Especialmente no que diz respeito ao direito probatório na doutrina brasileira, veja-se a obra de Marinoni e Arenhardt (2010), talvez a pioneira no estudo da matéria.

A satisfação desta necessidade e aferição da legitimidade encontra-se no campo da dimensão argumentativa da decisão judicial e serve-se da teoria da argumentação enquanto método e possui diversos contextos e possibilidades, as quais são trabalhadas no item a seguir.

1.2.3 Contexto de descobrimento e contexto de justificação; justificação externa e justificação interna do discurso jurídico e seu uso estratégico

Em Kelsen, Ross e Hart verificam-se diversas formulações para a tese da discricionariedade. Um ponto comum aos três autores é a afirmação de que elementos diversos da norma jurídica que constituem o direito construído judicialmente situam-se sempre externamente em relação ao direito que é considerado cientificamente, ou seja, ao direito positivo. O realismo jurídico, aqui exemplificado pelo pensamento de Ross, radicaliza esse argumento ao afirmar que a decisão judicial é um ato puramente subjetivo do juiz, não havendo qualquer possibilidade de conhecimento racional do mesmo.

A distinção entre contexto de descobrimento e de justificação serve justamente para superar essa visão do realismo jurídico (ATIENZA, 2007, p. 103). Sendo assim, independentemente da forma como os juízes chegam a suas decisões, é possível dizer se tal decisão, quando tomada, está justificada ou não, e essa análise permite atestar a racionalidade e a correção de referida decisão.

Para o realismo jurídico não há qualquer modelo lógico a nortear os juízes na tomada de uma decisão. Ocorre que, como afirma Atienza (1994, paginação irregular) realmente é possível que os juízes não decidam de forma lógica, mas tal fato não anula a necessidade de que essa decisão, por mais ilógica que tenha sido elaborada, deva ser justificada. Conforme visto no item anterior, a necessidade de justificação da decisão judicial é também uma exigência, no caso, uma exigência do Estado Democrático de Direito.

A partir dessa necessidade de justificação é que se pode identificar um contexto de descobrimento, no qual se busca “[...] a descrição e a explicação dos processos de tomada de decisão [...] que exigiria levar em consideração fatores de tipo econômico, psicológico, ideológico [...]” (ATIENZA, 2000, p. 13), estando este contexto de descobrimento identificado justamente com a busca que os realistas têm como improvável do ponto de vista científico, mas que é levada a cabo por outras ciências com relativo sucesso²⁴.

²⁴ Apenas a título de exemplo, veja-se Prado (2010), trabalho de inegável mérito que conjuga direito e psicologia, tratando justamente da temática do contexto de descobrimento, dentre outros tópicos.

Também é possível identificar um contexto de justificação, que diz respeito ao “[...] discurso justificativo dos juízes, isto é, das razões que oferecem como fundamento [...] de suas decisões.” (ATIENZA, 2000, p. 13). Veja-se que o contexto de justificação vai além da mera motivação das decisões judiciais: conforme explicitado acima, para a teoria do direito contemporânea e para o modelo do Estado Democrático de Direito, trata-se de verdadeira exigência.

O contexto de justificação identifica-se com a perspectiva do participante, em cujo centro se encontra o juiz: é ele quem deve justificar sua decisão judicial. Sobre a perspectiva do participante, afirma Alexy (2001, p. 82-83):

[...] adopta la perspectiva del participante quien en un sistema jurídico participa en una argumentación respecto de lo que está ordenado, prohibido, permitido y autorizado en ese sistema jurídico. En el centro de la perspectiva del participante se halla el juez. Si otros participantes, como por ejemplo juristas, abogados o ciudadanos interesados en el sistema jurídico, presentan argumentos a favor o en contra de determinados contenidos del sistema jurídico, en ese caso se refieren, en último término, a cómo tendría que decidir un juez si quisiera decidir correctamente.

Conforme já mencionado anteriormente, a teoria da argumentação jurídica se preocupa muito mais com a fase da aplicação do direito. Por este motivo pode-se afirmar que ela se situa na perspectiva do participante e no contexto de justificação dos argumentos. Além disso, costuma ter pretensões descritivas e prescritivas (ATIENZA, 2000, p. 24-25): descritivas do procedimento argumentativo e prescritivas em relação aos critérios a serem observados no procedimento para que se atinja a correção do discurso jurídico.

Não é outra a preocupação dos teóricos da argumentação jurídica: desde Perelman e de seu catálogo das diversas espécies de argumento até Alexy e a descrição do procedimento que deve ser observado para se obter uma decisão racionalmente justificada sob o ponto de vista argumentativo, o que se busca é a descrição do procedimento argumentativo e a prescrição de critérios adequados para a correção deste mesmo procedimento.

No que diz respeito ao contexto de justificação, a teoria identifica uma justificação interna e outra externa. Segundo Alexy (2011a, p. 219), a problemática relativa à justificação interna tem sido discutida sob o nome de “silogismo jurídico”, e nada mais é do que a exposição da operação de subsunção dos fatos à norma que levou à conclusão. Veja-se que a exigência de justificação das decisões judiciais (e do próprio discurso jurídico) independe do conteúdo desse discurso, atingindo inclusive os chamados “casos fáceis”, solucionáveis por mera subsunção.

Ainda com Alexy (2011a, p. 228), pode-se afirmar que “[...] o objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna”, ou seja, quais os critérios adotados para a subsunção levada a efeito e exposta no plano da justificação interna. Torna-se possível então demonstrar “[...] como as decisões jurídicas se justificam de fato e também (e ao mesmo tempo, pois [...] os dois planos em geral coincidem) como deveriam elas ser justificadas.” (ATIENZA, 2000, p. 24-25).

Como se verá no item a seguir, diversos fatores influenciam diretamente a justificação interna do discurso, que pode até ser lógica e baseada no silogismo judicial, mas não é somente isso: é inevitável e necessário o apelo a um discurso legitimador externo (justificação externa), e esse apelo existe mesmo que os juristas não se dêem conta disso. Esse discurso legitimador externo é aquilo que Warat (1994, p. 13) chama de *senso comum teórico dos juristas* e que, por sua importância na hipótese desenvolvida nesse trabalho, merece tratamento separado, feito no item a seguir.

Segundo Alexy (2011a, p. 228), as premissas utilizadas na justificação interna que podem ser fundamentadas pela justificação externa são as seguintes: regras de direito positivo, enunciados empíricos e premissas diversas das regras de direito positivo e dos enunciados empíricos, ou seja, aquilo que o autor chama de “argumentação jurídica”.

Ou seja, a argumentação jurídica não se confunde nem com as prescrições de direito positivo (normas jurídicas positivadas) e nem com os enunciados empíricos, que dizem respeito a fatos e são compreendidos através do direito probatório. Abre-se então um campo novo, o campo da argumentação jurídica enquanto campo de justificação externa do discurso judicial. E esse campo comporta elementos de moral e política, conforme já visto.

A distinção entre justificação interna e externa e a análise de seu conteúdo torna-se então fundamental para a construção de estratégias de *dogmática jurídica crítica*. Trata-se da possibilidade de construção de discursos legitimadores externos de uma prática interna, pensados e elaborados a partir das necessidades lógicas internas do ordenamento jurídico e tendo inevitavelmente por fundamento uma filosofia ou teoria moral ou política externa a esse ordenamento, incorporável no discurso jurídico através da argumentação jurídica.

Como visto anteriormente, a teoria da argumentação comporta preocupações no âmbito da decisão judicial mas também no âmbito da dogmática jurídica, já que esta é um dos campos em que podem ocorrer argumentações jurídicas (ATIENZA, 2000, p. 19-21). Ou seja, torna-se possível a construção de estratégias que se situam no campo do discurso jurídico em sentido amplo, que engloba tanto a decisão judicial quanto a dogmática jurídica.

A necessidade de uma filosofia ou teoria moral ou política é expressamente reconhecida no pensamento de Dworkin, conforme visto no item 1.1.5. De fato, não basta indicar os procedimentos através dos quais se obtém a correção do discurso, já que inevitavelmente haverá a necessidade de se socorrer a argumentos de moral e política.

Também Alexy reconhece essa necessidade quando desenvolve o argumento dos princípios, buscando a justificação externa na fórmula de Radbruch, conforme visto no item 1.1.6. Ao contrário de Dworkin, Alexy não se propõe à tarefa de desenvolver uma filosofia ou teoria moral e política, mas reconhece sua necessidade quando apela, no desenvolvimento do argumento dos princípios e na ideia da extrema injustiça, à fórmula de Radbruch, que satisfaz essa necessidade a partir de uma elaboração jusnaturalista.

No que diz respeito à dogmática jurídica enquanto campo da argumentação jurídica, afirma Perelman (1998, p. 111):

A dogmática jurídica não pode eximir-se de tomar posição nas controvérsias em que juízos de valor opostos venham a chocar-se num caso particular. Seu papel é fornecer argumentos que permitirão aos advogados militantes, e principalmente aos juízes, eleger uma posição e fundamentá-la no direito.

A tomada de posição requerida por uma *dogmática jurídica crítica* é aquela que identifica o discurso externo justificador hegemônico e toma posição em relação a esse discurso de maneira crítica em favor da efetivação dos direitos humanos fundamentais. Ou seja, seguindo a sugestão de Perelman, essa dogmática jurídica crítica elege uma posição moral e política e a fundamenta juridicamente através de argumentos jurídicos que transitam da justificação externa para a interna.

Assim é que se torna possível identificar o uso estratégico que pode ser atribuído ao discurso jurídico e aos argumentos jurídicos que o sustentam. Este uso estratégico decorre justamente da função estratégica da argumentação jurídica, que é a de convencer um auditório.

Pode-se falar na decisão judicial como um problema argumentativo, vez que o juiz deve desincumbir-se do *onus argumentativo* que recai sobre si; porém, o fenômeno possui também outra faceta, que é de natureza estratégica. Está se afirmando que a decisão judicial é um momento estratégico na prática jurídico-política, o que se dá através de uma tomada de posição moral e política. E, além disso, trata-se de um momento estratégico *privilegiado*.

Foi dito acima que a legitimação da decisão judicial está diretamente ligada ao auditório que busca convencer através dos argumentos. Como afirma Perelman (1996, p. 565)

“[...] a própria idéia [sic] de motivação, de justificação de uma decisão judiciária, muda de sentido ao mudar de auditório.”

Perelman (1998, p. 238) identifica três auditórios diferentes que a decisão judicial deve buscar satisfazer: “[...] de um lado as partes em litígio, a seguir, os profissionais do direito e, por fim, a opinião pública, que se manifestará pela imprensa e pelas reações legislativas às decisões dos tribunais.”

O uso estratégico da argumentação jurídica no âmbito da fundamentação das decisões judiciais emerge como possibilidade de, para além de eleger uma posição e fundamentá-la no direito, tentar o convencimento do auditório e o conseqüente alargamento da proposta moral e política que serve de justificação externa. No caso desse trabalho, a proposta de máxima efetivação de direitos humanos fundamentais.

1.2.4 A fundamentação racional do discurso jurídico e o senso comum teórico dos juristas

Os discursos jurídicos que servem para a *justificação externa* da decisão judicial e o próprio discurso jurídico em que a decisão judicial consiste, inclusive sua *justificação interna*, são todos ordinariamente fundados naquilo que se convencionou chamar de *senso comum teórico dos juristas*.

Tanto o orador quanto o auditório e o próprio discurso produzido são permeados por essa realidade de senso comum, a qual, segundo Warat (1994, p. 13), “[...] designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito.” O senso comum teórico contém, portanto, condições de produção, circulação e consumo que vão além do orador e do auditório como instância ideal e neutra e dos procedimentos discursivos de que se serve a atividade de produção do discurso para sua correção. Trata-se de uma instância relativa ao *conteúdo* e não às formas e procedimentos.

Esse conteúdo é escamoteado das reflexões teóricas feitas *sobre* o discurso jurídico. Como é facilmente perceptível, até o momento os diversos autores trabalhados no âmbito da teoria do direito dedicaram-se a formas e não a conteúdos. Os juspositivistas “clássicos” relegam o conteúdo da decisão judicial para o campo da discricionariedade ao passo que os teóricos da argumentação não estão diretamente preocupados com esse conteúdo.

Na verdade, existe pouca diferença entre preocupar-se exclusivamente com a validade formal das normas jurídicas e preocupar-se principalmente com os aspectos formais do discurso e da argumentação jurídica. Warat (2009, p. 9) dirá que “[...] a pesquisa jurídica

apresenta uma história carregada de fantasmas e de espectros racionais que tendem a isolar a fala dos juristas de suas condições sociais de produção”, o que realmente ocorre quanto se leva em consideração para análise do fenômeno jurídico somente as teorias juspositivistas “clássicas”, a teoria da argumentação ou mesmo ambas.

A partir das reflexões waratianas desnuda-se um campo de significância no âmbito do fenômeno jurídico para além daquele apresentado pela teoria da argumentação, que está limitada aos procedimentos e formas argumentativas, não investigando seu conteúdo. Surge então a possibilidade de alargamento de uma conexão entre direito, moral e política que é estreitamente desenvolvida a partir da crítica feita à Hart por Dworkin (2010b, p. 23-72) e do conceito de direito formulado por Alexy (2009, p. 151), permitindo-se assim que a teoria visualize os conteúdos existentes e possíveis dessa conexão para além da estreiteza dos autores citados acima.

Segundo Warat (2004, p. 258), as normas morais são condições de significação do discurso jurídico, impondo limites aos conteúdos significativos das normas jurídicas. Trata-se de “condições de sua significação, embora possamos admitir que não sejam condição de sua validade”. Ultrapassa-se aqui a discussão travada pelos juspositivistas “clássicos” quanto aos critérios de validade da norma jurídica, que são somente critérios formais, bem como as limitações da teoria da argumentação, já que a discussão não se dá mais em torno da validade da norma jurídica e da incorporação de elementos de moral e política mas sim sobre os conteúdos significativos da norma jurídica, da decisão judicial e do próprio discurso jurídico.

Ou seja, para além dos procedimentos e formas argumentativas do discurso jurídico e para além da questão da validade da norma jurídica coloca-se a questão fundamental da própria significação da norma, da decisão e do discurso jurídico, significação essa que é construída em relação e a partir de normas morais que expressam condições de produção, circulação e consumo de verdades jurídicas.

Impõe-se a necessidade de investigar como se dá a formação dos conteúdos de significado da norma e do discurso jurídico, o que permitirá compreender que “[...] a fala é mais aquilo *de onde* falamos do que aquilo *que* falamos [...]” (WARAT, 2009, p. 9, grifos nossos), ao que se pode acrescentar que vai além também do *como* falamos (regras de procedimento do discurso jurídico) e do *para quem* falamos (auditório).

Estas condições sociais de produção traduzem-se em uma nomenclatura no âmbito da teoria do direito naquilo que Machado (2011, p. 27) vem chamando de *quadrado paradigmático* e seus desdobramentos correspondentes. Para Machado (2011, p. 27), é

justamente esse *campo* ou *cuadrado paradigmático* que propiciou a formação do *senso comum teórico dos juristas*.

A reflexão acerca dessas condições sociais à luz da teoria machadiana é feita na parte três deste trabalho, e é o que permitirá a propositura de estratégias de efetivação de direitos humanos fundamentais no âmbito do discurso jurídico.

Por ora basta a compreensão da necessidade de alargamento do espectro de investigação da teoria do direito em direção ao conteúdo do discurso jurídico e para além das formas e procedimentos.

A própria reflexão sobre o “império da pragmática” apontado por Atienza (2007, p. 248) já coloca esse desafio quando o autor afirma que os aspectos formais e materiais da argumentação parecem ser um passo prévio para que se possa fixar as condições de adequação e de êxito do discurso, porém não limitando-se a tais aspectos.

Do mesmo modo, “[...] *la teoría de los enunciados jurídicos y del ordenamiento o sistema jurídico y la de la validez y las fuentes del Derecho parece algo previo al estudio de la toma de decisiones y de la justificación de las mismas en que consiste la práctica jurídica*” (ATIENZA, 2007, p. 248), ao que pode-se acrescentar que o estudo das tomadas de decisão e da justificação das mesmas são insuficientes face às condições reais de produção, circulação e consumo que condicionam a prática jurídica.

A presença dessas condições significa que a ideia de ideologia²⁵ está subjacente ao conceito de *senso comum teórico dos juristas* e é isto que se deve ter em mente quando se investiga o conteúdo dos discursos jurídicos. Não por outro motivo Warat (2009, p. 11) afirma que a categoria do *senso comum teórico dos juristas* é o “[...] modelo de competência que expressa a formação ideológica do conhecimento jurídico”, ou seja, a ideologia é atividade estruturante dos discursos jurídicos.

E essa ideologia constitui condição objetiva do discurso jurídico e não mero fenômeno da consciência, já que não se pode conceber um discurso sem conteúdos conotativos e tais conteúdos não podem ser eliminados através de processos lógicos (WARAT, 2009, p. 13).

E a ideologia, segundo Atienza (2007, p. 278) “[...] *engaña porque no es simplemente una visión falsa del mundo, sino una visión, un conjunto de ideas, que al tiempo que oculta*

²⁵ O conceito de ideologia é um dos mais controversos da teoria social. Uma definição que se mostra inteiramente compatível com os fins a que se propõe este trabalho, em especial com a discussão travada no capítulo três, item 3.2.2, é a de Fairclough (2008, p. 117): “Entendo que as ideologias são significações/construções da realidade (o mundo físico, as relações sociais, as identidades sociais) que são construídas em várias dimensões das formas/sentidos das práticas discursivas e que contribuem para a produção, a reprodução ou a transformação das relações de dominação.”

(parte de) la realidad, la refleja.” Entender que o discurso e a prática jurídica se resumem apenas a categorias abstratas tais como orador, auditório e procedimento discursivo é tomar a parte pelo todo e enxergar o fenômeno jurídico apenas através de lentes que não só ocultam as demais partes da totalidade do real mas também refletem essa parte mostrada como sendo única.

Essa reflexão leva à conclusão inelutável, com Correias (2012, p. 92), de “[...] *que hoy, la Metodología Jurídica, es otro campo de combate ideológico. Y no puede no serlo, ni eso debe asustar a nadie. Al contrario, puede ser un espacio más en la resistencia a la deshumanización de los juristas.*” A este combate ideológico se propõe este trabalho, nos termos expostos no capítulo três.

CAPÍTULO 2 A ATUAÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DO PODER JUDICIÁRIO

2.1 Neoconstitucionalismo e direitos humanos fundamentais no Estado Democrático de Direito da semiperiferia

2.1.1 Neoconstitucionalismo e Estado constitucional

Diversos fatores são apontados como sendo responsáveis pelo surgimento, desenvolvimento e consolidação da teoria da argumentação jurídica e por sua adoção enquanto método de trabalho da teoria do direito. A teoria do direito que adota a teoria da argumentação jurídica enquanto método é conhecida por neoconstitucionalismo.

Dada a importância do neoconstitucionalismo para o debate contemporâneo na teoria do direito, o objetivo deste capítulo é demonstrar, num primeiro momento, em que consiste tal vertente do pensamento jurídico e qual sua relação com o Estado Democrático de Direito brasileiro e com a questão da necessidade de efetivação dos direitos humanos fundamentais. A seguir, partir-se-á para a discussão acerca da judicialização da política e da politização da razão jurídica, momento em que se tentará uma aproximação em relação à prática do Poder Judiciário brasileiro, a qual, ao menos retoricamente, se dá nos marcos ora abordados.

Já no capítulo anterior foi afirmado que a teoria da argumentação jurídica surge como resposta à necessidade de justificação das decisões judiciais que é própria do Estado Democrático de Direito. Assim, segundo Atienza (2007, p. 17), um dos fatores responsáveis pelo interesse no estudo da argumentação jurídica está vinculado justamente com a passagem do “Estado legislativo” para o “Estado constitucional”, o qual requer um incremento na justificação das decisões dos órgãos públicos.

Isso ocorre porque o Estado constitucional requer também e sempre um controle sobre o conteúdo das decisões e não apenas um controle em relação à competência da autoridade que decide e ao procedimento utilizado para se chegar à decisão; a teoria da argumentação seria o método apto a efetuar esse controle das decisões. E em que mais consiste esse Estado constitucional, além da exigência de controle sobre o conteúdo das decisões?

A expressão Estado constitucional é corrente na literatura jurídica da Europa continental, como se verifica praticamente da totalidade de autores que trabalham a partir da perspectiva neoconstitucionalista, como por exemplo Ferrajoli (2009, p. 14). Serve para designar um modelo de Estado que representa o sucessor do Estado legislativo.

Ocorre que esta expressão não se mostra totalmente adequada, já que o Estado legislativo, o qual pode ser identificado com o Estado Liberal construído a partir da Revolução Francesa e que teve seu auge na Europa do século XIX, também era um Estado constitucional, no sentido de que também estava sob a égide de uma Constituição¹; era identificado como Estado legislativo apenas por conta do predomínio da função legislativa no exercício do poder estatal.

Como se verá no item a seguir, a expressão mais adequada (ao menos no caso brasileiro) é Estado Democrático de Direito, o qual inclusive possui especificidades em relação ao Estado constitucional nos moldes aqui expostos, que são os moldes desenvolvidos por Ferrajoli (2009, p. 13-29).

Por ora basta dizer que é no âmbito do Estado constitucional que se desenvolve o neoconstitucionalismo. Algumas condições *jurídicas* foram e continuam sendo responsáveis pelo surgimento da teorização neoconstitucionalista. Estas condições serão vistas a seguir.

Segundo Guastini (2009, p. 49-50), a satisfação de um conjunto de “condições de constitucionalização” permite afirmar que um ordenamento jurídico está totalmente “impregnado” pelas normas constitucionais, ou seja, trata-se de um ordenamento jurídico constitucionalizado, característico do Estado constitucional e no qual pode se desenvolver uma teoria neoconstitucionalista.

São sete as condições de constitucionalização (GUASTINI, 2009, p. 50-58): (1) uma Constituição rígida; (2) a garantia jurisdicional dessa Constituição; (3) a força vinculante da Constituição; (4) a “sobreinterpretação” da Constituição; (5) a aplicação direta das normas constitucionais; (6) a interpretação conforme das leis e (7) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

Afirma ainda o autor (GUASTINI, 2009, p. 50) que existem graus de constitucionalização, ou seja, um ordenamento jurídico pode estar mais ou menos constitucionalizado a depender da satisfação maior ou menor das condições de constitucionalização. Não se trata, portanto, de um conceito bipolar em que um ordenamento jurídico está ou não constitucionalizado.

Sobre estas condições o que se verifica é que são um retrato daquilo que, em conjunto, constituem o fenômeno do constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo e que, conforme citado, servem para identificar também o que seria o Estado constitucional de

¹ Neste sentido Ferrajoli (2009, p. 13-14) faz uma diferenciação entre Estado de Direito em sentido “lato, débil ou formal” (Estado legislativo) e Estado de Direito em sentido “forte ou substancial” (Estado constitucional), o que justificaria a classificação entre Estado legislativo e Estado constitucional.

que fala Ferrajoli: inicialmente a necessidade de uma Constituição rígida (1), que embora rígida, possua um sistema de controle de constitucionalidade (2). Estas duas primeiras condições dizem respeito à estrutura do ordenamento jurídico.

As condições (3) e (4) dizem respeito à cultura jurídica e a postura dos intérpretes frente ao ordenamento jurídico: é preciso que se encare a Constituição como possuidora de força vinculante, ou seja, “[...] *de la idea de que toda norma constitucional – independientemente de su estructura o de su contenido normativo – es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos*” (GUASTINI, 2009, p. 53), superando ideias tais como a de Constituição como mera “carta de intenções políticas” e a de existência de normas programáticas não aplicáveis imediatamente.

É preciso também que os intérpretes levem essa força vinculante em consideração, ou seja, que entendam a Constituição como vinculante (GUASTINI, 2009, p. 55) e realizem a “sobreinterpretação”, que para Guastini (2009, p. 54) é a interpretação extensiva que leva em consideração a força normativa e demonstra a irradiação das normas constitucionais para todo o ordenamento jurídico e para dentro do campo político. “*En otras palabras, no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa: no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea sólo una political question, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez [...]*.” (GUASTINI, 2009, p. 54-55). Trata-se de uma consequência prática da refutação da tese da separação entre direito e moral (e política).

Também as condições (5), (6) e (7) dizem respeito principalmente a uma tomada de posição dos intérpretes frente ao ordenamento jurídico: trata-se da aplicação direta das normas constitucionais aos casos concretos, inclusive nas relações jurídicas entre particulares (5); trata-se ainda da interpretação da legislação ordinária conforme a Constituição² (6) e da própria judicialização da política, com a adoção de uma postura promotora ou autocontida através da utilização das normas constitucionais, já que “[...] *las normas constitucionales pueden ser más o menos usadas en la argumentación política (de los órganos y de los actores) para justificar sus acciones y decisiones.*” (GUASTINI, 2009, p. 58).

É importante salientar que a satisfação das condições de constitucionalização depende quase que em sua totalidade da tomada de posição do intérprete/aplicador em face da Constituição, ou seja, do fenômeno da constitucionalização contemporânea. Este é um dado relevante, já que, como se verá no próximo capítulo, a necessidade de *tomada de posição* e de

² Os dois casos concretos trabalhados no item 2.3 têm em comum justamente o pedido feito, consistente em *interpretação conforme a Constituição*.

escolha é fundamental para a construção de um discurso jurídico de efetivação dos direitos humanos fundamentais.

No limite, a satisfação das condições de constitucionalização propostas por Guastini, que são condições *jurídicas*, passam por uma tomada de posição *política*. As próprias condições jurídicas apontadas somente se tornaram possíveis de satisfação a partir do surgimento histórico de condições *políticas* adequadas, as quais podem ser resumidas no sentimento de perplexidade que predominou no segundo pós-guerra e na possibilidade de construção de um “capitalismo organizado” através do *Welfare State* e em oposição ao “socialismo real” dos países liderados pela União Soviética.

A possibilidade de satisfação das condições de constitucionalização e da consequente materialização do Estado constitucional permite ao neoconstitucionalismo ser encarado como uma tentativa de renovação teórica e prática em relação ao constitucionalismo moderno e também como uma teoria de pretensões universalizantes para todo o campo jurídico, além, é claro, de ser o modelo que explica o próprio Estado constitucional europeu contemporâneo (ARIZA, 2009, p. 239).

Sendo assim, ao lado da representação atual do modelo seguido em maior ou menor grau pelos ordenamentos jurídicos constitucionalizados nos moldes citados acima (COMANDUCCI, 2009, p. 75), o neoconstitucionalismo pode ser entendido também como uma tentativa de elaboração de um novo paradigma científico no âmbito da teoria do direito, ainda que essa proposta seja um tanto quanto embrionária³.

A identificação do neoconstitucionalismo como teoria do direito, conforme mencionada no início deste capítulo, é feita por Comanducci (2009, p. 82), que, recorrendo à classificação de Bobbio acerca do positivismo jurídico, distingue outros dois tipos de neoconstitucionalismo, além do mesmo como teoria do direito: como ideologia do direito e como método de análise do direito.

Como teoria do direito, o neoconstitucionalismo se apresenta realmente como uma teoria concorrente com o positivismo jurídico (COMANDUCCI, 2009, p. 83), trazendo modificações no que diz respeito ao objeto e ao método a ser adotado pela ciência do direito. Seu objeto é descrito ora como um “modelo descritivo da Constituição como norma” ora

³ Alguns autores afirmam que o neoconstitucionalismo realmente constitui um novo paradigma para o direito, nos termos que a ideia de paradigma é utilizada por Machado (2011, p. 23-29) e por este trabalho. Por exemplo Ariza (2009, p. 246), quando afirma: “*Sin duda, las innovaciones que el neoconstitucionalismo ha ocasionado en el Derecho y, por tanto, también en la manera de afrontar su estudio, permiten que se pueda afirmar que estamos en presencia de un nuevo paradigma (con toda la fuerza kuhniiana del término) que se podría denominar el paradigma constitucionalista del Derecho.*”

como um “[...] modelo axiológico da Constituição como norma.” (COMANDUCCI, 2009, p. 84). Em relação a ambos os modelos corresponderá um método fundado na interpretação especificamente constitucional.

No positivismo jurídico legalista o objeto é a lei; no juspositivismo “clássico” a norma jurídica. Esse objeto é substituído no neoconstitucionalismo pela Constituição *enquanto norma jurídica*, seja em sentido descritivo, seja em sentido prescritivo. Ou seja, a norma jurídica continua a ocupar o lugar central das preocupações teóricas. Apenas não se trata de qualquer norma jurídica, mas sim da Constituição, que deve ser descrita e entendida como possuindo um valor intrínseco que se irradia para todo o ordenamento jurídico através da interpretação especificamente constitucional *porque possui normatividade* (modelo axiológico da Constituição como norma).

Como ideologia do direito o neoconstitucionalismo, a partir da refutação da tese da separação entre direito e moral e em conexão com a eleição da Constituição enquanto modelo normativo axiológico, sustenta que “[...] *puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución*” (COMANDUCCI, 2009, p. 86), decorrendo daí “[...] *la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor crítica y no sólo descriptiva por parte del científico del Derecho.*” (SANCHÍS, 2009, p. 124).

A identificação de quais valores são expressos por esse modelo normativo encontra-se na declaração de direitos, ou seja, no catálogo de direitos humanos fundamentais que está contido na Constituição. Assim, “[...] *destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución [...].*” (COMANDUCCI, 2009, p. 86).

Como se verá no item a seguir, o catálogo de direitos humanos fundamentais é também a nota distintiva do Estado Democrático de Direito, ao lado da exigência de sua efetivação enquanto finalidade mesma deste modelo de Estado. No terceiro capítulo deste trabalho serão exploradas as possibilidades de um discurso jurídico fundado nos direitos humanos fundamentais que seja apto a fundamentar estratégias dogmáticas de efetivação destes mesmos direitos.

Como método de análise do direito (neoconstitucionalismo metodológico), Comanducci faz expressa referência à teoria de Dworkin e Alexy e à “[...] *tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y moral.*” (COMANDUCCI, 2009, p. 87).

Afirmou-se acima, com Comanducci, que eleger a Constituição como objeto reclama um método fundado na interpretação especificamente constitucional. Em que pesem as diversas teorias e métodos atualmente em voga para a interpretação constitucional, o próprio Comanducci reconhece, ao fazer expressa referência à teoria de Dworkin e Alexy, que o método do neoconstitucionalismo é a teoria da argumentação.

É este também o entendimento de Machado (informação verbal)⁴ e adotado por este trabalho. Em resumo, pode-se afirmar que

O neoconstitucionalismo reclama uma nova teoria da norma, que possibilite a conjugação de regras e de princípios, bem como uma nova teoria da interpretação jurídica que não seja nem puramente mecanicista nem, tampouco, absolutamente discricionária, em que os riscos que comportam a exegese da Constituição sejam suportados por um esquema plausível de argumentação jurídica. (CAMBI, 2011, p. 90).

Ou seja, se o neoconstitucionalismo pode ser encarado como teoria do direito, seu método é construído a partir da teoria da argumentação, na linha das teorias de Dworkin e Alexy e a partir de suas tentativas de superar a tese da separação entre direito e moral e a tese da discricionariedade. Trata-se da busca de uma teoria apta a dar vida às “condições de constitucionalização” e, conseqüentemente, concretizar a Constituição no plano fático, com a própria concretização do catálogo de direitos humanos fundamentais.

Para Streck (2011, p. 36, 65) o neoconstitucionalismo não traria qualquer contribuição para além daquela já presente nas escolas críticas do “positivismo primitivo”, ou seja, escolas críticas do positivismo legalista da escola da exegese e da jurisprudência dos conceitos. Tratar-se-ia na verdade apenas de uma reafirmação das críticas antiformalistas feitas pela escola do direito livre, pela jurisprudência dos interesses e por sua sucessora, a jurisprudência dos valores. Sendo assim, não haveria que se falar em uma superação da tese da separação entre direito e moral, mas apenas em uma retomada de críticas que remontam ao início do século XX.

