

assinalado, os transfere como quer para a conta-corrente do ente político destinatário, exercendo uma indevida homologação do pagamento, substituindo ilegalmente o legítimo titular dessa receita na prática desse procedimento administrativo.

Esse procedimento para repasse indireto da receita dos Estados por parte da União, por meio da Secretaria do Tesouro Nacional, agride e limita a autonomia federativa, pois os aqueles Entes Políticos detêm capacidade para receberem, diretamente, as suas participações financeiras, sem qualquer intermediação, uma vez que a legislação federal já define a participação e destinação de cada um e o pagamento direto.

As leis federais em vigor, que regulamentam o art. 20, § 1º. da Constituição Federal, são normas gerais, de feição nacional, que estabelecem as regras básicas para o cálculo, o percentual de distribuição e a forma de pagamento dos *royalties* aos Estados, ao DF e aos Municípios.

Portanto, existem os fundamentos materiais e jurídicos necessários à manutenção do equilíbrio federativo, pois já estão previstas, no âmbito da legislação constitucional e infraconstitucional, a participação e a destinação da compensação financeira às mencionadas entidades beneficiárias.

Conclui-se, então, que a legislação federal em vigor reforça a competência dos Estados-membros para editarem leis que determinem a fiscalização do cálculo e do pagamento e autorizem a cobrança extrajudicial e judicial de suas receitas originárias, diretamente, junto ao concessionário, na medida em que há comando normativo estabelecendo os requisitos materiais para cálculo da parcela cabível a cada entidade, evitando possível conflito federativo.

“PODE O BISPO ANDAR EM “L”? QUANDO OS PRINCÍPIOS SÃO APLICADOS SEM REGRAS.”

Thiago Cardoso Araújo*

I - Uma introdução antes da introdução

O presente trabalho, parafraseando importante obra apreciada pelos partidários de um Judiciário mais atuante¹, escorado em postulados pós-positivistas, pretende ser um ataque ao pós-positivismo².

Entretanto, não se fará aqui mero “nihilismo jurídico”; ao revés, lançando-se luzes sobre as insuficiências epistemológicas da incorporação deste paradigma, empreende-se esforço dialético, para que não se jogue fora a água do banho junto com a criança.

Em suma: mais que uma crítica às contribuições teóricas do pós-positivismo, e ao denominado neoconstitucionalismo³, o que se deseja é rechaçar sua incorporação sem método, que possibilita decisões judiciais potencialmente violadoras do desenho constitucional, em nome da defesa da própria Constituição. Se a grande luta do movimento constitucionalista brasileiro construído a partir da promulgação da Constituição-cidadã envolvia a questão de sua efetivação, talvez um neoconstitucionalismo sem método seja apenas o “mal do qual pretende ser a cura”⁴.

Enfim, combate-se aqui não o remédio mas sim sua posologia.

Assim, partindo do sentimento de desconforto e incerteza ocasionado por uma conjuntura na qual sentenças proferidas em casos envolvendo disputas entre vizinhos se baseiam tão somente na dignidade da pessoa humana, tido como princípio norteador do ordenamento jurídico para resolver o conflito – e pronto, seguindo-se o “Publique-se. Registre-se. Intimem-se”, são cada vez mais frequentes, faz-se contraponto necessário. Apenas como ilustração, cita-se textualmente trecho do acórdão em questão:

“(…)”

A reiterada conduta do réu, ora apelante, negando o conserto de suas instalações elétricas, apesar do laudo prévio, viola a *dignidade humana*, ultrapassando o limite do *razoável*.⁵ (grifos nossos)

Diante desse quadro, deveria essa “crescente tendência à principalização dos julgados”⁶ ser tomada como “intrinsecamente boa”⁷, ou, ao revés, não seria possível partilhar do tom de Humberto Ávila, abaixo citado?

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro. O trabalho foi apresentado no XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado.

¹ O assunto, dada a ascensão do Judiciário, foge ao mundo jurídico e chega a ocupar as páginas das atualidades. Apenas como exemplo, tem-se recente matéria da revista VEJA tecendo loas à tendência: “Ativismo do Supremo muda o cotidiano do país.” (Edição 2075, de 27 de agosto de 2008, p. 60)

² Sim, a obra referida é *Taking Rights seriously*. O autor é Robert Dworkin. E a passagem é “general attack on positivism”. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³ Mais adiante, será discutido se os termos são coincidentes ou não.

⁴ Mais uma paráfrase. A autoria é de Otto Rank, comentando a psicanálise freudiana.

⁵ Apelação Cível 2006.001.10012, 8ª. Câmara Cível, Rel. Des. Letícia Sardas, D.O. 22/06/06, pp. 36/37. Credita-se a ciência do acórdão a Fernando Ângelo Ribeiro Leal.

⁶ LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. *Decidindo com normas vagas: Estado de Direito, Coerência e Pragmatismo por uma teoria da decisão argumentativa e institucionalmente adequada*. Dissertação de mestrado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, p. 41.

⁷ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*, in *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3.

“É até mesmo plausível afirmar que, a doutrina constitucional vive hoje a euforia do que se convencionou chamar de ‘Estado Princiológico’. (...) a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico. (...) Os princípios são reverenciados como ‘bases ou pilares’ do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los”⁸. (grifo nosso)

Talvez tenha se atingido o ponto de inflexão em que seja necessário começar a se analisar o fenômeno com olhos não tão bondosos, indicando suas fraquezas e erros. E já que o âmago da crítica formulada se refere à utilização de instrumentos teóricos (que chamaremos, num esforço de simplificação, de “arsenal pós-positivista”) pelo Judiciário, faz-se uma explicação sobre a forma e conteúdo.