Ainda segundo Streck (2011, p. 36), o neoconstitucionalismo não oferece uma solução para o problema de decisão, ou seja, para o problema da discricionariedade judicial, depositando suas esperanças na “loteria do protagonismo judicial” enquanto forma de realização do direito. Não haveria, portanto, superação da tese da discricionariedade. Afirma ainda que “[...] na verdade, o neoconstitucionalismo, ao invés de representar uma solução para

⁴ Antônio Alberto Machado, aula ministrada na disciplina Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-graduação em Direito da FCHS – UNESP/Franca, em 24 ago. 2012.

o problema da decisão, propicia ainda mais um maior protagonismo judicial.” (STRECK, 2011, p. 65).

De fato, o neoconstitucionalismo não oferece uma solução para o problema da discricionariedade judicial. Porém não é a teoria neoconstitucionalista que propicia um maior protagonismo judicial, mas são condições históricas (e essencialmente políticas) que propiciaram o surgimento deste protagonismo e o *posterior* (ou no mínimo *concomitante*) desenvolvimento teórico do neoconstitucionalismo, o qual realmente *reforça* a postura de maior protagonismo do Poder Judiciário.

Afinal, se “[...] o conhecimento é sempre contextualizado pelas condições que o tornam possível [...]” (SANTOS, 2005, p. 32), a validade de uma teoria permanece enquanto as condições objetivas em que tal teoria foi elaborada se mantêm: se as condições históricas se alteram e a teoria permanece a mesma, não sendo reelaborada, pior para a teoria, que não mais corresponderá ao mundo real e não terá mais aplicabilidade. Como afirma Machado (informação verbal)⁵, não é possível uma teoria do direito que seja eterna, perpétua, pois a ambiência sócio-histórica e cultural se altera.

Sendo assim, a questão da superação da tese da discricionariedade deve ser historicamente contextualizada: a discricionariedade do juiz nunca deixou de existir. Por mais que os revolucionários franceses tenham pregado a submissão do juiz à lei, o que se cristalizou na teoria do positivismo legalista da escola da exegese, isso nunca aconteceu na prática e nunca sequer foi possível acontecer.

Neste sentido Hespanha (2011) demonstra como nas próprias obras dos autores da escola da exegese houve uma predominância *relativa* do legalismo, havendo permanência de elementos de direito doutrinal (como por exemplo na obra de Portalis); do mesmo modo, a base do direito positivo continuou a ser o jusnaturalismo (e continua sendo até hoje, como demonstrado no capítulo anterior ao mencionar o *falso dilema* existente entre juspositivismo e jusnaturalismo e mesmo entre jusnaturalismo e teoria da argumentação).

O juspositivismo “clássico” funda-se na tese da discricionariedade e a elabora de diversas formas, culminando no pensamento de Hart. As tentativas de superação trazidas por Dworkin e Alexy, os quais podem ser alocados no contexto do neoconstitucionalismo (embora referidos autores possuam teorias do direito próprias com especificidades que não podem ser ignoradas, conforme expostas no capítulo anterior) são insuficientes para, *por si*

⁵ Antônio Alberto Machado, aula ministrada na disciplina Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-graduação em Direito da FCHS – UNESP/Franca, em 13 set. 2012.

mesmas, dar conta da questão da discricionariedade judicial, remetendo inevitavelmente para a necessidade de opções valorativas morais e políticas, o que demonstra ainda e novamente a falsidade da tese da separação entre direito e moral.

Não dando conta da superação da tese discricionariedade, Streck (2011, p. 37, 69) defende, no lugar do neoconstitucionalismo, aquilo que prefere chamar de Constitucionalismo Contemporâneo. Este está fundado no plano da teoria do Estado e da Constituição no paradigma do Estado Democrático de Direito e reclama uma teoria do direito que resignifique a teoria das fontes, incorporando a ideia de onipresença da Constituição em detrimento da supremacia da lei; reclama ainda uma teoria da norma, a ser construída através da identificação da normatividade dos princípios e uma teoria da interpretação apta a blindar a discricionariedade e os ativismos.

As críticas de Streck são atuais e válidas, em especial no que diz respeito às insuficiências do neoconstitucionalismo enquanto tentativa de superação da tese da discricionariedade. Por este motivo pode-se concluir que o neoconstitucionalismo é muito mais uma ideologia do direito (nos termos expostos por Comanducci) do que uma teoria do direito e um método de análise do direito; por fim, as próprias condições de constitucionalização expostas por Guastini explicitam a insuficiência teórica do neoconstitucionalismo e seu viés nitidamente ideológico, requerendo na verdade uma *opção* do jurista em concretizá-las, assumindo a obrigação moral de obedecer a Constituição.

Nessa perspectiva, continua muito mais interessante então a utilização da teoria da interpretação de Dworkin e da teoria da argumentação de Alexy como “pauta para o debate” da teoria do direito contemporânea ao lado da demanda pela concretização dos direitos humanos fundamentais enquanto exigência do Estado Democrático de Direito do que a adesão incondicional ao neoconstitucionalismo enquanto teoria do direito.

De modo que a ideologia em que se configura o neoconstitucionalismo é um produto de condições históricas específicas, as quais podem ser sintetizadas na figura do Estado Democrático de Direito, das práticas que dele decorrem e das exigências que lhe são próprias, e é nesse campo de investigação que o presente trabalho prossegue.

2.1.2 Estado Democrático de Direito da semiperiferia e direitos humanos fundamentais

A teoria jurídica brasileira não costuma utilizar a expressão Estado constitucional. Como mencionado acima, tal expressão diz respeito ao modelo de Estado de Direito que existe em alguns países europeus, tais como Itália, Alemanha e Espanha (ARIZA, 2009, p. 239).

Não obstante tal situação, fato é que as condições de constitucionalização mencionadas por Guastini se fazem presentes no Brasil, o que pode ser atestado inclusive pelo florescimento de um neoconstitucionalismo “à brasileira” na jurisprudência e na doutrina, esta última com produção bibliográfica expressiva.

Neste sentido, pode-se destacar, dentre vários, os nomes e as obras de Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos e Humberto Ávila como sendo os mais expressivos no trato de questões teóricas gerais e da temática dos princípios⁶; Daniel Sarmento pode ser indicado como o mais expressivo nome para a compreensão da temática da incidência dos direitos humanos fundamentais nas relações jurídicas privadas e Eduardo Cambi (2011) para as projeções do neoconstitucionalismo no processo (“neoprocessualismo”). Uma síntese no plano da dogmática jurídica e que faz referência aos autores aqui mencionados e a suas obras pode ser encontrada na obra de Dimoulis e Martins (2011), já citada no capítulo anterior.

No âmbito da jurisprudência, um sintoma inequívoco de que as condições de constitucionalização fazem parte da realidade brasileira é a atenção que o STF vem despertando na opinião pública e na mídia ao decidir casos polêmicos, dentre eles a ADI 4277/ADPF 132 e a ADPF 153⁷, cujo estudo detalhado é feito no item 2.3. Essas ações são apenas exemplos da atuação do STF, podendo-se elencar várias outras, inclusive no âmbito penal, como por exemplo o julgamento da ação penal 470 e sua repercussão midiática. Esse sintoma é consequência, dentre outros fatores, do fenômeno da judicialização da política e da politização da razão jurídica, conforme estudado no item a seguir.

No que diz respeito ao modelo de Estado brasileiro, tem-se que a expressão mais adequada em relação ao Estado constitucional seria Estado Democrático de Direito, na linha desenvolvida inicialmente por Diáz (1975) e introduzida no país por José Silva (2004, p. 112-122).

Após estudar o Estado de Direito Liberal e o Estado de Direito Social, bem como o Estado totalitário, Diáz apresenta o Estado Democrático de Direito como um Estado de

⁶ Anote-se aqui a crítica feita por Streck (2011, p. 48-39) em relação a tais autores, entendendo que os mesmos receberam de forma equivocada a teoria e doutrina alemãs, em especial a jurisprudência dos valores e a teoria da argumentação.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. Relator: Ayres Britto. **Diário da Justiça Eletrônico**: República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 dez. 2012a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1 fev. 2013; Id. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Relator: Ayres Britto. **Diário da Justiça Eletrônico**: República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 dez. 2012b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1 fev. 2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153. Relator: Eros Grau. **Diário da Justiça Eletrônico**: República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1 fev. 2013.

Direito em que convergem ideais democráticos e socialistas, sendo este modelo de Estado o único apto a realizar os direitos e liberdades do ser humano.

Lo importante de todo esto radica en que la democracia y el socialismo se institucionalicen de acuerdo con los principios que, basados en el imperio de la ley, hemos considerados como propios de todo Estado de Derecho; y en efecto, a pesar de las dificultades, ambos polos pueden llegar a compatibilizarse. Es más, creemos que sólo a través de ellos, sólo a través de la democracia y del socialismo, cabe dar hoy cumplimiento efectivo y real a los derechos y libertades del hombre [...]. (DIÁZ, 1975, p. 130).

Sendo assim, o Estado Democrático de Direito é aquele modelo de Estado de Direito em que, sob o império da lei (lei como expressão da vontade geral) e das demais características do Estado de Direito⁸, democracia e socialismo confluem no sentido da realização dos direitos humanos fundamentais.

É preciso que se diga que a formulação de Diáz constitui, além de um trabalho teórico, um libelo em favor da concretização dos direitos humanos fundamentais através de uma espécie de socialismo democrático, cuja concreção é garantida pelo Estado Democrático de Direito. Este modelo de Estado se coloca como verdadeiro espaço para a construção da democracia e do socialismo, e a obra aqui utilizada (*Estado de Derecho y sociedad democrática*) tem, segundo seu autor, exatamente o objetivo de analisar essa possibilidade teórica (DIÁZ, 1975, p. 17).

A oposição do autor ao Estado totalitário nazifascista ocupa grande parte da obra; também estão presentes críticas ao Estado soviético, as quais dizem respeito à falta de democracia de referido modelo de Estado, já que o poder político encontra-se personalizado no partido (DIÁZ, 1975, p. 136).

A obra de Diáz foi escrita no contexto da guerra fria e do mundo bipolar; sua recepção no Brasil por Silva não foi feita de forma inconsequente e desatualizada em relação ao contexto histórico e social brasileiro da época da última Constituinte. Ao analisar o Estado Democrático de Direito positivado pela Constituição de 1988, Silva afirma que:

O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e

⁸ São características do Estado de Direito para Diáz (1975, p. 29), além do império da lei: divisão ou separação de poderes; legalidade da Administração Pública (atuação conforme a lei e controle judicial dos atos administrativos) e um sistema de direitos e liberdades fundamentais, garantido formalmente e efetivado materialmente.

que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana. (SILVA, J. A., 2004, p. 120).

Pode-se discutir os limites da transformação proposta pelo Estado Democrático de Direito, como fez a doutrina jurídica logo após a promulgação da Constituição de 1988. Isso foi feito através de um debate acerca do papel do Estado na transição ou não para um modelo socialista⁹.

Ocorre que não se faz doutrina jurídica no vácuo, mas sim no mundo real, concreto. E o mundo real e concreto em que a Constituição foi promulgada é aquele da ascensão e predomínio do neoliberalismo, o que leva a certa inutilidade da discussão: se a Constituição não prevê um modelo de Estado Democrático de Direito enquanto modelo de transição para o socialismo, está tudo certo, porque o mundo não está em transição para o socialismo, pelo contrário. Caso a Constituição preveja tal modelo, continua tudo certo também, já que não existem condições objetivas para que tal transição seja realizada.

O neoliberalismo que predomina no Brasil é aquele decorrente das políticas econômicas elaboradas no que ficou conhecido como “Consenso de Washington”. Segundo Fiori (1994, p. 6), trata-se de um programa de estabilização e reforma econômica; de “[...] um plano único de ajustamento das economias periféricas, chancelado, hoje [em 1994], pelo FMI e pelo Bird em mais de 60 países de todo mundo.”

Hinkelammert e Mora Jiménez (2005, p. 297) identificam como primeira manifestação do neoliberalismo na América Latina a política dos ajustes estruturais aplicada no Chile após o golpe militar de Augusto Pinochet em 1973; no Brasil tal programa foi sendo implementado a partir do governo Fernando Collor de Mello e atingiu seu auge durante o governo Fernando Henrique Cardoso.

Ou seja, o programa neoliberal surge praticamente na mesma época da promulgação da Constituição de 1988, já que o governo Collor iniciou-se em 15 de março de 1990 e a Constituição foi promulgada em 05 de outubro de 1988. Fiori (1994, p. 6) assim resume o conteúdo desse ideário econômico neoliberal:

Um programa ou estratégia seqüencial [sic] em três fases: a primeira consagrada à estabilização macroeconômica, tendo como prioridade absoluta um superávit fiscal primário envolvendo invariavelmente a revisão das relações fiscais intergovernamentais e a reestruturação dos sistemas de previdência pública; a segunda, dedicada ao que o Banco Mundial vem chamando de "reformas estruturais": liberalização financeira e comercial,

⁹ Para o debate travado entre Silva e Ferreira Filho acerca desta questão, veja-se José Silva (2004, p. 120-121), em especial a nota de rodapé 64.

desregulação dos mercados, e privatização das empresas estatais; e a terceira etapa, definida como a da retomada dos investimentos e do crescimento econômico.

Trata-se de um programa que inegavelmente reduz a capacidade de ação do Estado; Silva bem compreende tal situação ao analisar o Estado Democrático de Direito brasileiro e apontar quais são suas finalidades, diversas daquela que consiste na transição para o socialismo.

De qualquer maneira, para além do debate acerca da transição para o socialismo, é possível identificar uma nota distintiva no modelo do Estado Democrático de Direito, a qual inclusive se contrapõe ao programa neoliberal: a necessidade de concretização democrática dos direitos humanos fundamentais, ou seja, a construção da cidadania através de direitos positivados na Constituição. Esse é um componente de transformação da sociedade que é inegavelmente parte do Estado Democrático de Direito.

A noção de Estado Democrático de direito está, pois, indissociavelmente ligado [sic] à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades [sic] para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança no *status quo* da sociedade. (STRECK, 2004, p. 39-40).

A transformação da realidade é uma finalidade do Estado Democrático de Direito e deve ser feita de forma democrática, através da concretização dos direitos humanos fundamentais, sem que isso tenha por objetivo mediato ou imediato a construção de qualquer espécie de socialismo, embora tal construção possa hipoteticamente ocorrer, dadas condições objetivas para tanto¹⁰.

Como mencionado acima, a promulgação da Constituição de 1988 se deu no contexto do neoliberalismo, ou seja, da completa ausência de condições objetivas para a construção do socialismo através do Estado Democrático de Direito. Sobre o florescimento e consolidação

¹⁰ O que se está afirmando é que a construção do socialismo não depende somente da promulgação de uma Constituição e/ou da alteração do modelo de Estado, mas antes de condições históricas objetivas e subjetivas, das quais a promulgação de uma nova Constituição e a alteração do modelo de Estado é mais *consequência* do que *causa* da transformação do sistema social político e econômico.

do neoliberalismo no Brasil e sua relação com a Constituição e o Estado Democrático de Direito, afirmam Streck e Morais (2006, p. 84-85):

Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito. [...] Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas.

Surge aí um primeiro paradoxo, que consiste na positivação de um modelo de Estado em condições socioeconômicas adversas. Desse paradoxo emerge a necessidade de uma *escolha*, a escolha de assumir o projeto do Estado Democrático de Direito e da Constituição no sentido da busca da realização das promessas não cumpridas da modernidade, as quais são resgatadas por este modelo de Estado e por esta Constituição.

Não por outro motivo Streck e Morais afirmam que se trata de um campo de luta para implementação de promessas modernas, ou seja, de direitos humanos fundamentais. Como afirmam Hinkelammert e Mora Jiménez (2005, p. 417), “[...] *se trata de transformar el Estado de derecho en un sentido contrario a lo que está aconteciendo con la estrategia de globalización neoliberal [...].*”

E essa implementação de promessas modernas deve ser feita de forma radicalmente democrática, ou seja, através de “[...] um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção” (SILVA, J. A., 2004, p. 118).

Daí ser absolutamente normal que no âmbito do Estado Democrático de Direito a atuação do Poder Judiciário chame a atenção da opinião pública e da mídia e sejam colocadas na ordem do dia questões relativas a mecanismos de controle das decisões judiciais tais como o Conselho Nacional de Justiça, sem que, é claro, tais elementos signifiquem automaticamente que está ocorrendo o efetivo controle *democrático* das decisões judiciais.

Do mesmo modo, fica clara a conexão existente entre as demandas por controle decorrentes do modelo de Estado adotado e da necessidade de justificação das decisões judiciais ao invés da mera fundamentação, sendo a justificação verdadeira condição de legitimidade da decisão judicial e do discurso judicial em geral, conforme exposto no capítulo anterior.

Torna-se evidente ainda a necessidade de elaboração e execução de políticas públicas voltadas para a participação do povo na riqueza do país, colocando-se tais políticas no campo

da efetivação do ideal democrático do Estado Democrático de Direito através de justiça social.

Essa exigência de democracia real está presente no próprio catálogo de direitos humanos fundamentais. Como afirma Streck (2004, p. 49), estes direitos “[...] garantem o que se pode chamar de dimensão material da ‘democracia substancial’.”

Por efetivação material de direitos humanos fundamentais deve-se entender a sua concretização real, em especial dos direitos que reclamam uma maior prestação positiva por parte do Estado, caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. Fala-se aqui em “maior prestação positiva” pois, como afirmam Abramovich e Courtis (2002), os direitos civis e políticos também exigem uma prestação positiva por parte do Estado, não sendo de todo adequada a diferenciação entre direitos a partir da obrigação (positiva ou negativa) que os mesmos geram para o Estado. A diferença entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e políticos é mais uma questão de grau do que uma diferença substancial (ABRAMOVICH, 2005, p. 189-192).

Assim, e considerando que os direitos humanos fundamentais possuem unicidade, tem-se que até mesmo a realização plena dos direitos civis e políticos, os quais em sua configuração clássica dependem apenas de um comportamento omissivo, também dependem da realização dos direitos sociais, econômicos e culturais¹¹.

O marco jurídico-formal deste discurso é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Como já foi dito acima acerca das condições históricas de surgimento do neoconstitucionalismo, também são condições históricas que tornaram possível o surgimento do atual discurso dos direitos humanos fundamentais, o qual encontra seu fundamento normativo na referida declaração.

No que diz respeito ao contexto histórico subjacente a este marco jurídico-formal, Herrera Flores (2009, p. 160) afirma que “[...] o termo direitos humanos é uma convenção adotada em 1948, [...] convertendo-se no discurso ideológico hegemônico do novo processo de acumulação dos capitais simbólicos, sociais e culturais da fase keynesiana do modo de produção capitalista.” Ou seja, o discurso dos direitos humanos fundamentais é, inicialmente, o discurso produzido no âmbito e a partir do keynesianismo e no bojo do *Welfare State*.

¹¹ Herrera Flores (2009, p. 150-153) fala em integralidade dos direitos humanos ao invés de unicidade, demonstrando a falsidade da dualidade ou oposição entre direitos individuais e direitos sociais, econômicos e culturais. É o que chama de “mal-estar da dualidade”, um dos quatro mal-estares culturais aos quais correspondem quatro planos de luta pelos direitos humanos.

Mas não é só isso. Trindade (2011, p. 191) afirma que “[...] o contexto mundial em que essa Declaração foi redigida explica muito do seu conteúdo – em especial, porque se tornou impossível continuar recusando o *status* de direitos humanos aos chamados direitos econômicos, sociais e culturais” ante a pressão política exercida pelas forças progressistas, notadamente o movimento dos trabalhadores, bem como pelos pontos de vista da União Soviética e de seus aliados europeus (TRINDADE, 2011, p. 192).

Tratam-se das mesmas condições históricas que propiciaram o próprio surgimento do modelo do *Welfare State* enquanto contraponto ao modelo soviético de economia planificada e que posteriormente engendraram o surgimento do neoconstitucionalismo.

No que diz respeito ao tema dos direitos humanos fundamentais, é justamente destas condições históricas que decorre a ideia de que tais direitos possuem unicidade¹². Como sintetiza Trindade (2011, p. 193):

O cerne da Declaração de 1948 consiste no reconhecimento de que compõem o âmbito dos direitos humanos todas as dimensões que disserem respeito à vida com dignidade – portanto, em direito, deixam de fazer sentido qualquer contradição, ou hierarquia, ou “sucessão” cronológica ou supostamente lógica entre os valores da liberdade (direitos civis e políticos) e da igualdade (direitos econômicos, sociais e culturais).

Como será exemplificado no item 2.3 e explorado no próximo capítulo, o discurso dos direitos humanos fundamentais é paradoxal e ambíguo, o que talvez explique, ao lado das condições objetivas desfavoráveis, a quase absoluta carência de efetividade material desses mesmos direitos no Brasil, não obstante a positivação trazida pelo Estado Democrático de Direito através da Constituição de 1988.

Afirma Trindade (2011, p. 197) que “[...] mais do que o direito posto, decisiva é a dinâmica das relações sociais que o engendra e lhe imprime eficácia ou o conserva inerte.” Referida dinâmica das relações sociais se traduz na prática pelas lutas sociais que animam as conquistas de direitos, a positivação e a manutenção dos mesmos nos tratados e Constituições e a pressão sobre o Estado para sua concretização material através de políticas públicas ou da atuação do Poder Judiciário.

Não se pode perder de vista tal consideração, já que a mesma traz o discurso dos direitos humanos fundamentais para a realidade, conjugando-o com a prática desses mesmos direitos, sem a qual o discurso torna-se inócuo e ineficaz do ponto de vista emancipatório. Conforme explorado no item a seguir, é perfeitamente possível falar sobre direitos humanos

¹² Ou, como mencionado anteriormente, integralidade ao invés de unicidade.

fundamentais através do discurso judicial (decisório) sem alterar a realidade material em que tal discurso é elaborado, ou seja, de forma meramente retórica, o que bem exemplifica a paradoxalidade e a ambiguidade de tal discurso.

O momento é oportuno também para justificar a adoção por este trabalho da expressão *direitos humanos fundamentais*, bem como para precisar o que se quer dizer com a mesma. O que se busca é fazer referência tanto à dimensão material de tais direitos (por isso direitos humanos) quanto à dimensão formal (por isso direitos fundamentais, já que os mesmos são fundamento de tratados internacionais, da Constituição de 1988 e do próprio Estado Democrático de Direito).

Trata-se, como afirma Machado (informação verbal)¹³ de uma forma que possui conteúdo. E tal conteúdo, enfatize-se, reside justamente nos *processos de luta* pela posituação, pela manutenção e pela concretização real de tais direitos. Com isso quer-se afirmar, ainda com Machado (informação verbal)¹⁴, que

[...] a existência dos direitos humanos fundamentais independe das pautas normativas ou das teorias que os formulam, pois eles são fruto das lutas pela satisfação das necessidades fundamentais dos homens. Aquilo que se designa por direitos humanos é tão somente o rol de necessidades fundamentais dos homens e se concretizam tão somente por meio da luta, da prática.

Veja-se que não há qualquer espécie de retorno à metafísica jusnaturalista na definição acima, mas sim a localização do fundamento dos direitos humanos fundamentais na prática das lutas sociais que buscam a realização das necessidades fundamentais dos seres humanos. Essa prática de luta constrói e reconstrói os direitos humanos fundamentais em seus diversos aspectos, inclusive no aspecto discursivo.

Sendo assim, os direitos humanos fundamentais encontram seu fundamento nos processos de lutas citados e podem ser definidos “[...] *como sistemas de objetos (valores, normas, instituciones) y sistema de acciones (prácticas sociales) que posibilitan la apertura y la consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana.*” (HERRERA FLORES, 2000, p. 52). Esta definição permite visualizar com clareza o papel estratégico dos valores, normas, instituições e do próprio discurso dos direitos humanos fundamentais para a abertura e consolidação dos espaços onde se travam as lutas sociais.

¹³ Antônio Alberto Machado, aula ministrada na disciplina Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-graduação em Direito da FCHS – UNESP/Franca, em 20 set. 2012.

¹⁴ Antônio Alberto Machado, aula ministrada na disciplina Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-graduação em Direito da FCHS – UNESP/Franca, em 20 set. 2012.

Tais considerações se fazem necessárias pois, como se verá no próximo capítulo, a construção de um discurso dos direitos humanos fundamentais de oposição ao senso comum teórico dos juristas somente pode partir de uma prática de direitos humanos fundamentais fundada na emancipação do ser humano, ou, como se pode afirmar provisoriamente, fundada na luta pela dignidade humana.

À título de conclusão deste ponto, pode-se afirmar, com Herrera Flores (2011, p. 15), que “[...] *las normas jurídicas no son el fin a conseguir por parte de las prácticas sociales, sino una de las técnicas que podemos usar tanto para construir fines como para garantizar la efectividad de los mismos (siempre en contacto con las prácticas sociales que están en su base).*”

Toda esta discussão leva a mais uma consideração necessária sobre as relações entre direitos humanos fundamentais e Estado Democrático de Direito no Brasil. Trata-se da necessidade de precisar o fato de que o exercício da cidadania e a efetivação desses direitos no Brasil reclama forma diversa daquela levadas à efeito nos países de capitalismo central, onde vige o Estado constitucional do neoconstitucionalismo. As preocupações teóricas e práticas dos países de capitalismo central são outras.

Atualmente são discutidas na Europa questões tais como a crise do Estado-nação e das constituições nacionais ante o processo de integração econômica e política (FERRAJOLI, 2009, p. 21), bem como a emergência de um paradigma pluralista em oposição ao paradigma estatalista, por conta, dentre outros fatores, do surgimento de uma legislação comunitária (HESPANHA, 2009, p. 69-70); isso sem contar as discussões recentes sobre a manutenção ou não dos direitos sociais característicos do *Welfare State* e ameaçados ante a crise econômica iniciada em 2008.

Claro que estas questões não são de todo adequadas para os países da periferia, o que leva à seguinte problematização: quais seriam as demandas específicas dos Estados Democráticos de Direito do Sul, ou seja, da periferia e da semiperiferia?

Segundo Santos (2010, p. 228), vigora no sistema mundial uma hierarquia entre países, os quais podem ser classificados como sendo de centro, semiperiféricos e periféricos. Ainda de acordo com Santos (2010, p. 227) “Portugal é, desde o século XVII, um país semiperiférico no sistema mundial capitalista moderno”, o que significa que o colonialismo português possui especificidades em relação aos demais colonialismos, notadamente o colonialismo britânico, que é tido como o colonialismo hegemônico inclusive para fins de análise social.

Essas especificidades refletem no Brasil, o qual sofreu uma colonização semiperiférica e continua a ser um país semiperiférico. E na semiperiferia vive-se uma situação de quase absoluta carência de efetividade dos direitos humanos fundamentais, ainda mais se considerando o predomínio político-econômico das diretrizes do neoliberalismo.

Sendo assim, as demandas específicas da semiperiferia dizem respeito à busca pela efetividade material da totalidade dos direitos humanos fundamentais. Em outras palavras, trata-se de uma demanda específica que na verdade é uma demanda geral por concretização de direitos que no momento encontram-se em sua grande maioria apenas positivados.

É preciso que se tenha sempre isso em mente ao se analisar as relações entre o discurso dos direitos humanos fundamentais, do Estado Democrático de Direito e a realidade material, concreta, das lutas sociais.

Do contrário, como afirma Machado (informação verbal)¹⁵, corre-se o risco de pensar os direitos humanos fundamentais apenas numa dimensão formal, o que levaria a sustentação da própria ideia de Estado Democrático de Direito numa dimensão também apenas formal. Ainda com Machado, tratar-se-ia de

[...] uma retórica sempre muito sedutora, muito apologética, lírica, exageradamente lírica, que apregoa que tanto os direitos fundamentais quanto o Estado Democrático de Direito podem perfeitamente conviver com taxas absurdas de inefetividade dos direitos fundamentais, de negação da vida e de sua reprodução, de opressão e de alienação do homem.

Nesta conjuntura o Estado é chamado a tomar posição e atitudes que visem a efetivação de direitos humanos fundamentais conforme determina a Constituição e o Estado Democrático de Direito. Essa atuação estatal se dá ou através da formulação, implementação e avaliação de políticas públicas (papel do Executivo e do Legislativo) ou através do processo judicial (papel do Judiciário).

Assim é que o Poder Judiciário vai necessariamente se transformando em um agente ativo em relação às demandas por efetivação de direitos humanos fundamentais. Tanto as condições jurídico-políticas quanto as próprias condições históricas “empurram” o Judiciário a uma nova postura prática.

Especificamente no que diz respeito a essa postura, torna-se necessário discutir a questão da judicialização da política e da politização da razão jurídica, já que nos quadrantes

¹⁵ Antônio Alberto Machado, aula ministrada na disciplina Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-graduação em Direito da FCHS – UNESP/Franca, em 20 set. 2012.

das demandas por direitos humanos fundamentais o Poder Judiciário é chamado a decidir questões de inegável conteúdo político.

E para a decisão de tais questões o Poder Judiciário se socorre do aparato teórico trazido pelo neoconstitucionalismo e pela teoria da argumentação, embora não sem problemas em sua concretização. Ante a importância do tema da judicialização da política, o mesmo é exposto no item a seguir.

2.2 Judicialização da política e politização da razão jurídica

Embora o fenômeno da judicialização da política guarde estreita relação com o Estado Democrático de Direito e com os fatores político-jurídicos que levaram a seu surgimento, suas primeiras manifestações o antecedem historicamente e seus elementos caracterizadores vão além de tal modelo de Estado.

Para que seja possível compreender as relações entre tal fenômeno e o Estado Democrático de Direito, bem como para alargar o entendimento do mesmo para além de fatores jurídicos, alguns estudos de caráter empírico devem ser mencionados e comentados, dado a importância dos elementos que trazem para a discussão.

Em escala global tem-se a obra pioneira organizada por Tate e Vallinder (1995), *The global expansion of judicial power*; especificamente acerca da América Latina tem-se a obra editada por Sieder, Schjolden e Angell (2009), *The judicialization of politics in Latin America*, a qual contém inclusive um capítulo sobre a judicialização da política no Brasil. Para o caso brasileiro, a obra de Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999), intitulada *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, é fundamental.

A totalidade das obras sobre o tema identifica como uma das primeiras manifestações da judicialização da política a reação da Suprema Corte estadunidense às políticas do *new deal*, durante o primeiro mandato do presidente Franklin Roosevelt. Na época houve a propositura de ações que buscavam a declaração de inconstitucionalidade das leis que concretizavam as medidas do plano; a Suprema Corte acatou as ações e declarou inconstitucional uma série de leis questionadas.

Não se pode esquecer, por outro lado, que ativismo judicial, nos Estados Unidos, foi feito às avessas num primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre algo positivo). O típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao *new deal*, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez-faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as

medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt. (STRECK, 2011, p. 51).

Tendo como base essa origem histórica, é importante pontuar desde já, como faz Streck na citação acima, que o ativismo judicial, enquanto expressão da atitude do Poder Judiciário em face das questões políticas judicializadas, nem sempre é algo positivo. Ainda sobre essa primeira experiência histórica Melo (2002, p. 75) afirma:

O conflito do Legislativo e do Executivo com a Suprema Corte não surpreendeu os atores políticos da época. Os conservadores compartilhavam a certeza de que a intervenção do Estado na economia, percebida como uma ameaça ao direito de propriedade, encontraria no Judiciário uma barreira intransponível. Os idealizadores do programa democrata, por sua vez, identificavam naquele tribunal um baluarte do poder econômico, dos interesses dos ricos, um obstáculo à realização da vontade popular.

Observe-se a clareza da situação: tanto os defensores quanto os opositores do *new deal* sabiam como o Poder Judiciário iria se posicionar em relação à questão, identificando a atividade político-jurídica desempenhada pela Suprema Corte e seu alinhamento com o liberalismo econômico de tipo *laissez-faire*.

Posteriormente, já na década de 1960, houve nova expressão do ativismo judicial nos Estados Unidos quando da judicialização de questões relativas a direitos civis e à segregação racial e a consequente resposta da Suprema Corte sob a gestão Earl Warren.

Nesta ocasião houve uma guinada da Suprema Corte no sentido da expansão dos direitos individuais através da intervenção direta no Legislativo e no Executivo. A partir da decisão em *Brown v. Board of Education*¹⁶ (1954), referente à citada judicialização de questões relativas a direitos civis e à segregação racial, surge a elaboração de uma nova hermenêutica constitucional. Esta hermenêutica continua com as decisões de *Roe v. Wade* (1973) e *Romer v. Evans* (1996), a primeira referente ao reconhecimento do direito de interrupção voluntária da gravidez (aborto) e a segunda relativa a direitos homoafetivos.

Ao apresentar e comentar tais decisões, Melo (2002, p. 79-89) enfatiza o papel dos indivíduos e associações que reconheceram naquela oportunidade a via judicial como um caminho para afirmação dos princípios da igualdade e liberdade. E a partir dessa constatação é

¹⁶ Especificamente sobre essa decisão e o voto condutor de Earl Warren, as observações feitas por Dworkin (2007, p. 37) servem para evidenciar a insuficiência do Poder Judiciário na efetivação de direitos humanos fundamentais, conforme abordado mais à frente neste trabalho: “Esse voto não ordenou que as escolas dos Estados sulistas abolissem imediatamente a segregação, mas apenas, segundo uma expressão que se tornou um emblema de hipocrisia e demora, ‘a toda velocidade adequada’. A decisão foi muito polêmica, o processo de integração que se seguiu foi lento, e o progresso significativo só foi obtido ao preço de muitas outras batalhas jurídicas, políticas e até mesmo físicas.”

possível identificar com segurança a opção feita por tais indivíduos e associações pela judicialização das lutas sociais como um dos caminhos *estratégicos* de concretização dessas próprias lutas, através da afirmação de um discurso jurídico específico correspondente à “juridicização” das reivindicações sociais.

No que diz respeito a outras expressões da judicialização da política, Santos, Marques, Pedroso e Ferreira (1996, p. 29) recordam os critérios duplos utilizados pelos tribunais da República de Weimar na punição dos envolvidos na revolução alemã de 1918, a depender de suas posições políticas.

Recordam ainda as tentativas da Suprema Corte do Chile de impedir o processo de nacionalização realizado pelo governo Allende na década de 1970 e a postura dos tribunais italianos da década de 1960 e 1970, com o pioneiro “uso alternativo do direito”. Pode-se concluir então que o fenômeno de judicialização da política é anterior ao Estado Democrático de Direito.

Ocorre que as experiências históricas narradas acima podem ser consideradas como fatos isolados e devem ser diferenciadas em relação à judicialização da política e à politização da razão jurídica que se vivencia hoje no âmbito do Estado Democrático de Direito¹⁷. Estas são diretamente decorrentes de uma série de condições históricas específicas.

Para Tate e Vallinder (1995, p. 2), o desenvolvimento do fenômeno da judicialização da política como se entende hoje guarda relação com os seguintes fatos: (1) o fim do comunismo na União Soviética, o que deixou os Estados Unidos, berço da judicialização da política, como a única superpotência; (2) a onda de democratização na América Latina, Ásia e África e (3) a influência da ciência do direito e da ciência política estadunidense.

Parece um pouco exagerada a visão dos autores citados acima quando enfatizam o papel dos Estados Unidos no processo de expansão do poder judicial em escala global. Dos três fatores apontados por Tate e Vallinder como sendo responsáveis pelo fenômeno, dois são diretamente ligados a um suposto predomínio dos Estados Unidos, seja enquanto única superpotência restante no mundo após a Guerra Fria, seja no que diz respeito a influencia da ciência do direito e da ciência política estadunidense.

¹⁷ Na linha do que vem sendo afirmado, o comentário de Streck (2011, p. 51) acerca do ativismo judicial estadunidense da Corte Warren é emblemático: “As atitudes intervencionistas a favor dos direitos humanos fundamentais ocorrem em um contexto que dependia muito mais da ação individual de uma maioria estabelecida do que do resultado de um imaginário propriamente ativista. O caso da Corte Warren, por exemplo, foi resultado da concepção pessoal de certo número de juizes e não de um sentimento constitucional acerca dessa problemática.”

Também o fator de democratização na América Latina, Ásia e África é redutível a influências estadunidense, já que o modelo de democracia implementado nestes países é basicamente a democracia representativa liberal, a qual inclusive se tornou possível apenas com o fim da guerra fria e das ditaduras latinoamericanas.

Embora os termos postos pelos autores em comento pareçam um pouco exagerados, é inegável a influência dos Estados Unidos na questão. Não dos Estados Unidos propriamente enquanto “país” ou “nação”, mas sim do *common law* estadunidense, o qual inclusive permitiu as primeiras manifestações do fenômeno da judicialização nos termos vistos acima. Não por outro motivo há um interesse crescente acerca do realismo jurídico, seja estadunidense seja escandinavo, conforme mencionado no primeiro capítulo.

Sendo assim, pode-se concluir que condições históricas globais, as quais podem ser sintetizadas nas grandes transformações ocorridas a partir da década de 1970, que culminaram no fim da guerra fria e nos processos de descolonização e independência das antigas colônias, são as que permitiram que o *common law* estadunidense ocupasse um vácuo teórico e normativo surgido a partir de tais condições históricas.

Neste sentido é que Streck (2011, p. 35-36) afirma, com razão, que

[...] o Brasil ingressou tardiamente nesse ‘novo mundo constitucional’, fator que, aliás, é similar à realidade europeia, que, antes da segunda metade do século XX, não conhecia o conceito de constituição normativa, já consideravelmente decantado no ambiente constitucional estadunidense.

No que diz respeito à América Latina, Sieder, Schjolden e Angell (2009, p. 12-15) elencam seis fatores que podem facilitar a compreensão do fenômeno no continente latinoamericano: (1) arquitetura institucional e mudanças institucionais; (2) cultura jurídica; (3) padrões de mobilização jurídica; (4) questão do acesso à justiça; (5) dimensão transnacional ou internacional da judicialização e (6) natureza do sistema político.

O primeiro destes fatores diz respeito à extensão do catálogo de direitos humanos fundamentais previstos na Constituição. Neste sentido, os autores consideram a Constituição brasileira extremamente expansiva (SIEDER et al, 2009, p. 12), dada a amplitude dos direitos protegidos.

Importante mencionar que o catálogo de direitos vem sendo inclusive alargado através de emendas constitucionais, das quais se pode destacar a de nº 45, que atribuiu *status* de emenda constitucional aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados com determinado *quórum* pelo Congresso Nacional, além da emenda constitucional nº 64, que incluiu o direito a alimentação no rol dos direitos sociais.

Ainda neste fator devem ser levadas em consideração as configurações que as instituições assumem, em especial aquelas que detêm poderes de *judicial review* (no caso brasileiro, a totalidade do Poder Judiciário, já que o controle de constitucionalidade é misto, ou seja, difuso e concentrado). Nesta mesma linha de raciocínio, deve-se dar destaque à nova configuração que assumiu o Ministério Público na Constituição, especialmente no que diz respeito à defesa dos direitos difusos e coletivos.

Os fatores 2 e 3 fazem referência à postura da sociedade em acionar o Poder Judiciário para a efetivação de direitos e à postura correspondente dos agentes estatais em garantir tais direitos. No caso brasileiro, a redemocratização permite o surgimento e expressão política de novas organizações e movimentos sociais que demandam judicialmente a efetivação de seus direitos fundamentais; do mesmo modo, em um cenário de democracia, o Poder Judiciário é chamado a dar respostas adequadas a essas exigências.

A questão do acesso à justiça remete à investigação dos obstáculos para se chegar ao Poder Judiciário, bem como aos instrumentos processuais disponíveis. Trata-se de uma discussão dentro da qual se pode destacar as reformas processuais realizadas nos últimos anos (sem que isso signifique aceitar de plano que houve automaticamente avanços nesse ponto).

A dimensão transacional ou internacional da judicialização refere-se à influência da globalização na ordem jurídica interna, especialmente de agências internacionais tais como o Banco Mundial, que patrocinam reformas dos sistemas jurídicos latinoamericanos (SIEDER et al, 2009, p. 15).

Este ponto está intimamente ligado com a globalização hegemônica fundada no neoliberalismo do Consenso de Washington, já que o objetivo de tais reformas é, dentre outros, garantir segurança jurídica para os capitais que aportam nos países. Afinal, “[...] na lógica do mercado, quando os tribunais são previsíveis, rápidos e ‘imparciais’, os custos indiretos da infra-estrutura judicial nas transações econômicas tendem a serem baixos, constituindo-se em fator de atração de capitais e negócios.” (FARIA, 2003, paginação irregular).

Mas esta dimensão também abrange o conjunto de tratados e convenções internacionais das quais os países são signatários, inclusive os que têm por objeto direitos humanos, além das redes transnacionais e globais de luta por direitos humanos.

E, por fim, a natureza do sistema político diz respeito à transposição da batalha política da arena do Legislativo para o Judiciário, através da judicialização de questões, por parte dos partidos políticos, cujo consenso não foi possível obter no parlamento. Além disso, também as organizações e movimentos sociais surgidos com a redemocratização são

responsáveis pela luta político-jurídica institucional, ou melhor, pela institucionalização judicial das lutas sociais.

Na linha que vem sendo desenvolvida, a qual atribui especificidades para a judicialização da política que ocorre no âmbito do Estado Democrático de Direito, pode-se definir como marco inicial do fenômeno no Brasil a Constituição de 1988, muito embora este seja um marco mais formal do que material¹⁸.

Especificamente acerca do caso brasileiro, Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999, p. 9-10) afirmam:

Mudara, sobretudo, a circunstância, furto de uma alteração na rota do processo de transição à democracia, quando a sua direção escapou das mãos de personalidades, partidos e grupos sociais comprometidos com os valores da tradição republicana brasileira, passando ao controle de lideranças que, em nome de ajustar o país às exigências da chamada globalização, entronizavam o mercado como instância determinante da vida social. A primeira e mais óbvia repercussão desse ajuste foi o desalinhamento do projeto e das ações governamentais em relação ao texto constitucional.

Veja-se que a citação acima remete à problemática tratada no item anterior: o Estado Democrático de Direito reclama a efetivação material dos direitos humanos fundamentais enquanto condição da própria democracia. Esse modelo de Estado foi positivado no Brasil em uma época em que as condições históricas lhe eram totalmente adversas, o que gerou um paradoxo entre o projeto constitucional e a realidade das ações do governo, claramente orientada segundo os ditames da globalização neoliberal.

Nesse contexto de demandas por efetivação de direitos humanos fundamentais que já se encontravam positivados na Constituição e que eram (são) negligenciados pelo Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário é chamado a intervir, é chamado a assumir sua cota de responsabilidade.

E essa é a nota distintiva da judicialização da política no âmbito do Estado Democrático de Direito da semiperiferia brasileira. Afinal, como afirma Santos (2008, p. 3), “[...] há judicialização da política sempre que os conflitos jurídicos, mesmo que titulados por indivíduos, são emergências recorrentes de conflitos sociais subjacentes que o sistema político em sentido estrito (Congresso e governo) não quer ou não pode resolver.” O Poder Judiciário passa a

¹⁸ Faria (2003, paginação irregular) afirma que já no início da década de 1980 pode-se vislumbrar a questão da judicialização da política no Brasil através do alargamento da disciplina processual relacionada a interesses difusos, a qual conferiu ao Poder Judiciário poderes mais amplos em matéria cautelar e na apreciação das provas.

[...] interferir na política pública e nas condições de sua efetivação. Neste caminho, o sistema judicial torna-se uma ferramenta estrategicamente utilizada pelos grupos em disputa e partidos políticos para frear ou vetar a implementação da agenda política governamental ou dos grupos políticos majoritários. (SANTOS, 2007, p. 29-30).

Não se trata de um “protagonismo absoluto” do Poder Judiciário, mas sim do afrouxamento dos limites existentes entre as funções dos Poderes da República, o que se dá em decorrência do próprio modelo de Estado adotado. Neste sentido é que a jurisdição especificamente constitucional vai tomando forma, podendo-se falar inclusive na defesa dos direitos humanos fundamentais enquanto postura *contramajoritária* do Poder Judiciário em defesa de minorias oprimidas em face das maiorias representadas nos parlamentos¹⁹.

É a partir desse ponto que se pode passar a falar em *politização da razão jurídica* ao lado da judicialização da política, já que o Poder Judiciário, através da jurisdição constitucional, passa a ter funções nitidamente político-jurídicas na defesa de direitos humanos fundamentais das minorias. Para Santos (2007, p. 29-30),

[...] a judicialização da política afeta também o desempenho dos próprios tribunais, conduzindo à politização do judiciário. Este torna-o mais controverso, mais visível e vulnerável política e socialmente, o que, por sua vez, é outra das razões do seu recente protagonismo.

Interessante observar a já citada atenção despertada pelo STF e por seus Ministros na sociedade civil organizada e na opinião pública: estas passam a analisar a atuação do STF e o comportamento dos Ministros utilizando-se os mesmos parâmetros que comumente se utilizam para análises da atuação e do comportamento dos membros do Executivo e do Legislativo. Isso ficou muito claro quando do julgamento da ação penal 470 e da cobertura dada pela mídia a esse julgamento. É digno de nota ainda que tal fato certamente reflete no próprio comportamento dos Ministros e em suas decisões.

Conclui-se então que o Estado Democrático de Direito, por suas características intrínsecas e por condições históricas objetivas e subjetivas, *permite e incentiva* a judicialização da política e a politização da razão jurídica. Como afirma Faria (2003, paginação irregular):

Se a esfera de atuação dos tribunais cresceu a ponto de levá-los a assumir funções políticas, bloqueando iniciativas do Executivo ou justapondo-se ao Legislativo, é porque a Constituição de 1988 o permitiu, na medida em que

¹⁹ Como se verá no item a seguir, a ideia da jurisdição constitucional enquanto campo de defesa dos direitos das minorias foi amplamente explorada quando do julgamento da ADI 4277/ADPF 132.

consagrou um extenso elenco de direitos, aumentou as garantias para proteção dos direitos fundamentais e instituiu um federalismo fiscal [...].

Essa nova realidade destrói toda a pretensa (e falsa) objetividade da jurisdição enquanto *atuação da vontade concreta da lei no caso concreto*, ou seja, de mera aplicação da lei ao caso concreto através do silogismo judicial, bem como o mito da neutralidade do juiz. Segundo Faria (2003, paginação irregular), ocorreu uma ruptura interna no âmbito da magistratura, com o surgimento de movimentos de “juízes para a democracia” e juízes partidários do “direito alternativo”, os quais

[...] revelam consciência de que a ruptura da unidade do ordenamento jurídico, ao provocar um significativo aumento das possibilidades de escolha e decisão, abriu caminho para a politização da categoria. Mas divergem quanto à orientação política a ser adotada, estimulando o retorno, [sic] ao debate do tradicional problema relativo ao alcance e aos limites da hermenêutica jurídica. Em contextos sócio-econômicos estigmatizados por dualismos profundos e em contextos jurídicos fragmentados por normas contraditórias e fracamente articuladas por princípios gerais muito abertos, de que modo – eis o eixo central do debate – a interpretação poderia ser resumida a um simples ato de conhecimento (e não de decisão, ou seja, não-política) e de descrição de normas (e não de criação)?

Assim é que a discussão retorna ao campo da filosofia e da teoria do direito através da problematização do papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário em um cenário de rompimento da tese da separação entre direito e moral e da indefinição quanto à tese da discricionariedade.

Ante as condições objetivas que engendram e ao mesmo tempo corroem o Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário em geral e o STF em especial, através do exercício da jurisdição constitucional, é colocado diante de *escolhas* que inegavelmente são escolhas jurídico-políticas.

Entretanto, esse novo posicionamento do Poder Judiciário no espectro político não significa automaticamente que o mesmo agirá na perspectiva da efetivação dos direitos humanos fundamentais, ou seja, que atentar-se-á para as finalidades embutidas na permissão e incentivo que são intrínsecas ao Estado Democrático de Direito.

Afinal, como afirma Machado (informação verbal)²⁰, não há uma cultura de direitos humanos fundamentais no Poder Judiciário brasileiro, no sentido de que não há nem uma compreensão de que consistem os direitos humanos fundamentais e nem uma elaboração de

²⁰ Antônio Alberto Machado, aula ministrada na disciplina Tópicos Especiais: Direitos Humanos: fundamentos e desafios, do Programa de Pós-graduação em Direito da FHCS – UNESP/Franca, em 30 nov. 2012.

estratégias em torno de tal tema. Em resumo, “há uma má compreensão, uma ausência de compreensão acerca da fundamentação e dos objetivos dos direitos humanos fundamentais.”

Por este motivo se coloca o questionamento acerca de qual deve ser o discurso adequado a contribuir para a efetivação dos direitos humanos fundamentais, discurso esse apto à tarefa que lhe é carreada pelo Estado Democrático de Direito e pela própria sociedade civil organizada. Mas antes de tratar deste tema, cumpre exemplificar como o Poder Judiciário lida com tais demandas no mundo concreto da atuação da jurisdição constitucional. Isso será feito a partir dos exemplos comentados a seguir.

2.3 Dois exemplos da atuação do Poder Judiciário na (in)efetivação de direitos humanos fundamentais: a ADI 4277/ADPF 132 e a ADPF 153

2.3.1 Sobre a escolha e o tratamento dado aos casos

Segundo Machado (2005b, p. 48), “[...] a melhor perspectiva para se observar a dimensão ideológica do direito é mesmo o momento de sua produção [...]”. Caso esta afirmação esteja correta, nada melhor do que uma investigação a partir de casos concretos que tenha por objetivo comprovar (ou refutar) tudo quanto vem sendo exposto e debatido até o momento²¹.

A escolha dos casos analisados obedeceu à seguinte lógica: primeiramente, delimitou-se que os mesmos deveriam abordar *diretamente* direitos humanos fundamentais, ou seja, tanto a causa de pedir mediata quanto imediata e o pedido decorrente deveriam tratar diretamente (e não através de incidência oblíqua, portanto) de direitos humanos fundamentais, o que permite a identificação clara e direta dos direitos discutidos e eventualmente contrapostos.

Esta decisão levou inevitavelmente a que a escolha recaísse sobre ações constitucionais relacionadas ao controle concentrado de constitucionalidade que tramitaram perante o STF e que evidentemente trataram diretamente de temas de direitos humanos fundamentais.

²¹ Trata-se de uma tentativa de aproximação entre o discurso teórico e a prática jurídica cotidiana, de modo a tornar aquele mais crível (ou refutá-lo) a partir do contraste da realidade material da produção do direito. A opção não é por um estudo de caso detalhado e aprofundado, o que iria requerer um aporte sociológico e metodológico para formulação da amostra que transcende os objetivos e limites deste trabalho.

Note-se que o caminho percorrido para escolha dos casos evita inclusive que o estudo esbarre em questões relativas à dimensão objetiva dos direitos humanos fundamentais e à incidência dos mesmos nas relações jurídicas entre particulares, o que seria inevitável caso fossem selecionadas ações diversas de ações constitucionais relacionadas ao controle concentrado de constitucionalidade. Tais temas merecem ser estudados, mas extrapolam o recorte proposto neste trabalho.

Em seguida definiu-se que seriam escolhidas duas ações, uma em que a decisão tivesse sido favorável à efetivação dos direitos violados no caso em exame e uma cuja decisão tivesse sido desfavorável.

Buscou-se então selecionar dois casos que fossem representativos de direitos humanos fundamentais cuja necessidade de efetivação material vem sendo reclamada politicamente pela sociedade de forma intensiva e incisiva e que cujas decisões judiciais tiveram grande repercussão social. Evidencia-se assim o protagonismo do Poder Judiciário em relação às questões submetidas à decisão: são casos exemplificativos do fenômeno da judicialização da política, vez que tratam de matérias as quais o Poder Legislativo não se manifestou a respeito, mesmo tendo sido e continuar sendo provocado a manifestar-se pela sociedade civil organizada.

São também casos representativos da politização da razão jurídica, já que as decisões proferidas pelo STF tiveram grande repercussão social e inevitavelmente chamaram a atenção para o próprio STF e seus Ministros.

Dessa forma chegou-se ao julgamento conjunto da ADI 4277/ADPF 132, que discutiu a possibilidade de união estável homoafetiva e à ADPF 153, que discutiu o direito fundamental à verdade no âmbito da justiça transicional. Ambas as ações foram fruto de mobilização dos legitimados ativos pela sociedade civil organizada, o que fica claro a partir das representações que deram origem à ADI 4277 e aos *amicus curiae* admitidos tanto na ADPF 132 quanto na ADPF 153.

Um ponto positivo que merece destaque em relação às ações escolhidas é que nenhuma delas aborda direitos humanos fundamentais que requerem do Poder Judiciário a formulação de políticas públicas, tema este que também extrapola o objeto deste trabalho ante suas especificidades. Nos dois casos analisados bastava a interpretação conforme a Constituição por parte do STF para que os direitos humanos fundamentais debatidos tivessem eficácia material.

No que diz respeito ao tratamento dado aos casos um esclarecimento importante deve ser feito. As petições iniciais e os acórdãos tratam os direitos humanos fundamentais violados

como sendo *princípios* violados, o que é perfeitamente compreensível do ponto de vista da técnica processual e da praxe judicial, já que se trata do julgamento de ações de descumprimento de *preceito* fundamental. Embora a Constituição, a legislação infraconstitucional e o próprio STF não tenham definido o que significa *preceito fundamental*, sabe-se que estão englobados no âmbito do conceito os direitos humanos fundamentais e os princípios que lhe dão positividade no texto constitucional.

Optou-se então por uma depuração dos princípios trabalhados no caso no sentido da identificação dos direitos humanos fundamentais que estão por trás dos princípios trazidos a julgamento, ou seja, dos direitos que são expressos pelos princípios. Quando necessário os direitos humanos fundamentais são explicitados inclusive com recurso à doutrina especializada, caso do direito humano fundamental à verdade.

Buscou-se com essa estratégia metodológica evitar incorrer nos mesmos erros que parte considerável da doutrina incorre e que podem ser resumidos na ideia de “panprincipiologismo” de Streck (2011, p. 50), em que há “[...] uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.”

Além disso, o tratamento dados aos casos não diz respeito a uma análise acerca dos direitos humanos fundamentais discutidos nas ações, mas sim dos *discursos jurídicos* dos Ministros do STF acerca de tais direitos.

Por este motivo é que a análise empreendida a seguir está centrada no voto dos Ministros (bem como nos debates eventualmente transcritos no acórdão) e na forma como os mesmos enfrentaram no caso concreto os temas que têm sido debatidos teoricamente neste trabalho. Procura-se ainda identificar referências que são expressamente feitas a estes temas nos respectivos votos. Optou-se pela transcrição dos trechos considerados relevantes e pela análise destes mesmos trechos em contraste com a teoria exposta até o momento²².

Conforme afirmado no capítulo anterior, o discurso jurídico que assume a forma de decisão judicial necessita, nesta quadra do desenvolvimento da teoria do direito, mais do que ser fundamentado, ser *justificado*. A justificação é condição de legitimidade da própria decisão judicial e é elaborada através da argumentação jurídica; o Poder Judiciário precisa desincumbir-se do *ônus argumentativo* imposto pela necessidade de *pretensão de correção* da decisão judicial.

²² Todos os destaques gráficos constantes dos votos transcritos foram intencionalmente removidos, utilizando-se apenas o recurso *itálico* para identificação das palavras estrangeiras utilizadas nos votos.

Tanto a justificação interna quanto externa é permeada pelo *sensu comum teórico dos juristas*, também conforme visto no capítulo anterior. E o conteúdo do discurso jurídico vai sendo preenchido também com argumentos oriundos da própria teoria do direito conforme esta vai passando a integrar o *sensu comum teórico dos juristas*.

Sendo assim, buscou-se identificar nos votos a utilização de elementos de teoria do direito contemporânea (neoconstitucionalismo e teoria da argumentação) como argumentos justificadores das posições jurídico-políticas defendidas, de modo a evidenciar a operacionalidade que tais teorias vêm tendo no âmbito da prática jurídica.

Buscou-se também identificar a utilização de argumentos que remetem diretamente à questão da judicialização da política e do papel que está sendo desempenhado pelo Poder Judiciário no caso concreto em relação a essa questão, para compreender como o próprio Poder Judiciário (no caso o STF) entende suas atribuições nos quadrantes do Estado Democrático de Direito da semiperiferia e no campo da necessidade de efetivação de direitos humanos fundamentais.

2.3.2 A ADI 4277/ADPF 132 e o reconhecimento da união estável homoafetiva

A ADPF 132 foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro em 27.02.2008. A petição inicial indica como preceitos fundamentais violados o direito à igualdade, o direito à liberdade, do qual decorre a autonomia da vontade, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da segurança jurídica. Seriam violadoras de tais preceitos fundamentais a legislação estadual que rege os servidores públicos civis do Estado, se interpretada de forma discriminatória, bem como o conjunto de decisões dos tribunais estaduais, que negam às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões estáveis entre homem e mulher.

O pedido consistiu em interpretação conforme a Constituição para que se declarasse que o regime jurídico da união estável deveria ser aplicado também em relação às uniões homoafetivas.

Já a ADI 4277 foi proposta pela Procuradora-Geral da República em 02.07.2009. O pedido consistiu na declaração de que seria obrigatório o reconhecimento da união estável havida entre pessoas do mesmo sexo, desde que presentes os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; pediu-se ainda que se declarasse que os mesmos direitos e deveres dos companheiros na união estável estendem-se às uniões de pessoas do mesmo sexo.

A petição inicial alegou a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, da proibição de discriminações odiosas, da igualdade, da liberdade e da segurança jurídica.

Vieram somar à parte autora, na condição de *amicus curiae*, quinze entidades da sociedade civil organizada, cujo rol é o seguinte:

Conectas Direitos Humanos; Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais (EDH – MG); Grupo Gay da Bahia (GGB); Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS); Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais; Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual (CELLOS); Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais (ASSTRAV); Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual e a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT).

Além das entidades acima, participaram ainda na qualidade de *amicus curiae*: Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (GEDI-UFMG); Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); Sociedade Brasileira de Direito Público; Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e Associação Eduardo Banks.

Os nove primeiros *amicus curiae* são entidades da sociedade civil organizada que lutam pela efetivação dos direitos humanos fundamentais; algumas especificamente em relação aos direitos humanos fundamentais discutidos na ação em comento. Isso evidencia a importância dos direitos discutidos no caso concreto e a demanda por sua efetividade material, demanda esta que não encontrou satisfação no campo político do Poder Legislativo e que acabou sendo judicializada.

Os demais *amicus curiae* evidenciam dois elementos importantes para a discussão: o interesse acadêmico tanto teórico quanto prático pela questão e a oposição de segmentos da sociedade civil organizada aos direitos humanos fundamentais discutidos.

As ações foram julgadas procedentes, com efeito *erga omnes* e vinculante, determinando o STF que as uniões estáveis homoafetivas fossem juridicamente reconhecidas “com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva”.

Os direitos humanos fundamentais discutidos no caso concreto podem ser identificados a partir da argumentação feita nas petições iniciais acerca da violação da dignidade da pessoa humana através da violação do direito à liberdade e igualdade.

A argumentação quanto ao direito à liberdade desdobra-se na autonomia da vontade que o indivíduo possui em relação à sua orientação sexual; já quanto ao direito de igualdade consiste na vedação de tratamento diferenciado para situações substancialmente iguais.

Toda a argumentação é desenvolvida a partir dos direitos individuais da pessoa humana e da impossibilidade de exercício dos mesmos no que diz respeito à constituição de uma família homoafetiva através de união estável.

2.3.3 Análise dos votos

Um primeiro aspecto a ser analisado diz respeito à referência a autores e temas da teoria do direito contemporânea, em especial do neoconstitucionalismo e da teoria da argumentação. Essas referências são tomadas como argumentos a nortear a justificação das posições tomadas pelos Ministros em seus votos.

Já na página 8²³ (BRASIL, 2012a, p. 2083) do voto do Ministro Ayres Britto (relator) encontra-se uma primeira referência para exame:

Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados.

O voto faz referência a um termo do próprio Ministro (constitucionalismo fraternal) que se coaduna totalmente com a necessidade de efetivação material de direitos humanos fundamentais que é própria do Estado Democrático de Direito. Embora enfatize mais os aspectos civis e morais da cidadania do que os aspectos sociais, econômicos e culturais, o voto é enfático ao afirmar que a atuação do Estado se destina aos “[...] estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados” e que tal atuação se dá através da adoção de políticas públicas.

Na página 15 (BRASIL, 2012a, p. 2090) do mesmo voto encontra-se a primeira referência à teoria dos direitos humanos fundamentais, ainda que indiretamente, quando da invocação da autonomia da vontade enquanto direito subjetivo ou situação jurídica ativa.

Para o relator a autonomia da vontade desdobra-se no direito à intimidade e no direito à privacidade, os quais seriam expressões jurídicas da liberdade sexual do ser humano. Neste sentido, o voto afirma que “[...] essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no

²³ A referência diz respeito à página do voto de cada Ministro, seguida da paginação dos autos do processo, nos termos do acórdão da ADI 4277/ADPF 132.

rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana [...]” (BRASIL, 2012a, p. 17, 2092).

Um ponto a se destacar é que a discussão, para o relator, diz respeito à efetivação de direitos humanos fundamentais individuais. Não por outro motivo o voto invoca a autonomia da vontade enquanto direito subjetivo ou situação jurídica ativa. Ou seja, trata-se de uma discussão circunscrita a direitos humanos fundamentais que não requerem a intervenção direta do Estado, mas apenas sua abstenção para serem exercidos. Escamoteia-se assim a discussão acerca da dimensão difusa, coletiva ou mesmo social dos direitos em discussão.

Além disso, fica claro que o voto decide pela possibilidade da união estável homoafetiva a partir da autonomia da vontade de cada ser humano que assim resolva se unir com outra pessoa do mesmo sexo: trata-se sim de uma postura progressista, porém está implícita em tal postura uma relação direta com o paradigma político do liberalismo, relação essa que é explorada e explicitada no próximo capítulo.

Essa constatação mostra-se fundamental para a análise empreendida, a qual é adiantada desde já: o Poder Judiciário em geral e o STF em especial podem proferir (e proferem) decisões judiciais “progressistas”, ou seja, que promovem a efetivação de direitos humanos fundamentais, mas tratam-se de decisões isoladas, e não de uma postura francamente progressista. É o que Herrera Flores (2009, p. 202-204) chama de modo dominante de acesso aos bens da vida, modo este estabelecido pela tradição ou pelas relações hegemônicas de poder.

No voto que segue, do Ministro Luiz Fux, à página 4 (BRASIL, 2012a, p. 2113) tem-se a primeira citação direta acerca de direitos humanos fundamentais, quando o Ministro vai discorrer sobre a dimensão objetiva de tais direitos, remetendo à opinião de Daniel Sarmento e Ingo Sarlet, dois expoentes do pensamento neoconstitucionalista no Brasil. E afirma, em seu voto:

A doutrina da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais tem berço no direito alemão, forte na consagração dos direitos fundamentais não só como direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado, mas também como decisões valorativas de cunho objetivo da Constituição, espraiando sua eficácia sobre todo o direito positivo, de modo a orientar o exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária.

Assumem-se aqui as condições de constitucionalização expostas no início deste capítulo, notadamente a força vinculante da Constituição. Em sequência o Ministro invoca Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*) à página 5 (BRASIL, 2012a, p. 2114) do voto para justificar, sob a tese de que os direitos em debate são “[...] direitos prestacionais em sentido

amplo”, a necessidade da efetivação judicial de tais direitos através do processo judicial. É preciso lembrar que o Ministro Fux é um processualista, e aqui se filia claramente ao “neoprocessualismo”, nos termos da obra de Cambi (2011), já citada acima. Neste sentido:

O processo jurisdicional é, por excelência, o *locus* da proteção dos direitos fundamentais. A jurisdição, como função primordial do Estado, precisa estar dirigida à consagração dos direitos fundamentais, como, de resto, a atividade estatal como um todo – do contrário, perde-se a própria razão de ser do Estado. Quando o processo resulta em flagrante e disseminada violação dos direitos fundamentais – sobretudo aqueles que dizem com os direitos da personalidade, como os de que ora se cuida –, o Estado tem o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos a derrotar o abuso. (BRASIL, 2012a, p. 6, 2115).

A colocação do processo judicial como instrumento de realização dos direitos fundamentais é uma clara tese neoconstitucionalista (ou “neoprocessualista”), além de ser também expressão das já citadas condições de constitucionalização, em especial a garantia jurisdicional que a Constituição requer enquanto condição de sua eficácia.

O voto traz também uma primeira referência à jurisdição constitucional e suas especificidades, especialmente no que diz respeito à atuação político-jurídica contramajoritária da mesma:

Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos.

Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas. (BRASIL, 2012a, p. 10, 2119).

A defesa da jurisdição constitucional contramajoritária, num sentido jurídico-político, bem como a própria influência da Constituição sobre as relações políticas fica clara no trecho acima. Como se verá adiante, esse discurso é dominante nos votos dos Ministros, inclusive no que tange à desqualificação de um suposto “ativismo judicial” (entendido no julgamento como algo pernicioso) quando da decisão deste caso concreto.

A obra de Dworkin surge à página 14 (BRASIL, 2012a, p. 2123) do voto para sustentar a argumentação em relação ao princípio da igualdade. O autor é retomado, com a mesma finalidade, nas páginas 5 e 6 (BRASIL, 2012a, p. 2138-2139) do aditamento do voto do Ministro Fux. Destaque-se ainda o recurso às teses de Dworkin para justificar uma “leitura

moral da Constituição”, mas apenas quando essas considerações disserem respeito ao direito de igualdade. O voto é expresso neste sentido:

Não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que, ao revés, é indispensável: todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito. É esta a base da leitura moral da Constituição propugnada por Ronald Dworkin [...] que, mesmo tecendo argumentos sobre o constitucionalismo nos EUA, formula assertivas perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro. (BRASIL, 2012a, p. 14, 2123).

A dimensão que predomina novamente é individual; a ideia de direitos da personalidade e autonomia da vontade são recorrentes no voto do Ministro Fux e também no voto da Ministra Cármen Lúcia, esta quando afirma, na página 3 de seu voto, que “[...] a escolha de uma união homoafetiva é individual, íntima e, nos termos da Constituição brasileira, manifestação da liberdade individual.” (BRASIL, 2012a, p. 2148). É preciso ressaltar que essa argumentação guarda estreita relação com o paradigma político do liberalismo, tal qual explorado no próximo capítulo.

O Ministro Ricardo Lewandowski justifica na página 5 e 6 de seu voto a função criadora do juiz a ser exercida no caso concreto a partir da tese das lacunas e da tese da moldura kelseniana:

É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera *bouche de la loi*, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto. (BRASIL, 2012a, p. 2163-2164).

No que diz respeito à tarefa a ser desempenhada pelo STF, o voto do Ministro Joaquim Barbosa segue na linha do descompasso entre o mundo dos fatos e o mundo do direito, justificando assim uma atitude criadora por parte do Poder Judiciário, em especial da Corte Constitucional, já na primeira página do seu voto:

Inicialmente, gostaria de ressaltar que estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais [...]. É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das cortes Constitucionais [...]. Para Barak, as Cortes Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade, isto é, cumpre-lhes fazer o que ele mesmo qualifica como *bridging the gap between law and society*. (BRASIL, 2012a, p. 2174).

E essa aproximação do mundo do direito ao mundo dos fatos encontra seu fundamento em critérios valorativos previstos na própria Constituição, os quais devem ser concretizados por atuação do Poder Judiciário, na perspectiva da jurisdição constitucional contramajoritária:

[...] eu entendo que cumpre a esta Corte buscar na rica *pallette* axiológica que informa todo o arcabouço constitucional criado em 1988; verificar se o desprezo jurídico que se pretende dar a essas relações é incompatível com a Constituição. Aí, sim, estará esta Corte a desempenhar uma de suas mais nobres missões: a de impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas. (BRASIL, 2012a, p. 2, 2175).

Há uma clara adoção do neoconstitucionalismo, em especial a sua dimensão de ideologia do direito: a Constituição é tida como modelo normativo axiológico que deve ser investigado em busca dos critérios valorativos adequados para o caso concreto.

E as balizas que devem nortear a aplicação desses critérios valorativos previstos encontram-se no “[...] multiculturalismo, [no] pensamento diferencialista, da noção de que todos, sem exceção, têm direito a uma igual consideração” (BRASIL, 2012a, p. 3, 2176), fazendo o voto citação expressa de Dworkin, Luís Roberto Barroso e Daniel Sarmento.

Apesar de todas as considerações acima, é o Ministro Gilmar Mendes quem melhor se serve do neoconstitucionalismo para justificação de seu voto. O papel ativo do Poder Judiciário em efetivar direitos humanos fundamentais é claro para o Ministro quando este afirma: “[...] os senhores sabem que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: essa coisa de que não podemos fazer isto porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que o valha.” (BRASIL, 2012a, p. 2, 2180). E continua:

Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou da tribuna as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar. (BRASIL, 2012a, p. 3, 2181).

O voto assume a possibilidade de atuação do Poder Judiciário em face da omissão dos demais poderes, em especial do Poder Legislativo, o que caracteriza fundamentalmente o fenômeno da judicialização da política, como visto no tópico anterior. Do mesmo modo, a politização da razão jurídica, através da submissão à apreciação do Poder Judiciário de um tema que é puramente político, embora tenha sido travestido de jurídico através do processo judicial; na verdade, trata-se de um tema jurídico-político.

Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, com têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Mas é verdade, também, que o quadro que se tem, como já foi aqui descrito, é de inércia, de não decisão por razões políticas várias [...]. (BRASIL, 2012a, p. 2181).

Há referência a Zagrebelsky à página 10 e 11 (BRASIL, 2012a, p. 2188-2189), Häberle à página 11 a 13 (BRASIL, 2012a, p. 2189-2191), Perelman à página 15 e 16 (BRASIL, 2012a, p. 2193-2194), Alexy à página 22 (BRASIL, 2012a, p. 2200) e apoio na ideia de jurisdição contramajoritária para decidir pela procedência da ação. Afirma ainda o Ministro: “[...] parece-me que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a direitos de minoria.” (BRASIL, 2012a, p. 21, 2199).

E para afastar de vez a “confusão” entre ativismo judicial e judicialização da política, afirma: “[...] nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.” (BRASIL, 2012a, p. 28-29, 2229-2230).

No voto do Ministro Marco Aurélio a tese da separação entre direito e moral é objeto de consideração, o que pode ser entendido como uma adoção implícita do positivismo inclusivo de Hart:

Em síntese, se não é possível conceber o Direito e a moral como duas esferas independentes, como queria Kelsen, também não se pode adotar a teoria dos círculos concêntricos, preconizada por Jeremy Bentham [...] que considera a ordem jurídica inteiramente circunscrita ao campo da moral. Moral e Direito devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos. O Direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e aproximação. (BRASIL, 2012a, p. 5, 2263).

Também a aplicação direta das normas constitucionais (uma das condições de constitucionalização) é enfatizada, quando se afirma que “[...] a solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana [...]” (BRASIL, 2012a, p. 6, 2264).

A presença das condições de constitucionalização e a adesão ao neoconstitucionalismo é algo patente no voto, em especial a necessidade de interpretação conforme das leis e a ideia de força vinculante da Constituição:

Como é cediço, compete aos intérpretes efetuar a filtragem constitucional dos institutos previstos na legislação infraconstitucional. Esse fenômeno denominado “constitucionalização do Direito”, na expressão de uso mais corriqueiro, revela que não podemos nos ater ao dogmatismo ultrapassado [...]. (BRASIL, 2012a, p. 9, 2267).

Também é explicitado o papel da jurisdição constitucional, sempre na perspectiva da atuação jurídico-política contramajoritária enquanto concretizadora de direitos humanos fundamentais das minorias:

No mais, ressalto o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República [...]. (BRASIL, 2012a, p. 13, 2271).

O último voto, do Ministro Celso de Mello, também aborda a questão da judicialização da política e da postura ativa do STF. A ideia de jurisdição constitucional enquanto protetora do direito das minorias encontra-se expressa no voto:

[...] relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito [...]. (BRASIL, 2012a, p. 23, 2296).

Em sequência o voto apresenta uma relação entre jurisdição constitucional e o modelo do Estado Democrático de Direito, tendo aquela como objetivo justamente a concretização do binômio democracia-direitos humanos fundamentais no caso concreto:

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito. (BRASIL, 2012a, p. 25, 2298).

Também a opção pelo neoconstitucionalismo enquanto ideologia do direito, com a identificação da Constituição como norma superior, é clara quando o voto afirma que “[...] ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.” (BRASIL, 2012a, p. 31, 2304).

A relação existente entre uma jurisdição constitucional contramajoritária e o neoconstitucionalismo enquanto ideologia do direito é explicitada no seguinte trecho:

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem de permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição. (BRASIL, 2012a, p. 36-37, 2309-2310).

No que diz respeito ao “ativismo judicial”, em um primeiro momento o termo é encarado como sendo algo negativo, motivo pelo qual é desvinculado do comportamento do STF no caso concreto em julgamento.

Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. (BRASIL, 2012a, p. 45, 2318).

Na sequência, a postura positiva e de protagonista do STF no que diz respeito às questões debatidas é reconhecida pelo voto e justificada a partir da inércia do Poder Executivo e Legislativo:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se [sic] tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (BRASIL, 2012a, p. 46, 2319).

O voto aborda ainda a questão da judicialização da política como sendo decorrente da própria Constituição:

Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional [...] nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional. (BRASIL, 2012a, p. 48, 2321).

Por fim, o voto do Ministro Cezar Peluso afirma a obrigação imposta ao Poder Legislativo a partir da decisão do STF, ou seja, a obrigatoriedade de que o Legislativo siga o decidido, que agora possui força de lei:

O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar essa equiparação. (BRASIL, 2012a, p. 4, 2327).

Houve nos votos dos Ministros adesão incondicional aos postulados do neoconstitucionalismo, em especial enquanto ideologia do direito. Os aspectos teóricos e filosóficos foram abordados através das citações de Dworkin, Alexy e de outros autores, bem como da análise, ainda que superficial, da relação entre direito e moral.

As condições de constitucionalização também foram abundantemente utilizadas como argumento apto a sustentar o fenômeno da judicialização da política que se materializou neste caso concreto. Situação bastante diversa ocorreu quando do julgamento da ADPF 153, como se verá a seguir.

2.3.4 A ADPF 153 e a impossibilidade de persecução penal dos agentes estatais da ditadura responsáveis por graves violações de direitos humanos fundamentais

A ADPF 153 foi proposta pelo Conselho Federal da OAB em 21.10.2008. Consistiu em pedido de interpretação conforme a Constituição do §1º do artigo 1º da Lei nº 6.683/79 (Lei da Anistia), excluindo assim da anistia concedida por referida lei os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar.

Argumentou a petição inicial que a manutenção da interpretação corrente do dispositivo legal configuraria violação do direito à verdade, além de invocar o princípio democrático e republicano e a dignidade da pessoa humana como fundamentos para a procedência do pedido.

Trata-se de ação que se encontra no âmbito da discussão acerca da justiça de transição no Brasil, buscando em resumo a alteração da situação de “anistia bilateral” ou “auto-anistia” atualmente configurada para permitir que haja a possibilidade de persecução criminal dos agentes estatais da ditadura em virtude dos crimes comuns que tenham praticado em face dos opositores do regime ditatorial.

Foram admitidos como *amicus curiae* as seguintes entidades: Associação Juízes para a Democracia, Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), Associação Brasileira dos Anistiados Políticos (ABAP) e a Associação Democrática e Nacionalista de Militares. Importante mencionar que consta dos autos, por iniciativa de um dos *amicus curiae* (Associação Juízes para a Democracia) um “[...] manifesto de juristas e um abaixo-assinado contendo 16.149 assinaturas contra a anistia dos militares.” (BRASIL, 2010, p. 10²⁴).

A ação foi julgada improcedente, o que significa dizer que o STF não alterou a interpretação atual do §1º do artigo 1º da Lei da Anistia, mantendo a chamada “anistia bilateral” ou “auto-anistia”, o que impede a possibilidade de persecução criminal dos agentes estatais responsáveis por graves violações de direitos humanos fundamentais no período da ditadura militar.

2.3.5 Análise dos votos

O voto do relator, Ministro Eros Grau, destaca em várias passagens a ideia de que ao Poder Judiciário não cabe legislar.

Caberia ao Congresso Nacional a alteração da Lei da Anistia, caso entendesse conveniente. Neste sentido, veja-se os seguintes trechos do voto:

No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescrever leis de anistia. (BRASIL, 2010, p. 38).

Há quem sustente que o Brasil tem uma concepção particular de lei, diferente, por exemplo, do Chile, da Argentina e do Uruguai, cujas leis de anistia acompanharam as mudanças do tempo e da sociedade. Esse acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá contudo ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo. Insisto em que ao Supremo Tribunal Federal não incumbe legislar sobre a matéria. (BRASIL, 2010, p. 39).

Há um repúdio a uma postura ativa por parte do STF, ao contrário do que ocorreu no julgamento da ADI 4277/ADPF 132. Não há qualquer menção acerca da possibilidade do STF defender eventuais minorias contramajoritárias. No caso concreto, poder-se-ia identificar como minorias aptas à tutela jurisdicional todos aqueles que sofreram graves violações de direitos humanos fundamentais durante a ditadura militar. Em momento algum no voto do

²⁴ A referência diz respeito à paginação do acórdão da ADPF 153.

Ministro Grau é mencionada a jurisdição constitucional e seu papel na concretização dos valores constitucionais, ou seja, a adoção da Constituição enquanto norma e modelo axiológico.

O fio condutor do julgamento é a ideia de que houve um “pacto nacional” em torno da Lei da Anistia, e esse pacto deve ser respeitado. Esse é um argumento claramente político-jurídico adotado praticamente na totalidade dos votos.

Neste sentido a Ministra Ellen Gracie afirma que “[...] trata-se de argumentação política e não jurídica a que rejeita a existência no Brasil da época de uma verdadeira ‘concertação’ política que permitiu a abertura democrática. Concertação esta da qual a lei da anistia consistiu em uma etapa importante.” (BRASIL, 2010, p. 152). Ora, se é uma argumentação política aquela que rejeita tal concertação, também o é a argumentação que a afirma. Continua a Ministra em seu voto:

Não se faz transição, ao menos não se faz transição pacífica, entre um regime autoritário e uma democracia plena, sem concessões recíprocas. Por incômodo que seja reconhecê-lo hoje, quando vivemos outro e mais virtuoso momento histórico, a anistia, inclusive daqueles que cometeram crimes nos porões da ditadura, foi o preço que a sociedade brasileira pagou para acelerar o processo pacífico de redemocratização [...]. (BRASIL, 2010, p. 153).

Em sequência, é importante ressaltar que a ligação entre o argumento e a deliberação dos Ministros se dá através da invocação dos “métodos de interpretação”, notadamente o “método histórico”²⁵. Assim, ignora-se por completo a teoria do direito contemporânea e reaviva-se a hermenêutica jurídica clássica de Savigny. Não há qualquer referência à teoria da argumentação enquanto método.

Interessante notar que os votos fazem uma completa desvinculação entre o direito humano fundamental à verdade e a possibilidade de punição dos agentes da ditadura. Isso fica claro na seguinte passagem do voto da Ministra Cármen Lúcia:

Assim, o direito à verdade, direito à história, o dever do Estado brasileiro de investigar, encontrar respostas, divulgar e adotar as providências sobre os desmandos cometidos no período ditatorial não estão em questão [...]. Apenas, deve ser enfatizado que não é essa a questão, nem ao menos como objeto de exame ou argumentação para a resposta judicial a ser dada na presente arguição, simplesmente não é este o tema posto [...]. (BRASIL, 2010, p. 79).

²⁵ Já no final da década de 1970 Warat (1979, p. 65) afirmava que “[...] os métodos de interpretação da lei constituem um conjunto de princípios e conceitos que funcionam como diretrizes retóricas para os raciocínios dos juristas.”

E também a Ministra Ellen Gracie:

O argumento de que a lei recusa o conhecimento da verdade (ofensa ao art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal) não resiste à constatação do cunho de objetividade da anistia [...]. O conhecimento dos documentos relativos ao período não é obstaculizado pela anistia [...]. (BRASIL, 2010, p. 151).

O Ministro Celso de Mello afirma que “[...] a improcedência da presente ação não impõe qualquer óbice à busca da verdade e à preservação da memória histórica em torno dos fatos ocorridos no período em que o país foi dominado pelo regime militar.” (BRASIL, 2010, p. 197). E, por fim, o voto do Ministro Cesar Peluso:

[...] evidentemente esta demanda nada tem com o direito constitucional a informações do órgãos públicos, isto é, com o chamado “direito à verdade histórica”, porque nada impede que, por outros meios, não pelo reconhecimento do caráter criminoso de fatos cobertos pela anistia, se podem apurar suas responsabilidades históricas e políticas. (BRASIL, 2010, p. 209).

Ocorre que é possível falar num direito humano fundamental à verdade, dentro de um conjunto mais amplo que pode ser chamado de direito humano fundamental à justiça transicional (BARBOSA, 2012, p. 879). Afinal, “[...] a Constituição brasileira, embora não tenha expressamente reconhecido, deixou por todo texto rastros do direito à verdade.” (SAMPAIO; ALMEIDA, 2009, p. 263). Importante ressaltar que o direito à verdade não se esgota no acesso a informações de órgãos públicos mas inclui também a verdade que é descoberta através do processo judicial, amoldando-se ao caso concreto em discussão, tal qual inclusive exposto na própria petição inicial da ADPF 153.

É quase uma tautologia afirmar que o processo é meio de exercício do direito à verdade. Neste sentido, “[...] podemos falar do direito à verdade, tanto em sentido amplo como a pretensão legítima de conhecimento da verdade sobre os fatos do mundo da vida em geral; [...] ou, em certos domínios, contentando-se com a chamada verdade processual [...]” (SAMPAIO; ALMEIDA, 2009, p. 267).

Ou seja, é possível o reconhecimento de um direito humano fundamental à verdade e o STF decidiu em sentido diametralmente oposto a esse, ignorando a presença de referido direito na Constituição e, no limite, ignorando a própria pauta normativa da Constituição (neoconstitucionalismo enquanto ideologia do direito).

Destaque-se ainda a quase completa ausência nos votos de referências aos tratados e convenções de direitos humanos que o Brasil faz parte, em especial à Convenção Americana de Direitos Humanos. O STF praticamente ignorou a Convenção e a tramitação (à época do

juízo da ADPF) do caso Gomes Lund e outros (Caso da Guerrilha do Araguaia, cuja sentença condenatória contra o Brasil foi proferida em 24.11.2010).

Este fato chamou a atenção e foi muito bem analisado por vários autores na literatura especializada e em diversos meios de comunicação, dos quais se pode destacar, por todos, Ramos (2011, p. 174-225), que faz uma análise comparativa entre o acórdão da ADPF 153 e a decisão do caso Gomes Lund e outros.

A ideia da necessidade de separação entre direito e moral aflora no voto do Ministro Gilmar Mendes:

Embora seja razoável admitir que a grande maioria das ofensas foi praticada pelos militares, não é razoável introduzir, no campo da análise política e no campo das definições jurídicas, compensações morais acerca da natureza justificadora da violência.

Não é possível conferir a ilicitude criminal a alguns atos e, ao mesmo tempo, reconhecer que outros de igual repercussão possuem natureza distinta e podem ser justificados em razão do objetivo político ideológico que os geraram. Não é juridicamente razoável compreender que o objetivo moralmente considerado define a juridicidade da ação, fazendo com que outros atos – com motor condutor diverso – deixem de ser admitidos em razão da diversidade de escopo. (BRASIL, 2010, p. 239).

Essa decisão do STF configura exatamente aquilo que Santos (2009, p. 3) chama de “contrarrevolução jurídica”, que pode ser caracterizada como “[...] uma forma de ativismo judiciário conservador que consiste em neutralizar, por via judicial, muito dos avanços democráticos que foram conquistados ao longo das duas últimas décadas pela via política, quase sempre a partir de novas Constituições.”

Sendo assim, ignoram-se por completo as condições de constitucionalização através de uma escolha que é antes de tudo e essencialmente política.

O modelo do Estado Democrático de Direito permite que o STF atue ora de forma promotora de direitos humanos fundamentais ora num sentido de autocontenção, adaptando seu discurso de acordo com a *opção política* correspondente. Especificamente no que diz respeito aos direitos humanos fundamentais discutidos na ADPF 153, pode-se afirmar que “[...] o STF atua com seletividade no que diz respeito às matérias afeitas à justiça transicional, o que significa, na prática, um óbice para a concretização dos direitos humanos e fundamentais relacionados ao tema.” (BARBOSA, 2012, p. 884).

Tanto uma postura promotora quanto autocontida é sustentável através do discurso neoconstitucionalista e da teoria da argumentação; trata-se na verdade de realizar uma calibragem, uma sintonia fina em relação aos limites supostamente impostos pela teoria em

relação ao caso concreto, limites estes que na verdade são auto-impostos a partir de uma *tomada de posição política* em relação a este mesmo caso concreto.

Claro que o STF não é absolutamente livre; sua liberdade de decisão está condicionada ao menos pelo limites impostos pelo ordenamento jurídico e pelos fatos em discussão. Porém, para além destes limites (que podem muito bem ser identificados com a tese da moldura kelseniana) predomina a discricionariedade na efetivação ou não de um direito ou de um conjunto de direitos humanos fundamentais, motivo pelo qual se mostra novamente inteiramente falsa a tese da separação entre direito, política e moral.

Verifica-se então um uso meramente *retórico* do discurso neoconstitucionalista e da teoria da argumentação, bem como a absoluta insuficiência dessa última em, por si só, efetivar direitos humanos fundamentais. O que ocorre é a transformação dos postulados teóricos em argumentos dotados de autoridade e capazes de sustentar a decisão. Através destes argumentos o STF se desincumbe do *ônus argumentativo* que lhe é imposto, sem que isso signifique dar concretude aos direitos humanos fundamentais pleiteados em juízo.

Assim é que o neoconstitucionalismo enquanto ideologia vai se tornando parte de um novo (ou ao menos atualizado) senso comum teórico dos juristas; seu método de trabalho (a teoria da argumentação) não dá conta de evitar essa instrumentalização político-ideológica do discurso, não obstante o esforço no sentido do conteúdo (Dworkin) e da forma (Alexy), passando a própria teoria da argumentação a integrar esse senso comum teórico²⁶.

Pode-se desde já antecipar que a decisão judicial enquanto problema argumentativo configura na verdade um problema de conteúdo e não de forma.

Especificamente no que diz respeito à decisão judicial que tem por objeto direitos humanos fundamentais, trata-se de um problema de construção de um conteúdo argumentativo apto a sustentar a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais discutidos no caso concreto, em oposição ao discurso contrário, fundado em velhos e novos elementos do senso comum teórico dos juristas, o qual ficou manifesto na atuação político-jurídica do Poder Judiciário quando do julgamento da ADPF153.

²⁶ A teoria da argumentação vai substituindo o catálogo de “métodos de interpretação” da hermenêutica jurídica clássica por um novo senso comum também pretensamente científico e que na verdade nada mais é do que a justificação discursiva (baseada em um argumento de autoridade) de uma opção política.

CAPÍTULO 3 HORIZONTES DO DISCURSO JURÍDICO PARA ALÉM DA DOGMÁTICA JURÍDICA ESTREITA

3.1 As limitações do discurso jurídico atual e da teoria da argumentação

3.1.1 Colocação do problema e identificação das soluções possíveis

O estudo de caso levado a cabo no capítulo anterior permite a formulação dos seguintes questionamentos: como é possível que, mesmo numa quadra de ascensão e pretensão de hegemonia do neoconstitucionalismo enquanto paradigma científico da teoria do direito e da teoria da argumentação enquanto método o STF negue efetividade material a direitos humanos fundamentais, como ocorreu no julgamento da ADPF 153?

E mais: como compreender que esse mesmo tribunal tenha uma atuação concretizadora quando da apreciação de certas matérias, promovendo de fato a efetividade material de alguns direitos humanos fundamentais, como no caso do julgamento da ADI 4277/ADPF 132?

Na verdade, o que se verifica é um verdadeiro *balaio de gato jurídico* em que o STF, tanto no campo da justificação interna quanto externa utiliza do neoconstitucionalismo e da teoria da argumentação como bem entende, ora para negar efetividade a direitos humanos fundamentais, ora para dar efetividade aos mesmos, situação que pode ser bem resumida através do seguinte enunciado: princípios jurídicos podem ser aplicados em um caso concreto. Ou não.

O caminho para tentar compreender essa realidade e responder a tais questionamentos pode ser encontrado em diversos pontos de partida, havendo um conjunto de teses comuns a alguns autores que permite identificar tais pontos.

Em primeiro lugar deve-se dar destaque às mudanças pelas quais tem passado a sociedade brasileira, mudanças estas que refletem na incapacidade do Poder Judiciário em concretizar direitos humanos fundamentais. Essa tese parte do pressuposto de que tais mudanças, ocorridas ao longo da década de 1970 em diante e que podem ser identificadas no campo jurídico com o surgimento dos direitos difusos e coletivos, gerou uma *crise de resposta* do Poder Judiciário, o qual, em sua conformação originalmente liberal-individualista, não estava preparado para responder a conflitos de massa.

Tal tese é muito bem analisada nas obras de Faria (1989, 1992, 2005) e pode ser exemplificada através da seguinte citação de Streck (2004, p.54):

É este o dilema brasileiro: não sufragamos a tese substancialista, porque o judiciário, preparado para lidar com conflitos interindividuais, próprios de um modelo liberal-individualista, não está preparado para o enfrentamento dos problemas decorrentes da trans-individualidade, própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988 [...].

Esta seria então uma primeira tese apta a responder aos questionamentos propostos acima: tratar-se-ia de uma *crise de resposta* do Poder Judiciário que tem origem em uma incapacidade *congênita* para compreender e dar efetividade material aos direitos humanos fundamentais.

Tal tese realmente mostra-se verdadeira à luz dos exemplos trabalhados no capítulo anterior, vez que essa conformação liberal-individualista do Poder Judiciário é tornada explícita no julgamento da ADI 4277/ADPF 132. Conforme analisado anteriormente, o provimento da ação fundamenta-se, entre outros argumentos, na ideia de autonomia da vontade enquanto direito subjetivo ou situação jurídica ativa, desdobrando-se tal autonomia da vontade no direito à intimidade e à privacidade enquanto expressões jurídicas da liberdade sexual do ser humano (voto do Ministro Ayres Britto, relator).

Também no julgamento da ADPF 153 essa conformação liberal-individualista está presente quando da invocação de uma concepção clássica da tripartição de poderes (caso do voto do Ministro Eros Grau quando afirma não caber ao Poder Judiciário legislar) e com o argumento complementar da manutenção de uma “ordem social” fruto de um “acordo político” celebrado pela sociedade civil de forma legítima e lícita, motivo pelo qual não poderia e nem deveria ser alterado pelo Poder Judiciário. É uma clara opção pela manutenção das coisas como estão, ou seja, uma opção pelo princípio da segurança jurídica.

Uma segunda tese relevante para a discussão é aquela que identifica no ensino jurídico um dos grandes problemas para a efetivação material de direitos humanos fundamentais. Tanto a formação liberal do bacharel no Império e início da República, baseada no direito privado e voltada muito mais à prática política do que à reflexão jurídica e resolução de problemas concretos quanto a formação eminentemente tecnicista que se impõe a partir da década de 1930 e se consolida durante o surto desenvolvimentista dos anos 1950 (MACHADO, 2005b, p. 35) em nada contribuíram para a efetivação real de direitos.

Ainda segundo Machado (informação verbal)¹, também o ensino jurídico em sua configuração atual não garante o aprendizado, por parte dos futuros juízes, de direitos

¹ Antônio Alberto Machado, aula ministrada na disciplina Tópicos Especiais: Direitos Humanos: fundamentos e desafios, do Programa de Pós-graduação em Direito da FCHS – UNESP/Franca, em 30 nov. 2012.

humanos fundamentais. As disciplinas de direitos humanos, quando existem nos currículos universitários, são ministradas de qualquer modo e por qualquer um. Não há uma real preocupação com a formação dos estudantes a partir de uma base comum de direitos humanos que possa ser projetada nas demais disciplinas, inclusive e especialmente nas disciplinas dogmáticas e de prática jurídica.

Essa tese é na verdade complementar à primeira, vez que a incapacidade do Poder Judiciário em fazer valer direitos humanos fundamentais advém em grande parte da formação de seus quadros; a crise de resposta é *congênita* justamente por conta da conformação liberal-individualista do Poder Judiciário enquanto instituição, dos ritos processuais e procedimentais utilizados e da formação dos seus quadros, que pouco ou nada se alterou desde sua origem no Império.

Tanto uma tese quanto a outra, por serem complementárias, podem ser associadas a um quadro mais amplo de crise, como o faz Streck (2004, p. 18), associando-as à “[...] crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, ainda (pre)dominante no modo-de-fazer-hermêutica no interior do campo jurídico vigorante no Brasil.”

Em escritos da década de 1990 e da primeira metade da década de 2000, Faria (1996, 2003) acrescenta à discussão o elemento econômico representado pela globalização do capital, analisando o descompasso existente entre o Poder Judiciário e a dinâmica do capital globalizado, notadamente em um cenário de domínio do neoliberalismo. Como visto no capítulo anterior, o ideário econômico neoliberal dificulta sobremaneira a concretização de direitos humanos fundamentais.

Também na linha do que foi exposto anteriormente, tem-se que a promulgação da Constituição de 1988 alargou ainda mais o problema, já que o modelo de Estado Democrático de Direito exige a efetivação material dos direitos humanos fundamentais. E mais: exige que tal efetivação seja feita de forma democrática.

Conjugando a opinião de Streck e Faria com o cenário exposto no capítulo anterior acerca do modelo de Estado Democrático de Direito e suas finalidades, pode-se concluir então que se trata de uma crise do paradigma epistemológico associada a um descompasso entre a ordem jurídica instituída pela Constituição e a ordem social e econômica imposta pelo neoliberalismo. Enquanto a Constituição alarga as demandas já existentes por direitos humanos fundamentais e propicia o surgimento de novas demandas baseadas nestes mesmos direitos, o neoliberalismo diminui a capacidade de ação do Estado, jogando a responsabilidade pela efetivação dos direitos para a esfera do mercado (na verdade, promovendo a transformação de direitos e mercadoria). A crise então se aprofunda.

Uma tentativa de superação *teórica* dessa crise é fornecida pelo neoconstitucionalismo enquanto paradigma científico², o qual se desenvolve nos quadrantes do “giro linguístico” mencionado no primeiro capítulo e que tem na teoria da argumentação seu método. Aliado a este quadro teórico tem-se uma realidade de ativismo judicial crescente e *seletivo* enquanto prática, como se tentou demonstrar através do estudo dos acórdãos da ADI 4277/ADPF 132 e da ADPF 153.

Para além das teses expostas acima e da própria síntese apresentada acerca da crise, Machado (2011, p. 28) afirma que se trata na verdade da *crise do paradigma jurídico*³, tese que dá conta da totalidade da experiência que se desenrola no campo jurídico, englobando a crise da dimensão epistemológica (Streck), da dimensão econômica e política (Faria) e do descompasso existente entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica brasileira. Engloba também as tentativas de superação surgidas a partir dos aportes trazidos pelo neoconstitucionalismo enquanto paradigma científico, como se verá a seguir.

Assim, ao invés de analisar a crise a partir das teses inventariadas acima, isoladamente ou em conjunto, opta-se pela utilização da tese do *paradigma da teoria jurídica* de Machado (2011, p. 24-25) e de sua correspondente crise, buscando-se investigar as causas desta crise através da exploração e problematização dos fundamentos do atual *discurso teórico sobre o direito*, discurso este exposto nos capítulos anteriores.

Esse discurso teórico se caracteriza como apto a justificar externa e internamente a prática jurídica, ou seja, busca oferecer uma resposta às insuficiências atuais e se encontra, como enunciado acima, fundado no neoconstitucionalismo enquanto paradigma científico e na teoria da argumentação enquanto método. É ainda permeado por um ativismo judicial crescente e *seletivo* enquanto prática e pelo senso comum teórico dos juristas, que incide tanto na prática jurídica quanto na própria elaboração do discurso que busca justificar essa prática.

O discurso teórico *sobre o direito*, em suas pretensões de justificação externa e interna, converte-se em discurso *do direito*, ou seja, em discurso decisório e dogmático. Sendo assim,

² Embora as origens do neoconstitucionalismo remontem ao segundo pós-guerra e à fase do “capitalismo organizado” representada pelo desenvolvimento do *Welfare State* em contraposição à economia planificada do “socialismo real” soviético, é inegável que seu aporte se deu no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a instituição do modelo do Estado Democrático de Direito, já nos quadrantes da derrocada do desenvolvimentismo e de ascensão do neoliberalismo.

³ Ludwig (1997, p. 206), em opinião que serve de complemento à tese de Machado e que vai de encontro à tese de Santos desenvolvida a seguir, afirma que a crise de referenciais (de paradigmas, portanto) “[...] atinge os mais diversos e amplos sistemas – o político, o econômico, o social, o ético e o jurídico – da sociedade, bem como o próprio mundo-da-vida. A crise estaria tanto nos paradigmas epistêmicos quanto nos paradigmas societais.”

buscar-se-á desenvolver, a partir da crítica ao discurso *sobre* o direito, uma tentativa de renovação do discurso *do* direito, ou seja, do discurso decisório e dogmático.

Para alcançar tais objetivos, faz-se necessário esboçar *racionalidades jurídicas possíveis* que sejam diversas da racionalidade jurídica expressa pelo juspositivismo “clássico” e pelo neoconstitucionalismo e que tenham por finalidade a efetivação material de direitos humanos fundamentais a partir de um marco teórico específico: o compromisso com a emancipação do ser humano, o qual pode ser provisoriamente entendido a partir da concepção de direitos humanos fundamentais exposta no capítulo anterior.

Mas antes de levar a cabo tal tentativa, deve-se buscar compreender em que consiste a crise do paradigma jurídico e quais são as possibilidades emancipatórias presentes no âmbito de referido paradigma, se é que há alguma. É o que se intenta fazer no item que segue.

3.1.2 O projeto sócio-cultural da modernidade e o quadrado paradigmático

Ao analisar qual a fundamentação teórica utilizada para justificar a atual judicialização da política e a politização da razão jurídica na Grã-Bretanha, Estados Unidos e Escandinávia, Vallinder (1995, p. 21-22) afirma que

[...] we have experienced a remarkable revival of natural law theories or, maybe better, deontological theories, in several academics quarters. Once more philosophers, political scientists, and legal scholars have taken down from their shelves the works of, say, Locke, Rousseau, and Kant, not for their historical contributions but for their topical interest [...].

Assim, no tempo presente de judicialização da política e politização da razão jurídica, pode-se falar em um retorno aos clássicos tais como Locke, Rousseau e Kant e às suas correspondentes teorias de direito natural para justificar tais fenômenos. Pode-se afirmar, a partir da constatação de Vallinder, de que não se trata do surgimento de algo novo, mas sim da reutilização, em novas roupagens, das teorias fundantes do pensamento moderno.

A seu turno, Comanducci (2009, p. 87-88), ao analisar o neoconstitucionalismo enquanto teoria do direito, afirma expressamente que, caso se aceite a tese da conexão apenas contingente entre direito e moral (nos moldes sugeridos por Hart), pode-se concluir que o neoconstitucionalismo é filho legítimo do juspositivismo, chegando ao ponto de afirmar que se trata do “positivismo jurídico dos nossos dias”. E, como se sabe, o positivismo jurídico é expressão mais bem acabada das pretensões modernas.

Apenas para exemplificar, cabe lembrar que o juspositivismo legalista da escola da exegese surge a partir (mas não somente) de uma pretensão de domínio totalizador sobre as diversas esferas da vida a partir do código civil. Neste sentido, Grossi (2004, p. 46) lembra que o código civil napoleônico foi criado justamente para substituir uma zona tradicionalmente reservada ao âmbito privado, ou seja, a zona das relações civis; durante a Idade Média não havia praticamente autoridade do príncipe sobre tais relações, o que muda drasticamente após a Revolução Francesa, inclusive com a submissão total dos juízes à letra da lei, conforme visto no primeiro capítulo.

Também o juspositivismo “clássico” abordado no início deste trabalho não foge à regra, sendo exemplo máximo no campo do direito das pretensões totalizadoras da realidade que possui a ciência moderna. Como afirmado anteriormente, o objetivo primordial dos juspositivistas “clássicos” (Kelsen, Ross e Hart) era conferir ao fenômeno jurídico um estatuto epistemológico próprio, ou seja, construir uma verdadeira ciência do direito.

Essa “ciência do direito” é um tipo de conhecimento que possui um objeto bem delimitado (a norma jurídica), que utiliza um método adequado para se conhecer esse objeto (o método lógico-formal) e que apresenta conclusões em forma de conceitos elaborados através de uma linguagem própria e única (a linguagem científica específica do direito, cujo exemplo máximo é a categoria “validade” enquanto atributo diferenciador e delimitador da norma jurídica). Tais conclusões são aplicáveis indistintamente à totalidade da realidade do fenômeno jurídico.

A seu turno, a teoria da argumentação também possui pretensões acima de tudo formais, tal qual a moderna ciência do direito e conforme visto no primeiro capítulo. Embora parta da distinção aristotélica entre *doxa* e *gnosis*, fazendo uma opção pelo primeiro tipo de conhecimento em relação ao segundo, seu desenvolvimento posterior permite afirmar que tal teoria acredita ser possível um *alargamento do conceito de racionalidade moderna*, trazendo de volta a dimensão da razão prática que estava presente no pensamento clássico e que se encontra ausente do pensamento moderno em seu nascedouro.

Trata-se de pretensões totalizadoras de uma racionalidade de tipo diverso⁴ da racionalidade clássica, ou seja, trata-se de uma pretensão fundada na razão especificamente moderna, o que deságua no aspecto formal da teoria da argumentação de Alexy (ideia de

⁴ Segundo Ludwig (1997, p. 8), “[...] a auto-diferenciação da Razão do ponto de vista histórico mostra duas grandes épocas diferentes; e do ponto de vista teórico também duas formas bem distintas: a razão clássica dispôs sua estrutura analógica em torno do eixo metafísico, portanto, teórico – na expressão máxima da filosofia de Aristóteles; a razão moderna se estrutura em torno do eixo lógico, primazia evidenciada no método cartesiano e no sujeito transcendental kantiano.”

pretensão de correção) e na opção política pelo liberalismo feita por Dworkin. Como amplamente explorado no primeiro capítulo, Perelman e Alexy são exemplos claros dessa (nova) tentativa totalizadora da racionalidade moderna que agrega a si a razão prática clássica.

Esse alargamento do conceito de racionalidade moderna, que se opera com a reintrodução da razão prática através da linguagem, do discurso e das práticas argumentativas, compõe o núcleo teórico do neoconstitucionalismo e da teoria da argumentação e reproduz todo o idealismo presente na modernidade. Neste sentido, veja-se a observação de Aienza (1994, paginação irregular) em comentário acerca do procedimento a ser adotado quando da resolução de um chamado “caso difícil”:

En definitiva, al final tenemos que recurrir no a una instancia real, sino a una instancia ideal, como el espectador imparcial de Adam Smith, el juez Hércules de Dworkin, el auditorio universal de Perelman, o la comunidad ideal de diálogo de Habermas. Eso quiere decir que la respuesta correcta sería aquella a la que llegaría un ser racional, o el conjunto de todos los seres racionales, o los seres humanos si respetasen las reglas del discurso racional.

Como se percebe, a crença na razão (de tipo especificamente moderno) e nas potencialidades do discurso racional como forma de realização dos próprios ideais modernos de emancipação leva ao idealismo e conseqüentemente ao descolamento da realidade.

E, como visto acima, no campo do direito predomina essa crença na racionalidade moderna, inclusive no âmbito do neoconstitucionalismo e da teoria da argumentação. Após todos os exemplos mencionados acima, pode-se concluir, com Mascaro (2002, p. 21), que realmente “[...] a modernidade, na filosofia do direito, é o paradigma mais usual e recorrente das explicações e legitimações do jurista até a atualidade”.

Essa racionalidade especificamente moderna, sua pretensão totalizadora e seus desdobramentos no âmbito da teoria e do discurso jurídico estão circunscritos ao que Santos (1997, p. 77) chama de “[...] projeto sócio-cultural da modernidade”. Ante a riqueza de conteúdo do conceito, vale a pena transcrever uma longa citação em que o mesmo é explicitado:

O projecto sócio-cultural da modernidade é um projecto muito rico, capaz de infinitas possibilidades e, como tal, muito complexo e sujeito a desenvolvimentos contraditórios. Assenta em dois pilares fundamentais, o pilar da regulação e o pilar da emancipação. São pilares, eles próprios, complexos, cada um constituído por três princípios. O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, cuja articulação se deve principalmente a Hobbes; pelo princípio do mercado, dominante sobretudo na obra de Locke; e pelo princípio da comunidade, cuja formulação domina toda a filosofia política de Rousseau. Por sua vez, o pilar da emancipação é

constituído por três lógicas de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura; a racionalidade moral-prática da ética e do direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica.

As limitações do discurso jurídico contemporâneo e da própria teoria da argumentação devem ser compreendidas tendo em vista o projeto sócio-cultural da modernidade, o qual ainda encontra-se em vigor, como bem atestam os exemplos apresentado anteriormente. A questão que se coloca é se tal projeto é realizável como inicialmente concebido; no campo da teoria do direito coloca-se a questão da possibilidade do discurso jurídico e das teorias atuais darem conta da realização das promessas modernas no âmbito da racionalidade moral-prática da ética e do direito, uma das lógicas da racionalidade emancipadora.

Em respostas a esta questão, Santos afirma que o desenrolar histórico do projeto sócio-cultural da modernidade culminou com o predomínio do pilar da regulação sobre o da emancipação. Sendo assim, “[...] deixou de ser possível conceber estratégias emancipatórias genuínas no âmbito do paradigma dominante já que todas elas estão condenadas a transformar-se em outras tantas estratégias regulatórias.” (SANTOS, 2005, p. 16).

Em face disto o pensamento crítico para ser eficaz tem de assumir uma posição paradigmática: partir de uma crítica radical do paradigma dominante tanto dos seus modelos regulatórios como dos seus modelos emancipatórios para com base nela e com recurso à imaginação utópica desenhar os primeiros traços de horizontes emancipatórios novos em que eventualmente se anuncia o paradigma emergente. (SANTOS, 2005, p. 16).

No âmbito da teoria do direito, qual é o paradigma dominante que deve sofrer uma crítica radical, tendo por horizonte a emancipação de que fala Santos? Adotando a já mencionada tese da *crise do paradigma jurídico* de Machado, pode-se identificar, com o próprio Machado (2011, p. 27), em que consiste tal paradigma, quando o autor afirma que o mesmo pode nomeado como paradigma tradicional ou positivista e que é composto por três outros paradigmas: científico, político e filosófico.

No que diz respeito ao paradigma científico, pode-se identificar como objeto da ciência do direito a norma e como método o lógico-formal, como já mencionado acima. O paradigma político é formado pela ideologia política do liberalismo e o paradigma filosófico pelo racionalismo analítico de matriz cartesiana.

Estes três paradigmas constituem o paradigma dominante, o qual é chamado por Machado (2011, p. 27) de “[...] ‘quadrado paradigmático’, isto é, um campo teórico que funciona como uma espécie de ‘cativeiro positivista’, onde ‘caiu’ e permanece ‘enclausurado’

o pensamento jurídico moderno, bem como as teorias contemporâneas que se dizem pós-modernas.”

O paradigma científico do juspositivismo foi explorado no primeiro capítulo deste trabalho. Conforme visto naquela oportunidade, o objeto da teoria do direito para Kelsen, Ross e Hart é a norma jurídica. Se existem variações no método, estas não comprometem o que há de essencial no mesmo: uma análise formal do objeto eleito para investigação, no caso, a norma jurídica. Por isso afirmar-se que se trata de um método lógico-formal.

Também o pensamento de Dworkin e Alexy continuam de certo modo presos à norma jurídica enquanto objeto de investigação. Trata-se apenas de uma sofisticação do objeto em relação aos juspositivistas “clássicos”, já que continua a vigorar a ideia de que o juiz produz a norma para o caso concreto, voltando-se as atenções de Dworkin e Alexy para a decisão judicial, que nada mais é do que a norma no caso concreto.

Embora haja sofisticação no método, que passa a ser a teoria da argumentação, mantêm-se as características formais, já que, conforme amplamente debatido ao longo deste trabalho, a teoria da argumentação preocupa-se muito mais com os procedimentos formais pelos quais se chega a uma decisão correta do que com o conteúdo desta decisão.

Ressalte-se por fim que o elenco de fontes do direito continua a ser aquele identificado pelo juspositivismo clássico: Dworkin afirma claramente que deve-se recorrer à tradição dos precedentes e à legislação; Alexy centra suas preocupações na resolução de conflitos entre direitos fundamentais, ou seja, entre direitos positivados em tratados e na Constituição, aqui entendida como norma jurídica de caráter especial, variando este caráter entre prescritivo e descritivo (neoconstitucionalismo teórico).

É possível afirmar então que o pensamento de Dworkin, Alexy e do neoconstitucionalismo como um todo se encontram também presos dentro do quadrado paradigmático.

Segundo Machado, o paradigma político tradicional é informado pela ideologia política liberal. Em oposição a tal afirmação poder-se-ia argumentar que não vigoram mais as ideias do liberalismo clássico do século XIX no tempo presente; porém, pode-se identificar a ideologia política liberal na atualidade através do ideário neoliberal exposto no capítulo anterior e tão presente atualmente.

De fato, as políticas econômicas para a América Latina cristalizadas no Consenso de Washington refletem bem em que consiste o liberalismo atualmente; como afirma Herrera Flores (2009, p. 105), o neoliberalismo constitui o “*grande relato alternativo*” às políticas socialistas (praticamente extintas) e às práticas do *Welfare State* (em franca decadência nos

países de capitalismo central) tendo por pressupostos justamente o liberalismo político e econômico do século XIX. Afirma Herrera Flores (2009, p. 106):

Desde inícios dos anos setenta até nossos dias, a corrente filosófica e econômica neoliberal converteu-se no grande relato a partir do qual se julgam e se encaram as realidades de nosso tempo. Estado mínimo, o mercado como único mecanismo regulador das relações sociais, privatizações dos espaços públicos, desregulações normativas de tudo o que afete os interesses das grandes empresas, primazia das liberdades individuais sobre os direitos sociais, econômicos e políticos.

Porém, para além da política e da economia, existe uma dimensão ínsita à teoria do direito que decorre diretamente da ideologia política liberal do século XIX e que ganha nova força com o predomínio do ideário neoliberal.

Tratam-se das noções clássicas de sujeito de direito, direito subjetivo e relação jurídica construídas ao longo do século XIX, decorrentes e amparadas pela estrutura do Estado Liberal.

Em contraste com os dois casos concretos estudados no capítulo anterior, pode-se, retomando o que já foi dito naquela oportunidade, afirmar com certeza que o paradigma político que norteia as decisões do STF é mesmo o paradigma político liberal.

Como se viu quando do estudo dos votos dos Ministros, a possibilidade de união estável homoafetiva funda-se na autonomia da vontade; nada mais liberal do ponto de vista da teoria jurídica do que o sujeito de direito autônomo. Tudo o mais que impedia o reconhecimento e exercício desse direito humano fundamental encontra sua origem em uma moralidade conservadora característica da sociedade brasileira do século XIX⁵, a qual não tem mais razão de subsistir e que já se encontra, em grande medida, superada no plano fático.

Sendo assim, o STF proferiu uma decisão inegavelmente progressista, mas que encontra fundamento no próprio paradigma político liberal. Ou seja, é possível o surgimento de decisões progressistas de forma isolada, mas não é possível o surgimento de um conjunto de decisões progressistas, por conta da predominância do paradigma político do liberalismo, já que um conjunto de decisões progressistas significaria uma maior efetividade de direitos humanos fundamentais em contraposição ao próprio ideário político neoliberal.

⁵ A disseminação do ideário liberal na América Latina possui especificidades que transcendem os limites desse trabalho mas que merecem ser estudadas. Em relação à moralidade conservadora da sociedade brasileira no século XIX e a convivência relativamente pacífica com o ideário liberal deste mesmo período, pode-se apontar, por exemplo e a partir de Gallardo (2010, p. 64), a existência de “[...] *una cultura dominante oligárquica y neoligárquica de inspiración señorial y católica.*”

A confirmação da plena vigência do paradigma político liberal encontra-se na decisão que negou provimento à ADPF 153: nada mais liberal do que a opção pelo valor segurança jurídica, pela manutenção da ordem, evocando a celebração de um “pacto social” entre diversos atores da sociedade civil e o Estado e a o mesmo tempo ignorando as especificidades históricas de tal “pacto”.

De fato, o argumento dominante no acórdão da ADPF 153 diz respeito ao suposto “pacto social” celebrado em torno da elaboração da Lei da Anistia, pacto este que não poderia ser violado pelo Poder Judiciário, mas apenas revisto pelo Poder Legislativo caso este considerasse oportuno.

Por fim, pode-se afirmar que existe uma estreita conexão entre o paradigma científico e político e o paradigma filosófico. A uma filosofia racional-analítica corresponde um objeto de estudo normativo e um método lógico-formal, já que se trata de analisar, de maneira meramente lógico-formal, as normas e os procedimentos através dos quais estas mesmas normas passam a fazer parte do mundo.

Ao se assumir uma postura racional-analítica, renunciando à complexidade do objeto para além da dimensão normativa e renunciando a outros métodos que não o método lógico-formal, se está, em tese, renunciando também a uma fundamentação moral. Na realidade, esta renúncia é impossível. Quando se adota tal ponto de vista, na verdade se

[...] está aceitando implicitamente uma fundamentação moral que não leva ao debate, senão que se inviabiliza ao ser aceita como algo natural e imodificável. E essa fundamentação moral é a do liberalismo econômico individualista, ideologia dualista que separa os direitos humanos em duas esferas irreconciliáveis e defende a impossibilidade de garantir jurídica e institucionalmente os direitos sociais, econômicos e culturais. (HERRERA FLORES, 2009, p. 152).

A suposta renúncia a uma fundamentação moral para o tratamento científico e teórico do direito leva à confirmação e conformação com o paradigma político do liberalismo. Em outras palavras, os paradigmas se comunicam, se imbricam entre si: a um paradigma político liberal corresponde necessariamente uma postura filosófica racional-analítica com reflexos claros na prática jurídica. Não por outro motivo as decisões judiciais analisadas no capítulo anterior remetem, como já mencionado, à dimensão individual dos direitos analisados, seja para garanti-los, seja para negá-los.

Ocorre que o projeto sócio-cultural da modernidade onde está inserido o campo jurídico, que por sua vez encontra-se aprisionado no quadrado paradigmático do positivismo, não é absolutamente impermeável a possibilidades emancipatórias. Como visto cima, a

modernidade assenta-se em dois pilares fundamentais: regulação e emancipação. Ou seja, faz parte do próprio projeto sócio-cultural da modernidade a emancipação, por mais que Santos afirme que todas as estratégias emancipatórias atuais acabem por se tornar estratégias regulatórias.

Como afirmam Warat e Pêpe (2004, p. 52), “[...] nunca é excessivo lembrar que o discurso da modernidade, como discurso do desencantamento da perda das referências explicativas e realizadoras da vida através das tradições metafísicas e religiosas, legou-nos uma idéia de razão nitidamente instrumental e estratégica.”

Ora, se a razão moderna é instrumental e estratégica, pode ser direcionada para vários usos possíveis, dentre eles a busca pela efetivação de direitos humanos fundamentais a partir do próprio discurso dos direitos humanos e tendo por horizonte a emancipação contida no próprio projeto moderno, não obstante os limites que esse próprio projeto oferece.

3.1.3 O paradoxo do discurso dos direitos humanos

Conforme visto anteriormente, a razão moderna é instrumental e estratégica. Dessa afirmação, em cotejamento com os problemas práticos constatados no início deste capítulo, derivam os seguintes questionamentos teóricos: a) seria o discurso dos direitos humanos um caminho válido para a construção instrumental e estratégica de alternativas tendo por objetivo a efetivação dos direitos humanos fundamentais? b) caso a resposta à pergunta anterior seja positiva, como percorrer este caminho?

Vem sendo afirmado ao longo deste trabalho que a teoria da argumentação não tem qualquer preocupação com o conteúdo do discurso jurídico em geral e com o conteúdo da decisão judicial em especial, limitando suas investigações às formas assumidas pelo orador, pelo auditório e aos procedimentos utilizados para a elaboração do discurso argumentativo.

Também vem sendo enfatizado que no âmbito do Estado Democrático de Direito predomina o discurso fundado no binômio democracia-direitos humanos fundamentais, motivo pelo qual se pode concluir que o discurso dos direitos humanos faz parte do senso comum teórico dos juristas no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Para além do senso comum teórico dos juristas, fica claro que o discurso dos direitos humanos encontra-se também no âmbito do projeto sócio-cultural da modernidade. Apenas a título de exemplo, pode-se afirmar que referido discurso serve inclusive como elemento retórico para a justificação do neoliberalismo: sob o argumento de que se está universalizando direitos humanos implantam-se verdadeiras *ditaduras do livre mercado*, universalizando na

verdade a globalização neoliberal. A partir dessa constatação pode-se afirmar, com Douzinas (2009, p. 30), o seguinte:

O hiato entre o triunfo da ideologia dos direitos humanos e o desastre da sua aplicação é a melhor expressão do cinismo pós-moderno, a combinação de iluminismo com resignação e apatia e, com uma forte sensação de impasse político e claustrofobia existencial, de uma falta de saída no seio da mais maleável sociedade.

Encontra-se presente no discurso dos direitos humanos muito (ou quase tudo) das promessas emancipatórias contidas no projeto sócio-cultural da modernidade. Embora esse discurso tenha triunfado no plano da ideologia – daí sua presença constante também no âmbito do senso comum teórico dos juristas – fracassou no plano prático no que diz respeito à concretização de tais promessas emancipatórias, limitando-se muitas vezes a apenas justificar a expansão incontrolada da globalização neoliberal. Por esse motivo pode-se afirmar com segurança que a utilização do discurso dos direitos humanos na prática é realmente a expressão máxima do *cinismo pós-moderno*, como afirma Douzinas.

Ocorre que o discurso dos direitos humanos contém, como afirmado acima, muito (ou quase tudo) das promessas emancipatórias do projeto sócio-cultural da modernidade. Esse conteúdo emancipatório, se analisado conjuntamente com seu uso cínico pela globalização neoliberal, permite a visualização de uma contradição ou, como afirma Douzinas (2009, p. 17), de um paradoxo:

Toda vez que um pobre, ou oprimido, ou torturado emprega a linguagem do Direito – porque não existe nenhuma outra disponível atualmente – para protestar, resistir, lutar, essa pessoa recorre e se conecta a mais honrada metafísica, moralidade e política do mundo ocidental.

Pode-se avançar, a partir da tese sustentada por Douzinas, que o recurso à linguagem do direito e, mais precisamente, ao discurso dos direitos humanos, é um instrumento de protesto, resistência e luta daqueles que são oprimidos na sociedade. Afinal, “[...] os direitos humanos são como Jano, de dupla-face, ao carregarem a dupla capacidade de emancipar e dominar, de proteger e disciplinar.” (DOUZINAS, 2009, p. 186).

Retoma-se assim o que foi afirmado acerca da relação entre direitos humanos fundamentais e Estado Democrático de Direito: este último configura uma conquista histórica que não pode ser desprezada e que deve ser encarada como um espaço de luta social pela emancipação, o que se torna possível a partir da adoção do discurso dos direitos humanos em sua perspectiva também emancipatória.

Se concretamente se adota tal discurso na perspectiva da regulação trazida pela globalização neoliberal e referido discurso possui uma contradição ou paradoxo, é possível então se aproveitar deste paradoxo no sentido da emancipação, considerando que tal paradoxo oscila entre emancipação e regulação, vez que oriundo e inserido no projeto sócio-cultural da modernidade.

O que se está afirmando é que o discurso dos direitos humanos possui a capacidade de articular as lutas sociais emancipatórias com a teoria do direito, contrapondo-se ao predomínio do quadrado paradigmático. Neste sentido, afirma Machado (2011, p. 28-29):

O campo dos direitos fundamentais seria um campo muito fértil para a emergência de uma teoria jurídica inovadora, se não “revolucionária”, pelo menos capaz de problematizar os tradicionais paradigmas do direito liberal burguês, tendo em vista o caráter principiológico e o potencial claramente “subversivo” dos direitos humanos (Oscar Corrêas), especialmente os direitos humanos fundamentais de segunda e terceira gerações.

Trata-se na verdade de uma articulação entre a prática política enquanto luta social emancipatória e a teoria do direito: essas lutas podem vir a assumir a roupagem dos direitos humanos e serem portanto traduzidas num discurso jurídico que possui nítido caráter instrumental e estratégico em prol da defesa e a alargamento destas mesmas práticas.

Afinal, como afirmado no capítulo anterior, “[...] *los derechos humanos se van creando e recreando a medida que vamos actuando en el proceso de construcción social de la realidad*” (HERRERA FLORES, 2000, p. 27), seja para justificar o excesso de regulação por parte do mercado globalizado, seja para contribuir estrategicamente na justificação, defesa e alargamento de práticas políticas emancipatórias.

E é a prática política das lutas sociais emancipatórias que garante o próprio potencial emancipador do discurso dos direitos humanos, contrapondo-se à instrumentalização do mesmo no sentido de justificação de uma nova ordem mundial de opressão como mencionado acima. Neste sentido afirma Trindade (2011, p. 212):

[...] se o discurso dos direitos humanos se mantiver como crítica da sociedade, somar-se a todos os outros discursos libertadores e converter-se em *práxis* ativa da irrisignação dos explorados, oprimidos, humilhados e excluídos, cumprirá certamente papel transformador. A voz do conformismo, não obstante sua força alienante, tem limites na própria realidade que busca conservar.

Conclui-se então que o discurso dos direitos humanos são um verdadeiro “poço de paradoxos”, mas mesmo assim oferecem possibilidades emancipatórias, *desde que gerado, alimentado e afirmado a partir das práticas políticas das lutas sociais emancipatórias*. Ou,

como afirma Herrera Flores (2011, p. 15) “[...] *los derechos humanos constituyen el resultado, siempre provisional, de la puesta en práctica de procesos de lucha por la dignidad humana.*”

E, retomando uma ideia afirmada acima, pode-se considerar a utilização do discurso dos direitos humanos no âmbito da teoria do direito como possuindo o condão de produzir abalos no quadrado paradigmático. Neste sentido, afirma Machado (2011, p. 28-29):

Avanço a hipótese de que o impacto produzido pela emergência dos direitos fundamentais, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, é um fenômeno suficiente para provocar mudanças nos paradigmas teóricos da ciência jurídica. Além disso, avanço a ideia de que a efetividade “extensiva” e “intensiva” (eficácia social) dos direitos humanos fundamentais depende do desenvolvimento desses novos paradigmas teóricos em substituição ao “quadrado paradigmático” do positivismo.

Daí a importância de se pensar em propostas estratégicas no âmbito do discurso jurídico a partir dessa visão do discurso dos direitos humanos, sempre na perspectiva da superação do “quadrado paradigmático” do juspositivismo enquanto uma das condições de possibilidade da própria efetividade dos direitos humanos fundamentais.

No item a seguir, mais especificamente no subitem final, buscar-se-á esboçar formas de tradução do discurso dos direitos humanos que surge a partir da prática das lutas sociais para a argumentação especificamente jurídica, ou seja, formas de tradução através das quais se pode articular o uso emancipatório do discurso dos direitos humanos com o discurso jurídico, tanto dogmático quanto decisório.

3.2 Possibilidades teóricas e práticas na semiperiferia a partir de um discurso dos direitos humanos emancipatório

3.2.1 Dogmática jurídica e argumentação

Os paradoxos da contemporaneidade não são uma exclusividade do discurso dos direitos humanos: todos os espaços alcançados pelo projeto sócio-cultural da modernidade acabaram se tornando paradoxais. Inclusive a dogmática jurídica.

Ao mesmo tempo em que engessa a concretização do direito e o seu desenvolvimento teórico, a dogmática jurídica também oferece possibilidades emancipatórias através daquilo que se pode chamar de *dogmática jurídica crítica*. Porém, antes de trabalhar o conceito e as possibilidades de uma dogmática jurídica crítica, cumpre precisar o que se entende por

dogmática jurídica e detalhar um pouco mais quais são os usos possíveis deste instrumento técnico.

Para Ferraz Júnior (1978, p. 19-79) o pensamento dogmático no campo do direito tem origem em três tradições históricas: a jurisprudência romana, a dogmaticidade da Idade Média e a teoria jurídica da Era Moderna.

A noção do direito enquanto atividade prática, característica da jurisprudência romana, é a primeira tradição histórica que vai nutrir a dogmática jurídica. O período clássico do direito romano, que vai de 130 AC a 230 AC segundo Hespanha (2005, p. 128) é marcado pelo direito pretório, talvez a expressão máxima do direito enquanto atividade prática. Esse direito consistia na possibilidade de resolução de casos práticos pelos pretores, magistrados encarregados da administração da justiça nas causas cíveis.

Afirma Hespanha (2005, p. 124):

O direito ganha, desta forma, um carácter casuístico que incentiva uma averiguação muito fina da justiça de cada caso concreto. Para além disso, o momento de resolução dos casos é muito criativo, pois a lei não amarra, de modo nenhum, a inventiva do magistrado, que fica bastante livre para imaginar soluções específicas para cada situação. Isto explica, porventura, o desenvolvimento de uma enorme produção literária de juristas, treinados na prática de aconselhar as partes e o próprio pretor, que averiguam e discutem a solução mais adequada para resolver casos reais ou hipotéticos.

No exercício de seu poder o pretor “fazia a justiça no caso concreto” de forma criativa, sem as amarras da parca legislação do *ius civile*. Além disso, como mencionado acima, verifica-se na tradição da jurisprudência romana uma primeira característica da dogmática jurídica: o desenvolvimento de soluções reputadas adequadas para resolver casos reais ou hipotéticos.

Com a expressão “dogmaticidade da Idade Média” Ferraz Júnior faz referência, nas tradições que acabaram por constituir a dogmática jurídica, principalmente aos glosadores e ao seu trabalho de resenhar o *Corpus Iuris Civilis*. É inegável a permanência da jurisprudência romana cristalizada no *Corpus* durante a Idade Média, mas com função diversa daquela exercida na época do direito romano clássico (função essa exercida não pelo *Corpus*, que surgiu somente em meados do século VI, mas pela atividade dos pretores e pela produção literária dos juristas, como citado acima).

O objetivo dos glosadores não era resolver conflitos. Afirma Hespanha (2005, p. 200) que a atividade dos glosadores consistia em “[...] começar a fixar uma terminologia técnica e

um conjunto de categorias e conceitos específicos de um novo saber especializado – a jurisprudência.”

Ou seja, as intenções dos glosadores não eram práticas e sim teóricas, buscando a formulação de categorias e conceitos específicos para o campo do saber jurídico a partir do estudo (sob a forma de glosa ou resenha) do *Corpus*. A elaboração de solução para casos concretos passa então a ser feita a partir de categorias e conceitos especificamente jurídicos e formulados a partir do *Corpus*; tal situação inegavelmente reforçava a autoridade intelectual da opinião dos glosadores, já que estes representavam a opinião especificamente jurídica, supostamente lastreada em fontes por si mesmas dotadas de autoridade. Como afirma Hespanha (2005, p. 201), a influência dos glosadores advinha da autoridade intelectual do saber que cultivavam.

A elaboração de categorias e conceitos associada à teologia cristã dominante na Idade Média fará com que a reflexão sobre o fenômeno jurídico assuma o caráter de pensamento dogmático (FERRAZ JÚNIOR, 1978, p. 34). E não poderia ser diferente, vez que a teologia encontra o limite das suas proposições teóricas nos dogmas religiosos resultantes da própria elaboração teológica a partir das fontes (no caso do catolicismo, por exemplo, a elaboração teológica encontra limites na Escrituras e na Tradição)⁶.

Por fim, a referência feita à teoria jurídica da Era Moderna diz respeito ao jusnaturalismo antropológico e a sua pretensão sistêmica, ou seja, a pretensão de constituição de sistemas completos de regras jurídicas derivadas da razão e que fazem parte de um “direito natural” que abrange a totalidade dos seres humanos. Essa tradição permite identificar um outro traço da dogmática jurídica: a construção de sistemas a partir de categorias e conceitos até o surgimento de uma teoria geral do direito, tarefa esta levada à cabo com vigor pela jurisprudência dos conceitos⁷.

Importante lembrar aqui um fato que já foi mencionado no primeiro capítulo: os sistemas jurídicos de direito natural foram limitados no período posterior à Revolução Francesa, o que culminou no surgimento da escola da exegese. Após a fase de “radicalismo”

⁶ Sobre as fontes utilizadas pela teologia na elaboração de uma interpretação religiosa do mundo, interessante a observação feita por Morrison (2006, p. 625), a qual agrega muitos elementos para a correta compreensão do senso comum teórico dos juristas: “Observe-se que a busca do sentido do ser por meio do estudo dos textos desse ser provém do estudo da ‘palavra de Deus’. Na tradição judaica, cristã e muçulmana, o dom de Deus consiste no fornecimento de textos à humanidade, textos que parecem mudar, desenvolver e revelar uma multiplicidade de sentido(s) a cada nova interpretação que deles se faz. Os cânones interpretativos e o(s) significado(s) resultante(s) só pode(m) ser estabelecido(s) por meio da estabilização da interpretação – da criação de uma seita.”

⁷ Sobre a jurisprudência dos conceitos, veja-se Larenz (1997, p. 21-44) e Wieacker (1967, p. 491-524).

desta escola (o chamado positivismo legalista), as três tradições históricas mencionadas acima confluirão para a formação da dogmática jurídica contemporânea, a qual se desenvolve no âmbito do positivismo normativista (de matriz essencialmente kelseniana) enquanto paradigma de conhecimento científico. É o surgimento do paradigma positivista que permite a configuração da dogmática jurídica como se conhece hoje.

Sendo assim, pode-se afirmar com segurança que a dogmática jurídica contemporânea encontra-se inserida no âmbito do quadrado paradigmático, funcionando como instrumento técnico de manutenção do *status quo*, ou seja, concretizando na prática o paradigma positivista. A essa dogmática pode-se chamar mais propriamente de *dogmatismo jurídico*, justamente para diferenciá-la da *dogmática jurídica crítica*.

Por estar inserida no âmbito do quadrado paradigmático e servir para sua perpetuação é que o dogmatismo jurídico constitui um dos alvos preferidos da crítica jurídica. Sendo em grande parte responsável pela manutenção do *status quo*, o dogmatismo jurídico cristaliza o senso comum teórico dos juristas e confere ao mesmo o *status* de discurso apto a justificar externamente e internamente o discurso jurídico, já que atua no campo da prática jurídica.

Como afirma Warat (1979, p. 48), “[...] a dogmática jurídica é o código predominante de comunicação normativa” e, graças a ela, o discurso normativo atinge o destinatário, sendo dogmaticamente decodificado. Por este motivo pode-se falar então em um *discurso dogmático* ao lado do discurso decisório (judicial), sendo o dogmatismo jurídico o instrumento técnico apto a decodificar esse discurso, que é essencialmente formado pelo estofo do senso comum teórico dos juristas.

A partir da operação de decodificação do discurso pelo dogmatismo jurídico não há necessidade de maiores reflexões no campo da prática cotidiana do direito para além da própria decodificação operada. E assim as coisas funcionam no dia-a-dia do mundo do direito, como facilmente percebe quem atua na prática judicial cotidiana (ou, para se utilizar um jargão corrente na área, na “praxe do foro”). Ocorre que, ainda segundo Warat (1979, p. 23-24),

Em momento algum, as teorias sobre o objeto “direito” deixam de cumprir um papel ideológico. O saber jurídico emana da necessidade de justificar a ordem jurídica, e não de explicá-la. Parece-nos, pois, que o senso comum teórico no direito manifesta-se através de duas instâncias diferenciadas: 1º) uma filosofia especulativa que oculta o papel social do direito; 2º) um trabalho técnico de sistematização das normas positivas com o qual, indiretamente, complementa-se a mensagem ideológica das filosofias especulativas dos juristas.

Todo o primeiro e grande parte do segundo capítulo deste trabalho investigou a primeira instância do senso comum teórico dos juristas, cristalizada no campo da teoria do direito pelo pensamento do juspositivismo “clássico” e em grande parte pelo neoconstitucionalismo e pela teoria da argumentação jurídica. A segunda instância corresponde justamente à dogmática jurídica, entendida aqui como um trabalho técnico que elabora um discurso justificador para a prática cotidiana dos juristas. Nos termos expostos acima, esse trabalho técnico complementa a ideologia subjacente à teoria do direito e a instrumentaliza para a prática cotidiana, assumindo a forma de dogmatismo jurídico.

Embora seja um instrumento essencialmente técnico, a dogmática jurídica oferece algumas funções e possibilidades interessantes para a reflexão que se busca com este trabalho, funções estas que inclusive já tiveram suas nuances principais apontadas acima. Neste sentido é que Bovino e Courtis (2011, p. 195-197) identificam três funções para a dogmática jurídica:

“a) una función expositiva, ordenadora, sistematizadora, dedicada a describir el derecho positivo cuyo contenido no es considerado problemático [...]”; “b) una función cuya orientación pretende ser descriptiva [...]” e “c) una función cuya orientación pretende ser crítico-prescriptiva, y no descriptiva [...]”.

No mesmo sentido, Alexy (2011a, p. 247) afirma que a dogmática jurídica engloba pelo menos três atividades: “(1) a descrição do direito vigente, (2) sua análise sistemática e conceitual e (3) a elaboração de propostas para a solução de casos jurídico-problemáticos.”

Ou seja, enquanto instrumento técnico a dogmática jurídica ordena, sistematiza e expõe o direito positivo cujo conteúdo não é considerado controverso, descreve os conteúdos considerados controversos e opina acerca de qual seria a melhor interpretação destes conteúdos controversos (em Alexy, os chamados casos problemáticos; em Dworkin, os casos difíceis). Importante atentar para o fato de que, no âmbito do neoconstitucionalismo e da teoria da argumentação, a controvérsia reside justamente nos elementos políticos e/ou morais subjacentes ao senso comum teórico dos juristas. Tais elementos informam o saber dogmático e deles derivam interpretações divergentes acerca de determinado instituto e/ou categoria do pensamento dogmático.

Dessa constatação decorre o fato de que, embora essas funções e atividades da dogmática jurídica realmente sejam em grande parte o resultado do desenvolvimento histórico das três tradições nomeadas acima e da influência decisiva do positivismo normativista, as mesmas vão assumindo nova configuração a partir da adoção da teoria da argumentação enquanto método do discurso jurídico.

Como se vê, a controvérsia é permanente no saber dogmático: o “direito positivo cujo conteúdo não é considerado controverso” nada mais é do que um discurso descritivo de institutos e/ou categorias jurídico-dogmáticas a partir de uma visão que se tornou (temporariamente) dominante no pensamento dogmático, ou seja, um argumento que se tornou vitorioso e que possui um *sentido forte* no discurso jurídico dogmático e decisório (o qual, lembre-se, é permeado pelo senso comum teórico dos juristas). Afirma Warat (1979, p. 150):

[...] habitualmente a codificação da informação criteriosa chama-se teoria da argumentação. A dogmática jurídica é, no fundo, um tipo de codificação criteriosa, prudencial, por isso é uma teoria da argumentação judicial. Em cada argumentação concreta o que se consegue é uma confirmação do código prudencial mediante uma redundância final.

A utilização das soluções oferecidas pelo instrumental técnico da dogmática jurídica contribui e reforça o *sentido forte* dessas soluções; a submissão da controvérsia (casos problemáticos / casos difíceis) ao instrumental técnico nada mais é do que a submissão à argumentação jurídica e judicial cujo *resultado* se produz através da dogmática e poderá se confirmar no discurso decisório final (sentença).

E esta operação, quando realizada nos marcos do positivismo normativista (juspositivismo “clássico”) ou mesmo nos marcos do neoconstitucionalismo (enquanto teoria do direito), invariavelmente poderá ter seu resultado discursivo/argumentativo subsumível ao quadrado paradigmático, já que levada a cabo a partir do substrato oferecido pelo senso comum teórico dos juristas. Neste sentido, afirma Machado (2011, p. 25):

Os paradigmas da teoria jurídica têm a função de delimitar e estabelecer parâmetros para a interpretação e aplicação do direito e para a investigação teórica, além de definir o imaginário e as atitudes práticas dos juristas. Assim, os paradigmas científicos (objeto e método), político e filosófico, condicionam toda a produção teórica e dogmática da ciência jurídica, bem como a dimensão aplicada dessa ciência, definindo inclusive os fundamentos e as finalidades do direito.

Sendo assim, cumpre investigar como se dá a relação entre ideologia e o discurso jurídico decisório e dogmático. Tal investigação possibilitará caminhar no sentido de uma apropriação desta relação para fins político-jurídicos determinados, consistentes na efetivação material dos direitos humanos fundamentais através do esboço de um discurso jurídico decisório e dogmático emancipatório. Afinal, como afirmam Bovino e Courtis (2011, p. 212):

En síntesis, gran parte de la tarea dogmática consiste en completar coherentemente la solución de casos problemáticos a partir de cierta reconstrucción ideológico-política del orden jurídico positivo. De la

consciencia de los propios juristas acerca de la tarea que desarrollan depende, entonces, la posibilidad de encuadrar los debates dogmáticos en el lugar adecuado, evitando discusiones bizantinas e inconducentes.

O esboço de “certa reconstrução ideológica e política da ordem jurídica positiva” é apresentado no item final deste capítulo e tem por objetivo justamente oferecer os resultados de uma exploração dessas possibilidades da dogmática jurídica. Talvez assim será possível evitar as discussões bizantinas de que nos falam Bovino e Courtis, as quais invariavelmente permeiam o dogmatismo jurídico e contribuem decisivamente para a inefetividade material dos direitos humanos fundamentais.

3.2.2 Ideologia e uso estratégico do discurso jurídico decisório e dogmático

A identificação do conteúdo do discurso jurídico leva à identificação do próprio senso comum teórico dos juristas e do componente ideológico do direito. Tal análise pode, como afirma Courtis (2006, p. 351-352), ser aplicada a três níveis discursivos: as normas jurídicas, as sentenças judiciais e a dogmática jurídica.

Em relação ao primeiro nível discursivo, verificou-se no primeiro capítulo que a partir do momento em que foi adotada a teoria da argumentação enquanto método da teoria do direito o critério para identificação da validade das normas jurídicas passou a ser formal-material, recorrendo-se a elementos de moral para a definição do aspecto material da validade.

Esse pensamento, que significa a ruptura com a tese da separação entre direito e moral, é corrente em Dworkin e Alexy, como visto anteriormente. E a opção moral reside, para Dworkin, no liberalismo exposto e defendido em sua obra; para Alexy, reside na pretensão de correção garantida pelo procedimento argumentativo e, no limite, na utilização do *argumento da injustiça* informado pelo direito racional (e natural) de Radbruch.

Pode-se estender o pensamento de Dworkin e Alexy para os dois níveis discursivos restantes, ou seja, para o nível das sentenças judiciais e da dogmática jurídica, aos quais correspondem respectivamente o discurso decisório e dogmático. As tarefas e a forma de operacionalização da dogmática jurídica que foram exploradas no item anterior, das quais resulta o discurso dogmático, têm por objetivo a justificação do discurso decisório, especialmente quando estão envolvidos espaços de indeterminação ou discricionariedade (casos problemáticos / casos difíceis). Neste sentido afirma Courtis (2006, p. 352):

Con respecto a los productos discursivos de los operadores del derecho y, en especial, de la jurisprudencia o derecho judicial, el aspecto central es el

de la construcción de decisiones cuando median espacios de indeterminación o discrecionalidad en la interpretación de normas que aquellos operadores están llamados a aplicar.

Courtis está se referindo expressamente à tese da discricionariedade, presente em todos os autores juspositivistas “clássicos”. No que diz respeito aos autores associados ao neoconstitucionalismo, tem-se que, no caso de Dworkin, por mais que o mesmo tente refutar a tese da discricionariedade, o que acaba por fazer é apontar uma solução própria que tem por objetivo “preencher” os espaços discricionários, solução esta que é fundada em sua filosofia moral e política de cunho liberal e nada mais é do que uma dentre várias soluções possíveis no âmbito da filosofia moral e política.

A seu turno, Alexy confia no procedimento para que se satisfaça a pretensão de correção e assim esteja garantido um controle mínimo sobre o conteúdo do discurso judicial, espaço onde está presente a discricionariedade identificada pelo juspositivismo. No limite, como já citado, deve-se recorrer ao *argumento da injustiça* e conseqüentemente ao direito racional (e natural) de Radbruch, o que demonstra um apelo à filosofia moral e política do jusnaturalismo.

Verifica-se então que, embora tenham sido feitas tentativas de superação por parte dos autores identificados com o neoconstitucionalismo, persiste a tese da discricionariedade, informada pelo senso comum teórico dos juristas e sua ideologia subjacente. Por este motivo a *análise ideológica do direito* mostra-se importante para a construção dogmática crítica do discurso decisório nestes espaços de discricionariedade que persistem e que aparentemente são inexpugnáveis da atividade jurídica. Afirma Warat (2009, p. 28-29):

A dogmática jurídica não deve ignorar a infra-estrutura sócio-econômica e ideológica que, com sua significação, condiciona todo ordenamento jurídico, que se expressa mediante a linguagem. Desentranhar a significação que projeta a infra-estrutura cultural sobre o direito positivo, através de uma leitura significativa, é realizar o que noutros trabalhos tenho denominado de uma leitura ideológica, que é uma constituição de uma metalinguagem para o ordenamento jurídico vigente. Se o jurista não faz essa reflexão metalingüística [sic], sua produção se enquistava em si mesma e corre o perigo de aparecer dissociada da realidade e carente de um ritmo de adaptabilidade com a dinâmica social.

Como visto anteriormente, o paradigma político dominante é o liberalismo. A análise das relações entre esse paradigma político e o discurso jurídico dogmático e decisório permite avançar na compreensão acerca de que consiste o senso comum teórico dos juristas tendo por objetivo sua superação através da citada “constituição de uma metalinguagem para o ordenamento jurídico vigente” que seja apta a informar a nova dogmática jurídica crítica.

Ao paradigma do liberalismo correspondem dois discurso jurídicos dogmáticos: um primeiro discurso que pode ser chamado de “clássico”, elaborado durante o século XIX e início do século XX e fundado em três categorias ou conceitos bem definidos: sujeito de direito, direito subjetivo e relação jurídica.

Esse discurso “clássico” é a expressão jurídica do liberalismo daquela época, baseado fundamentalmente na ideia de autonomia da vontade e de liberdade de contratar. Ao discorrer sobre o sujeito no pensamento moderno, Hinkelammert (2003, p. 486) afirma:

Este sujeto del pensamiento es, a la vez, el individuo poseedor. La relación sujeto-objeto es la relación en la cual el individuo se dirige al mundo para dominar y poseer. Es la res extensa, frente a la cual se puede comportar como este individuo, que tiene relación de propiedad con todo el mundo externo, considerando su propia corporeidad como mundo externo. Por tanto, se interpreta como propietario de su propio cuerpo, de las reacciones de este cuerpo y de todos sus pensamientos. El sujeto de la relación sujeto-objeto es el individuo poseedor en relación con el mundo corporal pensado como objeto.

O paradigma jurídico do positivismo é composto, como visto acima, pelo paradigma filosófico racional-analítico de matriz cartesiana. E é justamente com Descartes que surge a noção de sujeito no pensamento moderno (HINKELAMMERT, 2003, p. 485), noção esta que pode ser facilmente estendida para as categorias dogmáticas de sujeito de direito, direito subjetivo e relação jurídica, sendo essas duas últimas construídas em estreita relação com a primeira.

Há, como visto na citação acima, uma interpenetração entre o paradigma filosófico e o paradigma político. A construção cartesiana do sujeito no pensamento moderno é, no âmbito do liberalismo, preenchida pelo sujeito possuidor. Isso fica claro quando da elaboração dos conceitos de direito subjetivo e relação jurídica, sempre orientados para a apropriação de bens ou para a exigibilidade de prestações (via de regra, creditícias) por parte do sujeito de direito. A relação de propriedade é fundamental para a caracterização desse sujeito, desde a propriedade de seu próprio corpo e de seus pensamentos.

Como visto quando da análise dos casos concretos no capítulo anterior, justamente este discurso foi utilizado pelo STF para garantir a possibilidade de união estável homoafetiva: basta lembrar a tese da autonomia da vontade adotada.

Um segundo discurso jurídico, também filiado ao paradigma político do liberalismo, é aquele fundado no conceito “clássico” de direitos humanos, ou seja, no conceito universalista ocidental. Este discurso ignora por completo os particularismos e representa aquilo que, como visto anteriormente, Douzinas chama de *cinismo pós-moderno*.

Trata-se de um discurso de direitos humanos que serve para legitimar uma nova ordem de opressão mundial a partir do paradigma político neoliberal, ignorando por completo as particularidades locais dos sujeitos reais, concretos e de carne osso. Como se pode perceber, este discurso na verdade serve para atualizar as categorias presentes no discurso “clássico” à inevitável influência das declarações, tratados e Constituições que positivaram direitos humanos fundamentais.

Continua-se a tratar o sujeito de direito, agora *sujeito de direitos humanos fundamentais*, a partir de uma visão individualista, idealista e abstrata. O reflexo disso na teoria e na prática jurídica é a absoluta ausência do discurso dos direitos humanos fundamentais ou, quando sua presença se torna inevitável, da prevalência do discurso dos direitos individuais (civis e políticos) em face dos direitos coletivos (econômicos, sociais e culturais)⁸.

Afinal, nada mais liberal ou neoliberal do que o indivíduo atomizado que é sujeito de direitos apenas em uma perspectiva individualista que nada mais é do que a projeção da autonomia da vontade e da liberdade de contratar que o sujeito possuidor desfruta.

Para a ideologia dominante, a ‘racionalidade humana’ coincide unicamente com o que se ajusta a uma formulação abstrata, ideológica e pragmaticamente separada dos contextos. A visão ocidental-liberal dos direitos apresenta-se globalmente como universal e, por isso, tudo o que dela se desvia é visto como uma violação dessa ética e dessa justiça que parece existir à margem da vida real das pessoas. Essa visão particular se apresenta, pois, como a ideologia global dos direitos humanos e não como uma perspectiva parcial dos mesmos. Ao final, o universalismo do Banco Mundial triunfa sobre a pretensão de reconhecimento e respeito dos moradores das selvas de Chiapas. (HERRERA FLORES, 2007, p. 105).

Fica claro então como se dá a interpenetração entre os três paradigmas (científico, político e filosófico) na construção ideológica do discurso jurídico dogmático e decisório a partir do senso comum teórico dos juristas.

Do mesmo modo, fica claro que no âmbito do discurso jurídico dogmático e decisório há uma disputa sobre a concepção de direitos humanos. O instrumental fornecido pelo neoconstitucionalismo enquanto ideologia e mesmo enquanto teoria é um ponto de partida interessante, mas por si só insuficiente para travar tal disputa no âmbito da efetivação material

⁸ Um fato histórico que corrobora essa ideia é mencionado por Trindade (2011, p. 194) ao lembrar que, após dezoito anos de tensos debates, foram aprovados dois pactos para detalhar e ampliar os direitos proclamados na Declaração de 1948: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

dos direitos humanos fundamentais na perspectiva dos sujeitos reais, concretos e de carne osso. O mesmo se pode dizer da teoria da argumentação enquanto método.

Sendo assim, a concretização do Estado Democrático de Direito através da efetivação material de direitos humanos fundamentais passa necessariamente pelo neoconstitucionalismo e pela teoria da argumentação, mas como ponto (insuficiente) de partida e nunca de chegada.

A partir dessa demanda concreta – a efetivação material de direitos humanos fundamentais – e da concepção de direitos humanos fundamentais exposta no capítulo anterior, emerge a possibilidade de superação do senso comum teórico dos juristas a partir da própria reelaboração do discurso jurídico decisório e dogmático tendo como base o uso estratégico (e portanto direcionado) do discurso dos direitos humanos.

Como afirma Fairclough (2008, p. 117):

As ideologias embutidas nas práticas discursivas são muito eficazes quando se tornam naturalizadas e atingem o status de ‘senso comum’; mas essa propriedade estável e estabelecida das ideologias não deve ser muito enfatizada, porque minha referência a ‘transformação’ aponta a luta ideológica como dimensão da prática discursiva, uma luta para remoldar as práticas discursivas e as ideologias nelas construídas no contexto da reestruturação ou da transformação das relações de dominação.

Assim é que se torna possível reconhecer que o uso estratégico do discurso dos direitos humanos através da elaboração de discursos decisórios e dogmáticos que têm por objetivo a efetivação material de direitos humanos fundamentais é uma luta ideológica.

E essa luta ideológica, como afirma Fairclough, é uma das dimensões da prática discursiva, ou seja, qualquer prática discursiva, o que inclui o discurso jurídico dogmático e decisório, contém em si uma dimensão ideológica. O senso comum teórico dos juristas nada mais é, a partir dessa perspectiva, do que a estabilização e naturalização de uma ideologia que é expressão dos paradigmas político, científico e filosófico que compõem o quadrado paradigmático. A prática discursiva estrategicamente direcionada tem por objetivo justamente desestabilizar o senso comum teórico estabelecido.

A afirmativa acima permite que se conclua que se trata de uma luta que é parte de *uma luta pelo poder*, ou melhor, pela redistribuição do poder entre os sujeitos que compõem a sociedade. Compreender o que significa “redistribuição do poder” – questão que, adiante-se desde já, tem a ver com as possibilidades de satisfação das necessidades humanas fundamentais – no âmbito dos direitos humanos fundamentais e como instrumentalizar essa questão no âmbito do discurso jurídico decisório e dogmático é o objetivo do próximo item.

3.2.3 *Esboços de um discurso jurídico-dogmático emancipatório: sujeito de direito, direito subjetivo e relação jurídica*

Em que medida é possível a construção de um discurso jurídico dogmático e decisório comprometido com a efetivação material dos direitos humanos fundamentais? Em outras palavras, é possível a concretização de uma dogmática conscientemente política, como advogam Bovino e Courtis (2011, p. 183-222)?

Embora a teoria da argumentação, o discurso dos direitos humanos e a própria dogmática jurídica estejam encarcerados no quadrado paradigmático, os tímidos avanços trazidos pela primeira e os paradoxos que os demais carregam permitem que se vislumbre um potencial emancipador, ainda que limitado⁹. A exploração desse potencial deve ser feita de forma consequente, o que significa partir do atual estágio de desenvolvimento da teoria do direito, incorporar seus avanços e fazer a crítica de suas permanências com a elaboração de propostas modificadoras.

Os avanços, conforme visto anteriormente, podem ser sintetizados na superação da tese da separação entre direito e moral e na reaproximação da teoria à dimensão prática do direito, o que se deu através do alargamento da razão moderna com a reinserção da razão prática na racionalidade jurídica, o que causou inclusive tentativas de resignificação da tese da discricionariedade.

Ocorre que essa razão prática, representada no campo da racionalidade jurídica pela adoção da teoria da argumentação enquanto método, não apresenta soluções para a problemática do conteúdo do discurso jurídico, mas tão-somente em relação à forma.

Já as permanências podem ser resumidas ao encarceramento dessa própria racionalidade jurídica no âmbito do quadrado paradigmático. E saltam aos olhos as “alternativas” fornecidas pelos autores estudados no primeiro capítulo (Dworkin e Alexy) para o “preenchimento” da tese da discricionariedade, alternativas totalmente submetidas ao cativeiro positivista (Machado).

A partir deste cenário pode-se pensar a construção de novas racionalidades no âmbito do discurso jurídico em geral e do discurso jurídico dogmático em especial, já que esse último, como mencionado acima, possui uma dimensão de luta ideológica. Além disso, é o saber dogmático que informa a prática: somente a construção de um discurso dogmático é

⁹ Limitado pois tal potencial emancipador encontra-se no campo da *transição paradigmática* de que fala Santos (2005, p. 15-22; 2010, p. 25-47).

capaz, na atual quadra do desenvolvimento da teoria do direito, de instrumentalizar a metalinguagem criada a partir da crítica e da tentativa de superação do senso comum teórico dos juristas que vem sendo exposta ao longo deste trabalho. E essa dogmática deve ser crítica.

Crítica aqui significa, a partir do desvelar do senso comum teórico dos juristas e da dimensão ideológica do discurso e da prática jurídica, a construção de uma nova postura teórico-prática que seja fundada na busca pela efetivação material dos direitos humanos fundamentais, ou seja, uma postura que é, em última instância, emancipatória (ainda que condicionada pelos limites óbvios do campo de trabalho em que se desenvolve). Neste sentido, afirma Santos (2005, p. 78):

Depois de dois séculos de excesso de regulação em detrimento da emancipação, a solução procurada não é um novo equilíbrio entre regulação e emancipação. Isso seria ainda uma solução moderna cuja falência intelectual é hoje evidente. Devemos, sim, procurar um desequilíbrio dinâmico que penda para a emancipação, uma assimetria que sobreponha a emancipação à regulação.

A justificativa em optar por uma postura emancipatória nos termos apresentados por Santos, ou seja, a emancipação prometida e incumprida pelo projeto sócio-cultural da modernidade, funda-se, para além das condições *jurídicas* propiciadas pelo Estado Democrático de Direito, nas exigências ou demandas específicas da semiperiferia do mundo.

Conforme exposto no capítulo anterior, trata-se de uma opção *política* que contraria o paradigma político do neoliberalismo e que busca contribuir para a superação de uma situação de quase absoluta carência de direitos humanos fundamentais, em grande parte reforçada e proporcionada pelo paradigma neoliberal, embora tais direitos encontrem-se positivados em tratados e convenções internacionais e na própria Constituição de 1988.

Mas em que consiste essa emancipação, ou melhor, em que bases se sustenta um discurso jurídico-dogmático construído a partir dessa opção política e quais os elementos crítico-prescritivos que pode fornecer para a construção do discurso jurídico decisório?

Para Santos (2005, p. 75-76), a busca pelo desequilíbrio dinâmico que penda para a emancipação deve ter como ponto de partida, no pilar da regulação, o princípio da comunidade e, no pilar da emancipação, a racionalidade estética-expressiva. Assim seria possível a construção do *paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente* a que se refere o autor em suas obras (SANTOS, 2005, p. 74).

Trata-se da busca pela *construção de um novo senso comum teórico para o direito e para os juristas que seja emancipador*, o que se dá *também mas não apenas* através da investigação e superação do senso comum teórico dos juristas, o que se buscou fazer ao longo

desse trabalho. Como afirma Santos (2005, p. 220), “[...] o único objectivo legítimo do conhecimento-emancipação é a constituição de um novo senso comum.”

Emerge então a relação entre o discurso da decisão judicial e da dogmática jurídica com a necessidade e as possibilidades de construção de um discurso jurídico conscientemente e francamente político no sentido emancipatório, ou seja, em oposição ao discurso jurídico atual que se encontra subsumido ao quadrado paradigmático em seus aspectos científicos (juspositivismo “clássico” e neoconstitucionalismo enquanto teoria do direito), filosóficos (permanência da racionalidade analítico-formal) e políticos (liberalismo e neoliberalismo).

Falou-se em efetivação de direitos humanos fundamentais e emancipação do ser humano no capítulo anterior, bem como na visão dos direitos humanos fundamentais como processos de luta pela dignidade humana. Mas isso não basta: é preciso identificar quem são os sujeitos desses direitos, os protagonistas de tais processos de luta e o que realmente significa a luta pela dignidade humana. Somente assim se evitará incorrer em algum tipo de idealismo e se tornará possível manter o trabalho com os pés no chão¹⁰.

Assim, a ideia de um *sujeito de direito* construído a partir da proposta emancipadora é a primeira das bases de um discurso jurídico dogmático e decisório que possa ser classificado como emancipatório.

Em uma tentativa de identificar esse sujeito como sendo um sujeito que guarde relação com a definição de direitos humanos apresentada no capítulo anterior, pode-se afirmar, com Gallardo (2010, p. 73-74) que se tratam dos

[...] sectores que, tornados vulnerables por el sistema de poder vigente, e impedidos de acceder a condiciones que les permitan autoconstruirse como sujetos, luchan organizadamente para cancelar las condiciones que generan su vulnerabilidad (explotación, discriminación, marginación, etc.) y para producir, desde sí mismos y sus particularidades, las tramas sociales que se abran a una universalización de la experiencia humana.

[...] no designa aquí a los empobrecidos socioeconómicos, aunque también puede asumirlos, sino a todos los sectores sociales y personas a quienes institucional y sistémicamente se les niega o pervierte su capacidad de darse autonomía y responsabilidad por su existencia... y que se organizan para dar las luchas que estiman los lleven a darse esas capacidades.

¹⁰ A adoção de fórmulas e expressões vazias de conteúdo tem sido uma característica marcante do atual momento de desenvolvimento da teoria do direito. Essa atitude teórica permite por um lado a prática do já mencionado ativismo judicial *seletivo e meramente retórico* e por outro atrasa a investigação e o desenvolvimento teórico de soluções para os reais problemas do Estado Democrático de Direito da semiperiferia, problemas estes que tem a ver muito mais com a (in)efetividade material de direitos humanos fundamentais do que com questões meramente discursivas.

Se o sujeito de direito privilegiado pela dogmática jurídica crítica deve ser aquele que se encontra despido de seus direitos (ou melhor, de sua capacidade de autodeterminação e responsabilização por sua própria existência), surge a possibilidade de identificação de uma comunidade interpretativa formada pela comunhão desses sujeitos de direitos a partir da qual podem surgir *topoi* emancipatórios (SANTOS, 2005, p. 110).

Ocorre que a identificação do sujeito de direito da dogmática jurídica crítica a partir da definição de Gallardo reproduzida acima é ampla o suficiente para dar conta de uma série de atores da sociedade civil organizada em movimentos sociais, associações, etc., que são muito diversos entre si, principalmente na perspectiva de suas finalidades e de suas composições.

Assim, no que diz respeito ao surgimento dos *topoi* emancipatórios, pode-se avançar afirmando que os mesmos surgem a partir das comunidades interpretativas formadas por atores da sociedade civil reunidos não só em um dado movimento social ou associação ou a partir de certo movimento social ou associação, mas sim unidos *por uma luta social específica que produz os topoi*. Estes por sua vez *transformam-se em argumentos político-jurídicos para a construção do discurso jurídico-dogmático emancipatório através da incorporação dos mesmos no discurso dos direitos humanos, desde que este último seja utilizado em uma perspectiva emancipatória*.

Como afirma Santos (2005, p. 110), “[...] haverá senso comum emancipatório quando os *topoi* emancipatórios desenvolvidos numa dada comunidade interpretativa encontrarem tradução adequada nos *topoi* de outras comunidades e se converterem, assim, em *topoi* gerais.” Ou seja, a contribuição dada pelo discurso dos direitos humanos em auxiliar na conversão de *topoi* emancipatórios locais em *topoi* gerais mostra-se decisiva para a construção de um novo senso comum emancipatório no âmbito do direito em substituição ao senso comum teórico dos juristas.

Esse sujeito de direito pode ser encontrado naquelas comunidades ignoradas pelo senso comum teórico dos juristas que só encontram receptividade no discurso jurídico enquanto violadores de normas, enquanto réus civis e (principalmente) criminais e nunca enquanto sujeitos de direito propriamente ditos.

A superação da paradoxalidade do discurso dos direitos humanos no sentido de sua utilização para a construção de um discurso jurídico crítico que dê conta de informar um discurso jurídico dogmático também crítico pressupõe então “[...] fazer reluzir a outra face, o outro rosto dos direitos, supõe dar voz aos excluídos, aos dominados.” (HERRERA FLORES, 2007, p. 212). É disso que se está falando quando se quer enfatizar a necessidade de utilização do discurso dos direitos humanos em uma perspectiva emancipatória, condição de

possibilidade de utilização dos *topoi* emancipatórios no âmbito do discurso dogmático e decisório.

Neste sentido é que Wolkmer (2001, p. 240), ao tratar dos novos sujeitos coletivos da juridicidade no âmbito do pluralismo jurídico, contribui com a definição de sujeito de direito que ora se busca precisar ao afirmar se tratar de

[...] identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomos, advindos de diversos estratos sociais, com capacidade de auto-organização e autodeterminação, interligadas por formas de vida com interesses e valores comuns, compartilhando conflitos e lutas cotidianas que expressam privações e necessidades por direitos, legitimando-se como força transformadora do poder e instituidora de uma sociedade democrática, descentralizadora, participativa e igualitária.

Sendo assim, a adoção de um discurso fundado em uma concepção de sujeito de direito real, material e de carne e osso, desprovido de seus direitos humanos fundamentais, como é o caso de grande parcela dos sujeitos que vivem na semiperiferia, é a opção mais adequada para a construção dessa *dogmática jurídica crítica* que tem com objetivo auxiliar na emancipação jurídico-política deste mesmo sujeito real, material, de carne e osso *e de direito*.

Tal definição de sujeito de direito conjuga-se com a concepção de direitos humanos fundamentais exposta no capítulo anterior. Se há indubitavelmente uma dimensão formal para tais direitos, há também uma dimensão material, fundada nas necessidades humanas fundamentais de que fala Machado (informação verbal)¹¹.

Assim, esse sujeito de direito real, material e de carne e osso é aquele que tem seus direitos humanos fundamentais sistematicamente negados. Essa negação se dá, via de regra, através do *cinismo pós-moderno* de que fala Douzinas, o qual é concretizado através do *uso cínico* do discurso dos direitos humanos, ou seja, em perspectiva diametralmente oposta a aqui defendida.

A transformação crítica do sistema direito requer um conceito de justiça – desde a injustiça da negatividade –, o que é possível historicamente nos momentos em que a necessidade de afirmação da vida é conduzida pela comunidade das vítimas. E uma das mediações específicas do direito, nesse caso, é a de possibilitar o exercício efetivo de incorporação de novos direitos. Essa transformação é possível quando os atores que sofrem as negações tomam consciência de um novo direito que se produz na história concreta da comunidade das vítimas, que ganha legitimidade intersubjetiva, porque há negação material da vida, com pretensão de nova legalidade. (LUDWIG, 2010, p. 120).

¹¹ Antônio Alberto Machado, aula ministrada na disciplina Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-graduação em Direito da FCHS – UNESP/Franca, em 20 set. 2012.

Sendo assim, a expressão político-jurídica das lutas sociais em *topoi* emancipatórios que se revestem da característica de serem também argumentos jurídicos, já que construídos através do auxílio, da mediação e da incorporação do discurso dos direitos humanos em perspectiva emancipatória, permite inclusive alargar o rol de direitos humanos fundamentais a partir dessas próprias lutas, as quais produzem esses novos direitos na “história concreta da comunidade de vítimas”.

É a “negação material da vida” ou a negação à autonomia e responsabilidade pela própria existência, para utilizar as expressões de Gallardo, que garantem a *vitalidade* (em contraposição à validade formal) dos direitos humanos fundamentais na vida concreta.

A tradução da lutas sociais através do discurso dos direitos humanos e deste para a argumentação jurídica utilizada nos discursos decisório e dogmático requer ainda um fundamento no âmbito da filosofia política ou moral.

Conforme analisado no primeiro capítulo, a superação da tese da separação entre direito e moral não levou à superação da tese da discricionariedade, mas sim a sua resignificação: por mais que se tente (e a teoria da argumentação faz várias tentativas neste sentido), há que se recorrer a um fundamento filosófico político ou moral para “preencher” as “zonas de penumbra” (Hart) existentes no discurso jurídico decisório.

Em consonância com a proposta aqui esboçada, tem-se que uma exigência inicial desse fundamento filosófico político ou moral é que o mesmo deve ser capaz de traduzir-se em *topoi* que “[...] exprimam a aspiração de relações sociais emancipatórias, assentes simultaneamente em políticas de reconhecimento (identidade) e em políticas de redistribuição (igualdade)” (SANTOS, 2005, p. 110) das comunidades interpretativas mencionadas acima.

Nos termos expostos até agora, tem-se que um critério que atenda a essa demanda é aquele enunciado por Herrera Flores (2007, p. 121): o *critério da riqueza humana*. O recurso a um critério como esse permite identificar com mais rigor em que consistem as práticas políticas emancipatórias, evitando uma pulverização excessiva que pode levar a considerar como emancipatória toda e qualquer prática que se coloque de forma diversa e/ou contrária às práticas hegemônicas, tornando difícil inclusive a identificação das comunidades interpretativas mencionadas acima (já que as mesmas são identificadas a partir das lutas sociais que travam).

A partir do critério da riqueza humana torna-se possível aclarar o “lugar da fala” do discurso jurídico emancipatório e suas próprias finalidades, ou seja, o “para quê fazer” de tal discurso.

Em vez de se enunciar *a priori* em que consiste tal critério, Herrera Flores (2007, p. 121) afirma que a identificação do mesmo se dá a partir da verificação das seguintes condições: “a) o desenvolvimento das capacidades e b) a construção de condições que permitam a real apropriação e desdobramento de tais capacidades por parte de indivíduos, grupos, culturas e qualquer forma de vida que conviva em nosso mundo.”

Evitando o *a priori* racional evita-se um retorno ao jusnaturalismo, como ocorre em Alexy e como alguns críticos afirmam que ocorre em Dworkin. O critério da riqueza humana não é um *a priori* racional, mas sim um critério que busca traduzir em uma estrutura normativa a realidade do sujeito histórico, real e concreto e suas necessidades humanas fundamentais (e conseqüentemente, também as lutas pela satisfação de tais necessidades). O próprio critério se constrói na realidade, enquanto os próprios sujeitos de direito reais também se constroem.

Sendo assim, *a construção do discurso jurídico decisório e dogmático deve partir do discurso dos direitos humanos elaborado a partir das práticas sociais de lutas emancipatórias traduzidas em topoi emancipatórios e interpretado à luz do critério da riqueza humana*. Isso significa que essa construção deve estar orientada pelos dois itens acima identificados, ou seja, deve se pautar pelo estabelecimento das próprias condições que permitam o desenvolvimento e desdobramento das capacidades humanas.

Trata-se ainda de um critério que se contrapõe frontalmente ao paradigma político do liberalismo e aos programas neoliberais. Como afirma Herrera Flores (2007, p. 122), “[...] com este critério poderemos hierarquizar, não os direitos em si, já que todos têm a mesma importância, mas a prioridade de sua satisfação, e focar de um modo mais justo o conjunto de políticas sociais, econômicas ou culturais.”

Trata-se de um critério que enfatiza a busca da satisfação das necessidades que possibilitam o desenvolvimento e desdobramento das capacidades humanas. Ou seja, mais do que lutar por direitos, trata-se de lutar pelos bens necessários para a satisfação de tais necessidades, elencando-se prioridades de satisfação. Segundo Herrera Flores (2009, p. 197), “[...] quando se luta unicamente por direitos, e não pelo acesso aos bens necessários para uma vida digna, já estamos lutando presos na jaula de ferro do liberalismo individualista dominante na concepção jurídica ocidental.”

Entende-se que tal construção é, em certa medida, capaz de satisfazer a demanda enunciada por Douzinas (2009, p. 26), consistente em tentar “[...] descobrir estratégias políticas e princípios morais que não dependam exclusivamente da universalidade da lei, da arqueologia do mito ou do imperialismo da razão.”

Como afirmado acima, não se trata de invocar um critério apriorístico, portanto anterior à prática, mas sim de construir um critério moral e racional a partir da prática, delimitando-se teoricamente o campo desta prática bem como suas finalidades.

E, nos termos das preocupações enfrentadas por este trabalho, afirma ainda Herrera Flores (2007, p. 124) que “[...] a riqueza humana, pois, somente encontra conteúdos materiais na intensificação participativa e decisória da democracia, que somente se consolida com mais democracia.” A intensificação democrática passa pelo direito e pela atividade típica do Poder Judiciário. Este, conforme visto anteriormente, também possui possibilidades de utilização em um sentido estrategicamente emancipatório: daí a necessidade de construção de um discurso decisório ao lado do discurso dogmático.

Fortalecer, vitaminar as possibilidades desse uso, através da construção de um discurso dogmático e decisório de conteúdo emancipatório, é, pois, uma exigência da época presente.

A leitura ideológica do discurso dos direitos humanos fundamentais a partir da fundamentação teórica contemporânea (a qual se encontra cristalizada no senso comum teórico dos juristas) e a propositura de um novo marco teórico fundado na emancipação levou à constatação da existência de um “sujeito oculto” de direitos que fornece um novo ponto de vista para a construção do discurso jurídico, seja este dogmático ou decisório.

A utilização do discurso dos direitos humanos a partir da perspectiva do sujeito de direito histórico, real e concreto apresentado acima e tendo como fundamentação moral o critério da riqueza humana possibilita ensaiar, ainda que timidamente, categorias dogmáticas aptas a concretizar um discurso jurídico alternativo ao senso comum teórico dos juristas e que busca a construção de um novo senso comum. É essa uma das tarefas da dogmática jurídica crítica:

Con respecto a la dogmática o doctrina judicial, los aspectos que destacaría como especialmente proclives a ser leídos a partir de dimensión ideológica son la elaboración y propuesta de puntos de vista, de categorías y de “teorías” destinadas a sistematizar, a interpretar y a operar sobre las normas, la labor de comentario y análisis de normas y de jurisprudencia, y las propuestas de creación o modificación de normas, es decir, las formulaciones de lege ferenda de la dogmática. (COURTIS, 2006, p. 352).

Tal expediente permite superar o que Herrera Flores (2011, p. 19-20) chama de *obstáculo de tradução*:

Hay que saber (y poder) presentar las reivindicaciones siguiendo las formas jurídicas aceptadas por los funcionarios (administrativos o judiciales). Es

decir, hay que saber/poder 'traducir' las luchas a derechos, con el consiguiente peligro de invisibilizar que algo que ha comenzado siendo producto de una praxis política colectiva, se convierta en una norma que considera lo social como una suma de individuos.

Tal necessidade é ainda enfatizada por Costa (2008, p. 379), ao afirmar que

[...] sem um discurso interno, nossa capacidade de crítica fica pela metade, pois as teorias externas podem ampliar a nossa potencialidade de compreensão dos problemas, mas elas não nos oferecem categorias adequadas para que nos oponhamos contra uma decisão que julgamos incorreta.

As linhas gerais da construção dos *topoi emancipatórios* pelo sujeito de direito real, material e de carne e osso apresentado acima e sua transformação, com auxílio do discurso dos direitos humanos, em argumentos jurídico-políticos de reafirmação desse mesmo discurso em uma perspectiva emancipatória requerem uma elaboração mais técnica para as finalidades apontadas por Herrera Flores: sua utilização perante o aparato estatal, em especial o Poder Judiciário.

Neste sentido é que a dogmática jurídica, desde que encarada não como dogmatismo, mas sim como técnica, pode ser utilizada para superar esse obstáculo de tradução. Como afirma Alfaro (2007, p. 94), “[...] *en esa medida, también considero necesario y útil pensar una técnica adecuada para hacer la traducción de este nivel filosófico-político y ético-político a uno pragmático operacional.*”

Ou seja, trata-se de buscar traduzir os conceitos desde o nível de reflexão filosófico-político-ético para o nível pragmático de operacionalização discursiva na realidade da prática jurídica.

Nesse processo de superação da dificuldade de tradução deve-se atentar para a armadilha apontada por Sánchez Rubio (informação verbal)¹²: os direitos humanos fundamentais são um problema de luta contínua e permanente, sendo fundamental *a transferência de poder*, ou seja, o empoderamento de parcelas da sociedade, o que se dá através da própria luta e da racionalização que se faz dela durante ela e após ela (que é o que gera o acúmulo de experiências de luta e de poder).

A armadilha reside na transferência de poder em favor do Estado através da normatização e da judicialização, inclusive e principalmente quando as ações não obtêm o

¹² David Sánchez Rubio, aula ministrada na disciplina Tópicos Especiais: Direitos Humanos: fundamentos e desafios, do Programa de Pós-graduação em Direito da FCHS – UNESP/Franca, em 28 nov. 2012.

sucesso desejado, ficando a questão “pacificada” perante o Poder Judiciário sem que se tenha dado efetividade aos direitos debatidos no caso concreto.

A ineficácia dos direitos humanos fundamentais quando da judicialização das lutas sociais é uma possibilidade real e cuja ocorrência foi demonstrada quando do estudo da ADPF 153, ação que é apenas uma dentre várias em que ocorreu situação semelhante¹³. Deve-se então encarar a judicialização das lutas sociais como um momento *tático* dentro da *estratégia* em que tais lutas se desenvolvem e não como um fim em si mesma, o que significa que a judicialização ou não de uma questão deve ser avaliada em relação ao conjunto de lutas sociais de que tal questão faz parte.

Por este motivo também é que a proposta de construção de um discurso jurídico dogmático apto a informar o discurso jurídico decisório parte justamente da identificação do sujeito de direito que protagoniza as lutas sociais que dão origem aos direitos humanos e a seu correspondente discurso em uma perspectiva emancipatória e não o contrário. Deve-se buscar tentar elaborar um discurso apto a sustentar o diálogo com o Estado, mais especificamente com o Poder Judiciário, *a partir dos sujeitos das lutas sociais* que dê conta das exigências discursivas próprias do discurso decisório.

Ao lado do *sujeito de direito*, outras duas categorias teórico-dogmáticas são fundamentais para que se possa começar a pensar em uma dogmática jurídica crítica, e tais categorias foram sendo trabalhadas de maneira difusa ao longo deste trabalho. Cabe agora tentar esboçar uma sistematização dogmática das mesmas. Trata-se das categorias do *direito subjetivo* e da *relação jurídica*.

Como visto ao longo deste trabalho, o sujeito de direito é uma categoria central na teoria do direito e, conseqüentemente, na dogmática jurídica. O conteúdo dominante dessa categoria nada mais é do que uma “recauchutagem” do sujeito de direito elaborado durante o século XIX e início do século XX para a adequação em relação ao discurso dos direitos

¹³ Em *Cem anos de solidão*, García Márques (2011, p. 360) narra como se deu e quais foram os resultados da judicialização da luta dos trabalhadores de Macondo em face da companhia bananeira que os explorava e explorava a região. Embora se trate de um caso fictício, nada melhor que o realismo fantástico de García Márques para explicar a realidade da semiperiferia do mundo a partir de Macondo e da saga da família Buendía: “*Cansados de aquel delirio hermenéutico, los trabajadores repudiaron a las autoridades de Macondo y subieron con sus quejas a los tribunales supremos. Fue allí donde los ilusionistas del derecho demostraron que las reclamaciones carecían de toda validez, simplemente porque la compañía bananera no tenía, ni había tenido nunca ni tendría jamás trabajadores a su servicio, sino que los reclutaba ocasionalmente y con carácter temporal. De modo que se desbarató la patraña del jamón de Virginia, las píldoras milagrosas y los excusados pascuales, y se estableció por fallo de tribunal y se proclamó en bandos solemnes la inexistencia de los trabajadores.*”

humanos “clássico”. Assim, esse sujeito de direito dos tratados, convenções e Constituições continua a ser abstrato e desprovido de conteúdo.

Trata-se ainda de uma projeção do paradigma político do liberalismo, como visto anteriormente. Como afirma Sánchez Rubio (2010, p. 44), “[...] o sujeito concreto e corporal que sempre havia questionado o poder é eliminado para ser substituído pelo indivíduo com faculdades universais, mas condicionadas às relações utilitárias da economia.” Daí a necessidade de reconstrução de tal categoria nos termos expostos acima e de levar-se em conta, para a superação dos obstáculos de tradução, o sujeito de direito real, material e de carne e osso como ponto de partida e referencial principal para a reconstrução e interpretação das demais categorias teóricas que informam o discurso dogmático.

Em sequência e tomando o sujeito de direito como referencial inicial, pode-se afirmar, a partir do senso comum teórico dos juristas, que esse sujeito possui direitos subjetivos.

Do mesmo modo que a construção discursiva dogmática do sujeito de direito encontra origem no século XIX e início do século XX, permeado pelo paradigma político do liberalismo, também a construção do conceito de direito subjetivo encontra lá sua origem. Na verdade, são construções discursivas concomitantes: as diversas teorias do direito subjetivo foram sendo construídas ora para justificar um conceito de sujeito de direito ora a partir desse mesmo conceito.

Na *Teoria pura do direito* Kelsen resume¹⁴ essas diversas teorias sobre o que seria o direito subjetivo; tais concepções continuam valendo no âmbito do senso comum teórico dos juristas. Embora longa, vale a pena transcrever a passagem, pois a mesma é exemplificativa do que é direito subjetivo para o senso comum teórico dos juristas:

Em resumo, pode dizer-se: o direito subjetivo de um indivíduo ou é um simples direito reflexo, isto é, o reflexo de um dever jurídico existente em face deste indivíduo; ou um direito privado subjetivo em sentido técnico, isto é, o poder jurídico conferido a um indivíduo de fazer valer o não-cumprimento de um dever jurídico, em face dele existente, através da ação judicial, o poder jurídico de intervir na produção da norma individual através da qual é imposta a sanção ligada ao não-cumprimento; ou um direito político, isto é, o poder jurídico conferido a um indivíduo de intervir, já diretamente, como membro da assembléia popular legislativa, na produção das normas jurídicas gerais a que chamamos leis, já indiretamente, como titular de um direito de eleger para o parlamento ou para a administração, na

¹⁴ Não se ignoram as teorias de Ihering, Windscheid e Jellinek, que deram origem ao senso comum teórico acerca do direito subjetivo. Porém, considerando a síntese kelseniana, bem como as refutações de Ross e Hart acerca do conceito, tem-se como ponto de partida suficiente para uma tentativa de resignificação do conceito tais sínteses e refutações. Para uma exposição de tais teorias originárias, veja-se Jhering (1946) e Jellinek (1912).

produção das normas jurídicas que o órgão eleito tem competência para produzir; ou é, como direito ou liberdade fundamental garantida constitucionalmente, o poder de intervir na produção da norma através da qual a validade da lei inconstitucional que viola a igualdade ou liberdade garantidas é anulada [...]. Finalmente, também pode designar-se como direito subjetivo a permissão positiva de uma autoridade. (KELSEN, 2009, p. 162).

Veja-se que todas as concepções acima, se não foram originalmente elaboradas desta forma, são apresentadas por Kelsen para ter como referência a *norma* e não o sujeito que é titular dos direitos subjetivos.

E todas as concepções expostas, exceto a primeira, caracterizam o direito subjetivo como um *poder*. E esse poder é conferido pela norma ao sujeito; o fato de tal sujeito possuir tal poder torna o mesmo titular de direitos subjetivos.

Veja-se que esta última afirmação não toma como referencial o sujeito, mas sim os poderes expressos em direitos; e todos estes poderes/direitos são identificados porque positivados, ou seja, a partir da norma.

A referência *sempre* é a norma no juspositivismo “clássico”. Tanto assim o é que Kelsen considera o direito subjetivo como técnica jurídica específica (KELSEN, 1998, p. 120) a serviço da criação da norma jurídica individual, ou seja, como o *poder* de fazer valer o direito objetivo em juízo (ter capacidade jurídica para demandar)¹⁵, nada mais. E esse poder foi conferido ao sujeito pelo próprio ordenamento jurídico.

Sendo assim, o direito subjetivo sequer é expressão de um direito propriamente dito, como nas concepções elencadas pelo próprio Kelsen e que antecedem historicamente sua concepção de técnica jurídica específica. Trata-se apenas de uma formulação técnica do poder de demandar (“nomeado” pelo ordenamento jurídico como “capacidade jurídica”) que permite o exercício deste poder. Neste sentido:

A criação da norma individual pela decisão do tribunal civil é o propósito imediato do processo jurídico iniciado pela ação judicial do queixoso. A partir dessa perspectiva dinâmica, o queixoso desempenha, assim, uma parte essencial na criação da norma individual que a sentença da corte representa.

¹⁵ Afirma Alexy (2011b, p. 188) sobre o conceito de direito subjetivo em Kelsen: “Autores como Kelsen definem o direito subjetivo em sentido técnico ou específico justamente por meio de uma tal capacidade: ‘o direito subjetivo em sentido específico é o poder jurídico de fazer valer a satisfação de um dever existente’. Para essa definição é suficiente o conceito de poder jurídico (capacidade jurídica, competência), em conjunto com o conceito de dever, a cuja satisfação ou exigência o poder jurídico se refere.” Perceba-se a circularidade do conceito, que sempre retorna à norma: o poder jurídico (capacidade jurídica ou competência) é conferido pela norma e tem a função específica de fazer valer em juízo (portanto, de provocar a produção da norma jurídica individual para o caso concreto) um dever jurídico que, claro, foi determinado pela norma e a cuja norma que determina o dever o próprio poder jurídico se refere.

Ter um direito é ter a capacidade jurídica de participar da criação de uma norma individual [...]. (KELSEN, 1998, p. 124).

A seu turno, Ross e Hart chegam ao extremo de considerar que a categoria direito subjetivo em si não significa absolutamente nada. Para Ross (2004, p. 54), trata-se de “[...] um instrumento para a técnica de apresentação que serve exclusivamente para fins sistemáticos, e que em si não significa nem mais nem menos que ‘tû-tû’¹⁶”, termo que não significa nada.

Ou seja, trata-se de uma construção discursiva que somente auxilia na sistematização do próprio discurso jurídico. Essa definição é de certo modo bem próxima de Kelsen, embora este último confira um pouco mais de utilidade para o conceito ao considerá-lo como técnica jurídica específica.

Na mesma linha de Ross, Hart (2010, p. 31-32) afirma:

É adequado dizer que um homem paralisado observando o ladrão pegar seu relógio de ouro tem o direito de tentar proteger o que lhe pertence, embora ele não tenha nem expectativa nem poder, em qualquer sentido comum dessas palavras. Isso só é possível porque a expressão ‘um direito’ neste caso não descreve nem representa nenhuma expectativa ou poder ou qualquer outra coisa, mas tem significado apenas como parte de uma frase cuja função, como um todo, é tirar uma conclusão jurídica a partir de um tipo específico de princípio jurídico.

Hart é claro ao afirmar que o sujeito sequer tem um poder ou mesmo uma expectativa. A função do direito subjetivo, expresso pelos termos “ter um direito”, é meramente linguística, como elemento de ligação no discurso do direito, permitindo uma conclusão jurídica a partir do ordenamento jurídico. Em resumo, para Ross e Hart o conceito de direito subjetivo em si não significa nada e somente possui utilidade se utilizado, para fins de sistematização, em relação à *norma jurídica* que serve de conclusão para a premissa fática anteriormente apresentada. É um elemento de ligação no discurso, nada mais.

Ao se referenciar na norma e não no sujeito que é titular dos direitos subjetivos, o senso comum teórico dos juristas desloca o conceito da realidade, colocando o mesmo no plano da abstração. Para o senso comum teórico, ou os direitos subjetivos são conferidos pelas normas jurídicas aos sujeitos, sendo assim tão abstratos como os próprios sujeitos de direito ou são menos ainda do que isso, sendo apenas elementos de ligação na semântica do discurso jurídico.

¹⁶ O termo *tû-tû* é utilizado por Ross em obra do mesmo nome (ROSS, 2004) em que referido autor desconstrói o conceito de direito subjetivo para chegar à conclusão exposta acima. O mesmo argumento é desenvolvido no capítulo seis da já citada obra *Direito e justiça*. (ROSS, 2007, p. 203-238).

E particularmente essa última construção imobiliza totalmente qualquer utilização da categoria para afirmar a exigibilidade de direitos em juízo ou mesmo para contribuir minimamente com tal exigibilidade, já que sequer identifica no sujeito um poder de qualquer espécie, ainda que apenas o poder de exigir o cumprimento de um dever em juízo, como faz a concepção kelseniana.

Ao analisar esta problemática no âmbito de sua *Teoria dos direitos fundamentais*, Alexy (2011b, p. 193) não vai muito mais longe do que Kelsen quando afirma que “a base de uma teoria analítica dos direitos é uma tríplice divisão das posições que devem ser designadas como ‘direitos’ em (1) direitos a algo, (2) liberdades e (3) competências.” Como se depreende dessa citação, a identificação das três espécies ou categorias de direitos (ou seja, de direitos subjetivos) parte da divisão das *posições*. O que isso significa?¹⁷ Alexy (2011b, p. 185, grifo do autor) responde:

A resposta é que falar em posições é necessário a partir de um determinado ponto de vista: a partir da perspectiva que se interessa pelas *características normativas* de pessoas e ações e pelas *relações normativas* entre pessoas ou entre pessoas e ações. Normas podem ser consideradas, de forma bastante geral, como qualificações de pessoas ou ações.

Vê-se claramente que a posição que especifica um direito subjetivo é determinada pelas características normativas e pelas relações normativas entre pessoas e ações. É o *mandamento normativo*, ou seja, é a *norma jurídica* que qualifica a pessoa (enquanto sujeito de direito) e a ação em abstrato. Segundo Alexy (2011b, p. 185), a posição é expressa pela norma individual válida, a qual determina a posição jurídica do sujeito e suas características e relações normativas.

Assim, a partir da *Teoria dos direitos fundamentais* de Alexy e levando em consideração o neoconstitucionalismo enquanto teoria do direito, verifica-se que continua a existir o predomínio absoluto da norma jurídica enquanto referencial para a determinação do conceito de direito subjetivo.

Embora Alexy não diga isso expressamente, pode-se avançar somente no sentido de considerar, em linhas gerais, o predomínio da Constituição *enquanto norma*, como faz o neoconstitucionalismo como teoria do direito. Nada mais. Nesse limite, pode-se considerar

¹⁷ A definição de direito subjetivo na teoria dos direitos fundamentais de Alexy é complexa. Este trabalho pretende somente ilustrar a permanência de um conceito de direito subjetivo que tem como referência a norma jurídica e não o sujeito, ainda que no âmbito do neoconstitucionalismo. Para uma exposição completa do conceito de direito subjetivo em Alexy, veja-se o capítulo quatro da *Teoria dos direitos fundamentais* (ALEXY, 2011b, p. 180-253).

como ponto de referência para a elaboração da categoria do direito subjetivo a Constituição, a qual é capaz de conferir aos direitos humanos fundamentais o *status* de direitos subjetivos¹⁸. Mas nessa linha de raciocínio a referência continua a ser a norma, e não o sujeito.

Uma construção discursiva dogmática crítica para a categoria do direito subjetivo deve partir da noção de sujeito de direito exposta anteriormente e do critério da riqueza humana. Deve levar em conta a possibilidade de desenvolvimento de capacidades por parte destes sujeitos a partir de suas necessidades concretas. O foco deve estar nos sujeitos, e não na norma.

Neste sentido é que José (2012, p. 199, grifos do autor), partindo de uma reconceituação da teoria mista de Jellinek, afirma que “[...] pode-se conceituar o direito subjetivo, quando travestido de direito humano fundamental, como *o poder da revolta reconhecido e protegido pelo sistema jurídico, enquanto dirigido a um bem ou interesse cristalizador da dignidade humana.*”

Desta forma resgata-se a ideia de poder descartada por Ross e Hart para entender os direitos subjetivos como possibilidades de exercício de um poder voltado para a concretização das potencialidades dos seres humanos. Para José, coerentemente com seu pensamento de matriz existencialista, tal poder se expressa como poder da *revolta*. Fato é que essa revolta gera as ações que constituem a verdadeira concretização das aspirações de desenvolvimento dos sujeitos concretos a partir de suas necessidades concretas.

O “poder da revolta” traduz-se na própria luta pela concretização das aspirações humanas, as quais podem ser incorporadas, como visto acima, no discurso dos direitos humanos: daí a possibilidade de compreender tal poder como reconhecido e protegido pelo sistema jurídico, já que os direitos humanos fundamentais o são.

O que diferencia esse poder para além da orientação no sentido da aspiração à concretude dos direitos humanos fundamentais é justamente a identificação desses direitos com um bem ou interesse jurídico que seja expressão das necessidades humanas daqueles sujeitos, necessidades estas exprimidas a partir dos *topoi* emancipatórios das comunidades interpretativas e incorporadas no discurso dos direitos humanos emancipatório.

Daí poder-se afirmar que tais sujeitos são titulares de tais direitos subjetivos, os quais são direitos subjetivos porque os próprios sujeitos assim o entendem e reivindicam através das lutas sociais.

¹⁸ Essa é a tese dominante no que diz respeito ao *status* de direito subjetivo que possuem os direitos humanos fundamentais. De fato, parece não haver muita controvérsia quanto à tese dos direitos humanos fundamentais serem direitos subjetivos, pelo menos desde a construção feita a partir da obra de Jellinek (1912).

Se a construção judicial do direito é um processo argumentativo que deve ser feito a partir dos *topoi* emancipatórios, entender os direitos humanos fundamentais como verdadeiros direitos subjetivos a partir das necessidades concretas dos sujeitos de direito torna possível a construção discursiva da norma jurídica adequada para as demandas concretas desses mesmos sujeitos.

E permite ainda a utilização no âmbito do discurso jurídico decisório e a implementação de tais direitos atendendo as especificidades das necessidades concretas judicializadas.

Neste sentido o pensamento de José (2012, p. 200, grifos do autor) corrobora a proposta aqui esboçada nos seguintes termos práticos:

O grande desafio que ora se coloca para o instituto do direito subjetivo é o de funcionar eficazmente como direito prestacional, de sorte a exigir a intervenção do Estado para pôr fim a *situações absurdas*, posto que violadoras da dignidade humana ao obstaculizar às pessoas a realização de seu *projeto fundamental*.

A concretização deste desafio é o que possibilitaria, por exemplo, a procedência da ADI 4277/ADPF 132 tendo por fundamento a luta social subjacente às diversas associações e organizações representadas nas ações judiciais e não apenas no discurso “clássico” do sujeito de direito e dos direitos humanos, o qual decisivamente não contribui para o alargamento do campo de efetividade dos direitos humanos fundamentais.

Possibilitaria ainda o reconhecimento dessas lutas enquanto aspirações legítimas e judicializáveis de tais sujeitos de direito, garantindo assim uma decisão em consonância com o que se espera de um Poder Judiciário que exerce suas atribuições no âmbito de um Estado Democrático de Direito. E possibilitaria ainda outro entendimento acerca da ADPF 153 e a conclusão por sua procedência, ao contrário do que ocorreu na prática.

As reconstruções da categoria do sujeito de direito e do direito subjetivo levam à necessidade de uma reconstrução da categoria de relação jurídica, sem a qual o esboço aqui proposto ficaria incompleto. Isso porque parte-se do pressuposto de que os sujeitos de direito na vida, ou seja, exercendo seus direitos subjetivos, travam relações jurídicas.

Sendo assim, a relação jurídica é um dos conceitos mais importantes da teoria do direito, podendo ser encarado como uma construção teórica que dá dinamicidade ao sujeito de direito e ao direito subjetivo.

É claro que a construção discursiva acerca do conceito de relação jurídica tem o mesmo marco teórico e temporal dos já analisados conceitos de sujeito de direito e direito subjetivo.

Segundo Machado (informação verbal)¹⁹, pode-se remontar a Savigny a elaboração do conceito de relação jurídica, consistente em um vínculo de direitos e deveres entre pessoas (sujeitos de direito), tendo por base um bem da vida, seja este bem uma coisa material, imaterial, uma prestação ou obrigação. Esse é o conceito que faz parte do senso comum teórico dos juristas e é apresentado nos diversos manuais de introdução ao direito e de direito civil (fato este que bem exemplifica o viés privatista e liberal do conceito).

O vínculo de direitos e deveres entre os sujeitos de direito é estabelecido pelas normas jurídicas, as quais regulam o acesso ao bem da vida que *supostamente* é a base da relação jurídica.

Veja-se que na definição clássica de Savigny o próprio bem da vida que é tido como a base do conceito é também definido pela norma jurídica: isso fica claro quando referido bem é apresentado como podendo ser uma coisa material, imaterial ou uma prestação ou obrigação, ou seja, o comando da norma que determina uma prestação ou o cumprimento de uma obrigação pode ser considerado como bem da vida.

Assim, do mesmo modo que a categoria do direito subjetivo tem como referência a norma e não o sujeito, também a categoria relação jurídica tem como sustentáculo a norma e não o sujeito. Neste sentido, veja-se a definição de relação jurídica para Kelsen:

[...] assim como o direito subjetivo não é o interesse protegido pelas normas jurídicas mas a proteção que consiste nestas mesmas normas, também a relação jurídica não é uma relação de vida que seja extrinsecamente regulada ou determinada pelas normas jurídicas como se fosse um conteúdo vestido pela forma jurídica, mas esta mesma forma, quer dizer, uma relação que somente é constituída, instituída ou criada por normas jurídicas. (KELSEN, 2009, p. 187).

Em Kelsen há a superação da mediação da norma jurídica em relação a sujeitos e bens para que estes possam ser determinados como *sujeitos de direito e bens jurídicos*, ou seja, integrantes de uma relação jurídica. Há a *substituição* dos sujeitos e dos bens pela própria norma jurídica. Não é o conteúdo da relação que é jurídico, mas sim a forma da relação que na verdade não é forma: é a relação jurídica em si mesma.

¹⁹ Antônio Alberto Machado, aula ministrada na disciplina Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-graduação em Direito da FCHS – UNESP/Franca, em 01 nov. 2012.

A fórmula clássica de Savigny é apropriada por Alexy na caracterização de um dos direitos subjetivos expostos acima, no caso, o “direito a algo” (lembre-se que os outros dois direitos subjetivos são caracterizados na obra de Alexy como “liberdades” e “competências” a partir da *posição* que ocupam). A apresentação da caracterização do “direito a algo” em Alexy, embora longa, merece ser transcrita, vez que pode servir de ponto de partida para a reconstrução do conceito de relação jurídica, além de exemplificar mais uma vez a inclusão do neoconstitucionalismo e da teoria da argumentação no âmbito do quadrado paradigmático. Veja-se:

A forma mais geral de um enunciado sobre um direito a algo é a seguinte:

(1) *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*.

Esse enunciado deixa claro que um direito a algo pode ser compreendido como uma relação triádica, cujo primeiro elemento é o *portador* ou o titular do direito (*a*), o segundo elemento é o *destinatário* do direito (*b*) e o terceiro elemento é o *objeto* do direito (*G*).

[...]

Desse esquema decorrem coisas diversas, dependendo do que se coloque no lugar de *a*, *b* e *G*. São extremamente importantes, do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, as diferenças entre as relações obtidas se se insere como *a* – o titular do direito – uma pessoa física ou uma pessoa jurídica de direito público; ou como *b* – o destinatário – o Estado ou um particular; ou como *G* – o objeto – uma ação positiva ou uma abstenção. [...]. (ALEXY, 2011b, p. 193-194).

Como se vê, encontram-se presentes em Alexy, na caracterização do “direito a algo”, os elementos essenciais da relação jurídica: sujeito ativo (titular do direito), sujeito passivo (destinatário) e bem jurídico (ação ou abstenção). E encontra-se presente também todo o senso comum teórico dos juristas, evidenciado no formalismo utilizado para a especificação de cada um dos elementos.

Porém tais elementos são um pouco mais detalhados do que no conceito clássico de Savigny: sabe-se que o sujeito ativo pode ser tanto uma pessoa física quanto uma pessoa jurídica; o sujeito passivo pode ser tanto o Estado como um particular e o bem jurídico pode constituir tanto em uma ação positiva ou em uma abstenção. Além disso, Alexy não reduz o conceito de relação jurídica à norma mesma como faz Kelsen.

Uma tentativa de reconstrução do conceito de relação jurídica à luz do sujeito de direito e do direito subjetivo caracterizados acima deve permitir o alargamento suficiente para dar conta da seguinte demanda, enunciada por Machado (informação verbal)²⁰:

²⁰ Antônio Alberto Machado, aula ministrada na disciplina Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-graduação em Direito da FCHS – UNESP/Franca, em 01 nov. 2012.

O problema é que, duzentos anos depois, há uma nova realidade: os direitos não são mais somente os direitos individuais, mais sim os coletivos, transindividuais; humanos e fundamentais; os sujeitos não são mais apenas os indivíduos singularmente considerados, mas sim os sujeitos coletivos, os movimentos sociais; e os bens também não são mais apenas os passíveis de apropriação individual, mas sim os transindividuais, não passíveis de apropriação singular, ou seja, bens que não são passíveis de apropriação, mas sim que precisam ser usufruídos!

Sobre os sujeitos ativos, que são os sujeitos de direito, já foi feito um esboço acima, bastando dizer que os mesmos, através de suas ações e omissões, estabelecem vínculos com o sujeito passivo, vínculos estes que se revestem de juridicidade a partir do momento em que a luta social produz *topoi* emancipatórios aptos a integrar o discurso jurídico.

No que diz respeito ao bem jurídico, para além do *comportamento normativo esperado* do sujeito passivo, consistente em uma ação ou abstenção, deve-se ter em conta bens jurídicos materialmente considerados (ainda que se trate de um bem jurídico imaterial). Sendo assim, deve-se buscar minimizar a ideia de bem jurídico como sendo uma ação ou abstenção ou, em outras palavras, distanciar tal ideia da ideia de obrigação, que é ínsita ao direito privado.

O bem jurídico deve invariavelmente remeter a um rol de necessidades que caracteriza os direitos humanos fundamentais, conforme explorado no capítulo anterior. Esse rol de necessidades é formado por necessidades reais e concretas a que correspondem certos bens e recursos. Quais bens e recursos? Herrera Flores (2009, p. 197) dá uma pista quando fala em bens e recursos “sem os quais a própria dignidade humana é impensável.”

Os sujeitos de direito travam lutas sociais para terem suas necessidades humanas satisfeitas por bens e recursos *sem os quais a própria dignidade humana é impensável*, os quais possuem muito mais uma dimensão de fruição do que de apropriação. Tome-se como exemplo a natureza enquanto bem jurídico traduzido como o direito humano fundamental a um meio ambiente saudável e, no âmbito dos bens jurídicos imateriais, o bolo de rolo de Pernambuco, o ofício das paneleiras de Goiabeiras, em Vitória/ES e as matrizes do samba no Rio de Janeiro²¹.

A identificação correta do bem jurídico permite determinar quais as obrigações do sujeito passivo em relação à concretização do acesso a tais bens por parte do sujeito ativo. Ou seja, as ações, omissões, prestações e obrigações *decorrem da exigibilidade do bem jurídico*

²¹ Muito embora possam parecer estranhos os exemplos de bens jurídicos imateriais apresentados acima, além de serem bens fundamentais para a perpetuação da identidade cultural de comunidades interpretativas específicas e portanto estarem intimamente ligados com as necessidades humanas fundamentais dessas mesmas comunidades, sua menção é uma homenagem a lugares, pessoas, sabores, cheiros e objetos que o autor deste trabalho conheceu e experimentou no curso de elaboração da pesquisa, quando da apresentação de trabalhos científicos preparatórios para a versão final que ora o leitor tem em mãos.

em face do sujeito passivo e não são os próprios bens jurídicos em si mesmo considerados. Em outras palavras, as obrigações não se confundem com o bem jurídico, sendo decorrência da possibilidade de exigibilidade do mesmo.

Essa tese é totalmente compatível com a tese de Abramovich e Courtis exposta no capítulo anterior, que sustenta haver uma diferença meramente de grau entre os direitos humanos fundamentais. Para Abramovich (2005, p. 194), “[...] uma conceituação mais rigorosa levaria a admitir um *continuum* de direitos, no qual o espaço de cada direito estaria determinado pelo peso simbólico do componente de obrigações positivas ou negativas nele delineadas.”

Sendo assim, o “espaço de cada direito” ou seu “núcleo essencial” pode ser mais adequadamente determinado a partir do bem jurídico em correlação com as obrigações positivas (ações e prestações) ou negativas (omissões) que são necessárias para a correta fruição desse bem por parte dos sujeitos de direitos. Tal expediente mostra-se especialmente útil para a resolução de conflitos entre direitos humanos fundamentais em um caso concreto de modo a não anular as aspirações político-jurídicas dos sujeitos de direito. Sua aplicação em um caso concreto poderia levar à conclusão, por exemplo, de que a decisão judicial proferida no âmbito da ADPF 153 viola o núcleo essencial do direito humano fundamental à verdade.

Daí poder-se avançar afirmando que o sujeito passivo da relação jurídica, aquele de quem os direitos subjetivos podem ser exigidos, também pode ser um sujeito difuso, na esteira das obrigações que surgem a partir da determinação dos bens jurídicos devidos.

Muito embora se possa (e se deva) exigir um comportamento tanto omissivo quanto comissivo do Estado para satisfação dos direitos humanos fundamentais – daí a importância da construção de um discurso dogmático que possa ser apropriado como argumentação jurídica para um discurso decisório voltado à efetivação de tais direitos – também particulares podem se encontrar na posição de sujeito passivo²², dos quais se pode (e se deve) exigir um comportamento tanto omissivo quanto comissivo de respeito aos direitos humanos fundamentais, sempre agindo no sentido de sua máxima efetivação no que lhes cabe enquanto dever jurídico.

No que diz respeito às dificuldades advindas da aplicabilidade desse conceito de relação jurídica, Abramovich (2005, p. 198) bem as identifica quando afirma:

²² Em que pese a existência de vozes dissonantes, é relativamente pacífica na dogmática dos direitos humanos fundamentais a possibilidade de incidência desses mesmos direitos nas relações jurídicas entre particulares. Tanto isso é verdade que Alexy, no trecho transcrito acima, reconhece que o destinatário do “direito a algo” pode ser tanto o Estado como um particular.

Os direitos econômicos, sociais e culturais se caracterizam justamente por envolver um amplo espectro de obrigações estatais [e, em certa medida, de particulares]. Em consequência [sic], é falsa a afirmação de que são escassas as possibilidades de aplicabilidade judicial desses direitos: cada tipo de obrigação oferece um leque de ações possíveis, que vão desde a denúncia do descumprimento de obrigações negativas, passando por diversas formas de controle do cumprimento de obrigações negativas, até chegar à exigência de cumprimento de obrigações positivas descumpridas.

Sendo assim, por mais que existam, na teoria e na prática jurídica, vozes contrárias à efetivação judicial de direitos humanos fundamentais, é possível traçar estratégias de atuação tendo em vista justamente a busca por essa efetivação. No plano da teoria do direito, com enfoque na dimensão argumentativa do fenômeno jurídico judicialmente criado, trata-se de apontar os limites do discurso jurídico atual e as potencialidades que o mesmo oferece, desde que resignificado nos termos emancipatórios expostos acima.

Denunciar, controlar e exigir o cumprimento de obrigações, como sugerido por Abramovich, se feito a partir da correta identificação dos sujeitos e de suas necessidades humanas fundamentais, pode contribuir com a própria luta pela satisfação de tais necessidades e com o empoderamento desses mesmos sujeitos, evitando-se inclusive a transferência de poder ao Estado, o que via de regra acaba por gerar prejuízos para as lutas sociais.

Por fim, se, como afirma Machado (informação verbal²³), tomando como base o pensamento de Marx, a *práxis* é o critério de verdade de uma teoria, somente a colocação em prática das propostas aqui apresentadas poderá atestar sua correção teórica. Não uma mera colocação em prática de maneira acrítica, substituindo o tradicional “praxismo do foro” por um “praxismo” de novo tipo mas que não deixa de ser “praxismo”; trata-se, ao contrário, de dar concretude aos conceitos aqui esboçados a partir das situações concretas que os sustentam teoricamente – no caso, a luta social pela satisfação das necessidades humanas fundamentais.

²³ Antônio Alberto Machado, aula ministrada na disciplina Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-graduação em Direito da FCHS – UNESP/Franca, em 5 dez. 2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho permite avançar algumas teses, as quais são compartilhadas com o leitor nesta oportunidade e que, espera-se, possam permitir a quem desejar a possibilidade de avançar no estudo da temática aqui abordada. São elas:

1. A análise da dimensão argumentativa do direito judicial, em contraste com a teoria do direito desenvolvida pelos juspositivistas “clássicos” (Kelsen, Ross e Hart), permite concluir que é dominante entre eles a chamada tese da discricionariedade. Embora com variações consideráveis entre um autor e outro, seja no campo do juspositivismo racionalista (Kelsen) ou do empirista (Ross e Hart), a interpretação e aplicação do direito pelos juízes (ou seja, a criação do direito pelos juízes) encontra-se em um campo incognoscível para o cientista do direito e, portanto, para a teoria do direito.

2. Predomina a discricionariedade na interpretação e na aplicação, o que sustenta a tese da separação entre direito e moral: a interpretação e a aplicação (e portanto a criação) possuem elementos de moral, os quais constituem fenômenos para além da análise da ciência e da teoria do direito. Ocorre que essa separação, por mais que tenha sido e continue sendo sustentada pelo juspositivismo, nunca ocorreu realmente de fato, ou seja, a tese da separação nunca foi empiricamente válida.

3. Há no juspositivismo “clássico” um paradoxo entre o que seria o objeto da ciência do direito a partir da tese da separação e o que é o direito na prática. Este paradoxo pode ser visualizado na teoria da interpretação de Kelsen quando este admite que a decisão judicial, inclusive *contra legem* (e portanto fora da moldura), pode se tornar direito válido se transitar em julgado. Pode ser visualizado em Ross quando este faz a validade das normas depender da prática social reiterada, prática esta que é necessariamente valorativa. Em Hart há uma tentativa de resolução do paradoxo através da sua versão da tese da discricionariedade, que se concretiza com a ideia de textura aberta do direito e de “zona de penumbra”, a qual admite elementos de moral e política como sendo internos ao ordenamento jurídico.

4. Tais considerações e o paradoxo identificado acima coadunam-se perfeitamente com a preocupação destes autores, centrada na busca do fundamento de validade da norma jurídica, fundamento este que se pretendeu exclusivamente jurídico e que é representado, em última instância, pela norma fundamental (Kelsen), pela norma básica (Ross) e pela regra de reconhecimento (Hart). Todas as três formulações e as demais formulações acerca da validade

da norma jurídica padecem de um nó górdio teórico no que diz respeito à questão da eficácia ou efetividade, o que demonstra novamente a falsidade da tese da separação.

5. É justamente a tese da separação que será objeto de questionamento dos chamados “pós-positivistas”, tanto no pensamento anglo-saxão, mais identificado com o empirismo (Dworkin), quanto no pensamento continental, mais identificado com o racionalismo (Alexy). O desenvolvimento de suas teorias torna-se possível a partir da emergência do capitalismo organizado do pós-guerra e, no plano teórico, do surgimento da teoria da argumentação pelas mãos de Viehweg e Perelman no contexto do “giro linguístico” e do “império da pragmática”.

6. A teoria da argumentação representa inicialmente um resgate da tópica aristotélica (Viehweg) e o posterior desenvolvimento desta tópica através da Nova Retórica (Perelman), passando as preocupações da ciência e da teoria do direito a se direcionarem também à dimensão argumentativa do fenômeno jurídico, em especial à argumentação que se desenvolve no bojo da decisão judicial.

7. Observe-se que esta preocupação guarda relação com a condição material citada acima, qual seja, a emergência do capitalismo organizado do pós-guerra, à qual se pode agregar o posterior desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Assim a teoria da argumentação vai se tornando o método adequado para a compreensão do fenômeno jurídico, sendo assumida como método do neoconstitucionalismo enquanto teoria do direito. E este tem a pretensão de torna-se a teoria hegemônica no contexto do Estado Democrático de Direito.

8. Ocorre que as preocupações da teoria da argumentação centram-se em aspectos formais da argumentação jurídica (orador, auditório e catálogo de argumentos e procedimentos argumentativos), ignorando ou escamoteando a reflexão acerca do conteúdo de referida argumentação. Esse conteúdo é formulado a partir daquilo que pode ser chamado de senso comum teórico dos juristas (Warat), o qual, em última instância, pode ser entendido como a ideologia dominante dentre os juristas.

9. Em termos de Brasil, o modelo de Estado instituído pela Constituição de 1988 permite que o STF sustente práticas de ativismo judicial e também de autocontenção, sendo que *ambas* práticas encontram fundamento discursivo no neoconstitucionalismo e na teoria da argumentação, o que se dá através do uso retórico destas teorias.

10. Embora a teoria da argumentação não se preocupe com o conteúdo dos discursos jurídicos, isso não significa que tal discurso seja desprovido de conteúdo. No âmbito do Estado Democrático de Direito e das decisões judiciais proferidas pelo STF, esse conteúdo é, via de regra, preenchido pelo discurso dos direitos humanos, o que por si só não garante

qualquer tipo de efetividade material para os direitos humanos fundamentais em discussão em um caso concreto.

11. As limitações do discurso dos direitos humanos devem ser entendidas a partir de sua inserção, ao lado do neoconstitucionalismo enquanto teoria do direito e da teoria da argumentação enquanto método, no âmbito do *quadro paradigmático* (Machado), o qual aprisiona o discurso, a teoria e o método no paradigma positivista (cativeiro positivista).

12. Ocorre que essas limitações e esse aprisionamento não são absolutos. É possível explorar a paradoxalidade do discurso dos direitos humanos no sentido da efetivação destes mesmos direitos na realidade. Para tanto, deve-se adotar uma postura que utiliza estrategicamente o discurso dos direitos humanos em uma perspectiva emancipatória, resgatando a emancipação prometida e incumprida pelo projeto sócio-cultural da modernidade.

13. Surge aí a possibilidade de construção não só de um discurso jurídico decisório emancipatório mas também de um discurso dogmático neste sentido. Em outras palavras, torna-se possível a construção de uma dogmática jurídica crítica em contraposição ao dogmatismo jurídico, este último um instrumento decodificador do senso comum teórico dos juristas para a prática cotidiana do direito. Essa dogmática jurídica crítica constitui verdadeira argumentação jurídico-judicial (Warat), sendo, portanto, absolutamente compatível com o atual estado de desenvolvimento da teoria do direito, a qual tem a teoria da argumentação como método.

14. A dogmática jurídica crítica pode (e deve) ser orientada para um *sentido estratégico definido* que consiste na construção de estratégias que privilegiem a busca pela efetivação material dos direitos humanos fundamentais. A identificação desse sentido estratégico torna-se possível a partir da compreensão, através da análise ideológica do direito, de que a construção dos discursos jurídicos é parte da dimensão discursiva da luta social e que influencia diretamente as relações e a distribuição de poder.

15. Três categorias teóricas constituem a base da tentativa de elaboração de uma dogmática jurídica crítica apta a sustentar o discurso dogmático e a possibilitar a construção do discurso decisório: sujeito de direito, direito subjetivo e relação jurídica. No que diz respeito ao sujeito de direito, o mesmo deve ser resignificado à luz daqueles sujeitos históricos, reais e concretos, ou seja, de todos os setores sociais e pessoas aos quais são sistematicamente negados autonomia e responsabilidade por sua própria existência (Gallardo) e que compartilham conflitos e lutas sociais que expressam essa busca por autonomia. Nessa

busca, tais sujeitos se legitimam como força transformadora das relações de poder e contribuem para a instituição de uma sociedade democrática (Wolkmer).

16. Essa resignificação torna possível a construção, a partir das comunidades interpretativas formadas por estes sujeitos de direito, de *topoi* emancipatórios aptos a integrar a argumentação jurídica e contribuir para a formulação do discurso jurídico, seja este decisório ou dogmático. Tal integração se dá a partir da incorporação de tais *topoi* em um discurso dos direitos humanos utilizado também na perspectiva emancipatória.

17. Além das categorias teóricas, o esboço de um discurso dogmático apto a informar o discurso decisório de maneira crítica passa também pela definição do fundamento moral de tal discurso, ante a impossibilidade de superação da tese da discricionariedade. No que diz respeito a esse fundamento moral, a adoção do critério da riqueza humana evita um retorno ao jusnaturalismo, já que não se trata de um critério determinado através de um *a priori* racional, mas sim de um critério construído conjuntamente ao sujeito de direito histórico, real, concreto. O próprio critério se constrói na realidade, enquanto os sujeitos se constroem em busca da satisfação de suas necessidades humanas fundamentais, ou seja, da construção de sua autonomia e responsabilidade por sua própria existência.

18. Entender os direitos subjetivos não a partir da norma jurídica mas sim a partir dos sujeitos de direito históricos, reais e concretos que se constroem na realidade permite elaborar discursivamente, através do processo argumentativo, a norma jurídica adequada para a satisfação do discurso judicial decisório a partir de tal compreensão dos direitos subjetivos, que podem ser considerados como expressão jurídica das necessidades buscadas pelas lutas sociais e transformadas em direitos humanos fundamentais através da construção e incorporação dos *topoi* emancipatórios neste mesmo discurso.

19. Essa tese permite avançar na elaboração de um conceito de relação jurídica construído tendo como base a correta identificação dos bens jurídicos reclamados a partir das necessidades humanas fundamentais que se traduzem em *topoi emancipatórios* das comunidades interpretativas. Essa identificação dos bens jurídicos por sua vez auxilia na determinação dos vínculos obrigacionais que os sujeitos passivos das relações jurídicas possuem em face dos sujeitos ativos (sujeito de direito), encarados sempre na perspectiva da contribuição para a efetivação material dos direitos humanos fundamentais enquanto forma jurídica de satisfação das necessidades humanas fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, n. 2, p. 188-233, 2005.

_____.; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011a.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011b.

_____. Una defensa de la fórmula de Radbruch. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, Coruña, n. 5, p. 75-96, 2001.

ALFARO, Norman J. S. **Crítica de la imaginación jurídica**: una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia. San Luis Potosí: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007.

ARIZA, Santiago S. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000.

_____. **El derecho como argumentación**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2007.

_____. El derecho como argumentación. **Isegoría**, Madrid, n. 21, p. 37-47, 1999.

_____. Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. **Isonomía**, Alicante, n. 1, p. 51-68, out. 1994.

BARBOSA, Vinícius R. ADPF 153: estudo de caso do acórdão na perspectiva da teoria da argumentação e da necessidade de efetivação dos direitos humanos no caso concreto. In: II ENCONTRO UFAL- UFPE- UFPB: o judiciário e o discurso dos direitos humanos. 2., Recife, 2012. **Anais....** Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012. p. 876-885.

BARZOTTO, Luis F. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian. Por una dogmática conscientemente política. In: COURTIS, Christian. (Org.). **Desde otra mirada**: textos de teoría crítica del derecho. Buenos Aires: Eudeba, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. Relator: Ayres Britto. **Diário da Justiça Eletrônico**: República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 dez. 2012a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Relator: Ayres Britto. **Diário da Justiça Eletrônico**: República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 dez. 2012b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153. Relator: Eros Grau. **Diário da Justiça Eletrônico**: República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1 fev. 2013.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CORREAS, Oscar. **Metodologia jurídica I: una introducción filosófica**. 2. ed. México, DF: Fontamara, 2012.

COSTA, Alexandre A. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008.

COURTIS, Christian. Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho. In: _____. (Org.). **Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica**. Madrid: Trotta, 2006.

DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madrid: EDICUSA, 1975.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

_____.; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

DOUZINAS, Costas. Law and justice in postmodernity. In: CONNOR, Steven. (Ed.). **The Cambridge companion to postmodernism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

_____. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

_____. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

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

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENCONTRO UFAL- UFPE- UFPB: o judiciário e o discurso dos direitos humanos, 2., Recife, 2011. **Anais...** Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília, DF: Ed. UNB, 2008.

FARIA, José E. (Org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Direito e justiça: a função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

_____. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Direito e justiça no século XX: a crise da justiça no Brasil. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL – DIREITO E JUSTIÇA NO SÉCULO XXI. 1., Coimbra, 2003. **Anais...** Coimbra: [s.n.], 2003, p. 31-39.

_____. **Justiça e conflito: os juízes em face aos novos movimentos sociais**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Positivismo x jusnaturalismo: um falso dilema. In: SOUSA JÚNIOR, José G. (Org.). **O direito achado na rua**. Brasília, DF: Ed. UNB, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

FIORI, José L. Os moedeiros falsos. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 3 jul. 1994. Folha Mais!, p. 6-7.

FURQUIM, Lílian de T. **O liberalismo abrangente de Ronald Dworkin**. 2010. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GALLARDO, Helio. Teoría crítica y derechos humanos: una lectura latinoamericana. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, San Luis Potosí, n. 4, p. 57-89, 2010.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. **Cien años de soledad**. 24. ed. Buenos Aires: Debolsillo, 2011.

GORDON, Noah. **O físico**. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert L. A. **Ensaio sobre teoria e filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010a.

_____. **O conceito de direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HERRERA FLORES, Joaquín. 16 premisas de una teoría crítica del derecho. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar. (Coord.). **Teoria crítica dos direitos humanos**: in memoriam Joaquín Herrera Flores. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: _____. (Ed.). **El vuelo de Anteo**: derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2000.

_____. **O nome do riso**. Porto Alegre: Movimento; Florianópolis: CESUSC : Bernúncia, 2007.

_____. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HESPANHA, António M. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. Tomando a história a sério: código dos homens e ordem de Deus na “era da exegese”. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE HISTÓRIA DO DIREITO, 5., Curitiba, 2011. **Anais....** Curitiba: [s.n], 2011.

HINKELAMMERT, Franz J. **El sujeto y la ley**: el retorno del sujeto reprimido. Heredia: EUNA, 2003.

_____.; MORA JIMÉNEZ, Henry M. **Hacia una economía para la vida**. São José, Costa Rica: DEI, 2005.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. **Lua Nova**, São Paulo, n. 61, p. 97-113, 2004.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**. Milão: Società Editrice Libreria, 1912.

JHERING, Rudolf V. **La dogmática jurídica**: seguida de un apéndice con las doctrinas de Jhering y Windscheid sobre el derecho subjetivo. Buenos Aires: Losada, 1946.

JOSÉ, Caio J. G. **A construção existencial dos direitos humanos**. Curitiba: CRV, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KIRALY, Cesar. **O guarda-chuva de regras: um ensaio sobre a filosofia de Herbert Hart**. São Paulo: Giz, 2008.

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

LUDWIG, Celso L. Filosofia e pluralismo: uma justificação filosófica transmoderna ou descolonial. In: WOLKMER, Antonio C.; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone F. M. **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Formas da razão: racionalidade jurídica e fundamentação do direito**. 1997. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997.

MACHADO, Antônio A. A teoria do direito e os paradigmas positivistas. In: BORGES, Paulo César Corrêa. (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. São Paulo: NETPDH : Cultura Acadêmica, 2011.

_____. Considerações sobre uma base teórica para o direito alternativo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, n. 14, p. 09-22, 2005a.

_____. **Ensino jurídico e mudança social**. Franca: Ed. UNESP-FHDSS, 2005b.

MARINONI, Luis G.; ARENHART, Sérgio C. **Prova**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MASCARO, Alysson L. **Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2002.

MAZUREK, Per. Teoria analítica do direito. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

MELO, Manuel P. C. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil. In: VIANNA, Luiz W. (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ : FAPERJ, 2002.

MONTEIRO, Cláudia S. A teoria da argumentação jurídica de Chaïm Perelman. In: _____. **Temas de filosofia do direito: decisão, argumentação e ensino**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____.; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PESSANHA, José A. M. A teoria da argumentação ou nova retórica. In: CARVALHO, Maria Cecília M. de. (Org.). **Paradigmas filosóficos da atualidade**. Campinas: Papirus, 1989.

PRADO, Lídia R. de A. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. 5. ed. Campinas: Millenium, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Abritariedad legal y derecho supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

_____. **Filosofia do direito**. 5. ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz F.; MAZZUOLI, Valerio de O. (Org.). **Crimes da ditadura militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUES, Sandra P. M. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin**: uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

_____. **Tû-tû**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

SAMPAIO, José A. L.; ALMEIDA, Alex L. V. de. Verdade e história: por um direito fundamental à verdade. In: SOARES, Inês V. P.; KISHI, Sandra A. S. (Coord.). **Memória e verdade**: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SANCHÍS, Luis P. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

SANTOS NETO, Arnaldo B. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. In: MATOS, Andityas S. de M. C.; SANTOS NETO, Arnaldo B. (Coord.). **Contra o absoluto**: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Boaventura de S. A contrarrevolução jurídica. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 4 dez. 2009. Folha Brasil, p. 3.

_____. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. Bifurcação na justiça. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 10 jun. 2008. Folha Brasil, p. 3.

_____. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

_____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

_____. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____.; MARQUES, Maria M. L.; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro L. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 30, p. 29-62, fev. 1996.

SAVIGNY, Friedrich C. v. **Metodología jurídica**. Buenos Aires: De Palma, 1994.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. **University of Michigan Public Law Working Paper**, Michigan, n. 77, p. 1-54, fev. 2007.

SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. **The judicialization of politics in Latin America**. New York: Palgrave MacMillan, 2009.

SILVA, José A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio A. da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 101-119, jan./jun. 2007.

STRECK, Lenio L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____.; MORAIS, José L. B. de. **Ciência política e teoria do Estado**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TATE, Chester N.; VALLINDER, Torbjörn. (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

_____.; _____. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: _____.; _____. (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R. **O direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

TRINDADE, José D. de L. **História social dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Peirópolis, 2011.

VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: TATE, Chester N.; VALLINDER, Torbjörn. (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz W. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília, DF: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WARAT, Luis A. **A digna voz da majestade**: linguística e argumentação jurídica, textos didáticos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

_____. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

_____. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

_____.; PÊPE, Albano. Filosofia do direito: uma introdução crítica. In: _____. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília, DF: Ed. UNB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 2.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WOLKMER, Antonio C. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.