Como conteúdo, parte-se da apresentação de decisão judicial fruto da chamada “constitucionalização do direito” para assim, avançarmos sobre o estado de coisas que permitiu sua elaboração.

Seguindo o exemplo de Carlo Ginzburg⁹, faz-se aqui tentativa de, a partir de uma redução de escala, extrair indícios de uma tendência muito mais ampla. Em suma: do particular para o universal.

Como forma, vale-se aqui do disposto no art. 458, do Código Penal Civil¹⁰, que indica a necessidade da presença de relatório, fundamentação e dispositivo.

Do relatório, que é a exposição do nosso caso, na fundamentação serão apresentadas as razões que possibilitaram tal decisão, bem como a reação da Fazenda Pública a esta expansão judiciária, em especial, no tocante à implementação de políticas públicas, para que, ao fim, seja possível indicar-se uma solução plausível.

Passemos, então, ao relatório.

II - Introdução: o relatório

Trata-se¹¹ de ação cujo objeto versa sobre situação, no mínimo, triste, e, infelizmente, também recorrente.

O Município X, por meio de provocação regular, conferiu o *habite-se*, após análise de seu órgão técnico a determinado empreendimento imobiliário. Desgraçadamente, anos após a instalação de moradores, o prédio passou a apresentar defeitos estruturais.

Tal fato, além de colocar em risco a vida de seus habitantes, implicou a interdição do prédio pela defesa civil.

⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 15-16.

⁹ O autor é um dos maiores expoentes do movimento denominado microhistória, fazendo frente à influência, até então, hegemônica, da Escola de Annales. GINZBURG, Carlo, O Queijo e os Vermes. São Paulo: Cia. Das Letras, 1995.

¹⁰ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que contera os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

¹¹ Se a idéia é adotar o tom típico das decisões judiciais, nada mais coerente que começar a seção com as clássicas expressões “trata-se/cuida-se”.

Inconformados¹², alguns dos novéis “sem-teto” ajuizaram ação pleiteando indenização do Município, com pagamento de uma importância mensal até o término das obras necessárias à reestruturação das unidades condominiais.

Para amparar o seu direito, fazem os autores menção explícita ao art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988¹³ e reforçam sua pretensão no seguinte trecho, de alta carga dramática:

“(...) expondo a perigo direitos fundamentais da pessoa, em especial o direito à vida, à segurança e à propriedade. (...) Neste diapasão, fundamentamos a pretensão no Título II, da Constituição Federal – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em especial no artigo 5º caput.”¹⁴

Da leitura atenta da petição inicial, e, a se levar a sério o comando contido no art. 128, do Código Penal Civil¹⁵, nada obstante o teor predominantemente retórico do excerpto acima, versava o presente caso sobre uma ação de responsabilidade civil do Estado. Embora não fique claro se o dano adveio da falta de fiscalização ou da concessão precipitada do *habite-se*, o fato é que era possível nutrir legítimas expectativas acerca do teor da decisão, no sentido de afastar ou não a alegada responsabilidade.

Não obstante, algo diferente sucedeu.

Em decisão interlocutória que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, não há maiores considerações sobre culpa, nexo de causalidade ou quaisquer outros elementos pertinentes a qualquer análise própria de responsabilidade civil¹⁶.

Na realidade, a passagem seguinte demonstra que o tema não foi tomado como relevante na elaboração da decisão. Cita-se:

“(...) não é com base na responsabilidade do município pela falta de solidez da construção que se há de impor obrigação a ele. Se teve ou não responsabilidade, para a presente decisão é secundário e será investigado ao longo da tramitação do processo.”

Se o caminho da responsabilidade civil não foi trilhado, qual foi a via escolhida pelo Judiciário?

¹² De novo, o jargão peculiar dos provimentos jurisdicionais.

¹³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹⁴ Extraído dos autos do processo nº 2004.042.008381-5, tramitando na 4ª. Vara Cível da Comarca de Petrópolis/RJ.

¹⁵ Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

¹⁶ Até porque, se assim se desse, dificilmente haveria condenação, ou no mínimo, ter-se-ia necessidade de litisconsórcio passivo necessário, ingressando na lide a responsável direta pela obra. De toda sorte, dada a miríade de concausas, nem que fosse para afastar sua aplicação, é válida a crítica sobre a ausência de qualquer consideração sobre causalidade adequada. Para mais detalhes, ver TEPEDINO, Gustavo, Notas sobre o nexo de causalidade, in Temas de Direito Civil, Tomo II, Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

No caso, houve por bem o magistrado carregar a mochila da “justiça social” nas costas e, ultrapassando o marco inicial da ponderação dos interesses¹⁷, fazer breve parada no que seria o lugar do Judiciário:

“Afinal, há sempre uma velada intenção de dividir ou repassar os ônus políticos dessa medida ao judiciário, senão provocando, ao menos, como é o presente caso, permitindo que as questões aqui cheguem por sua inércia. O judiciário, por sua vez, não costuma fazer ouvidos moucos aos clamores dos cidadãos.”

E, ao fim, chega ao seu destino, invocando o “princípio da razoabilidade e da isonomia material”, condenando o Município, que deve “prover assistência aos desabrigados, dando-lhes abrigo condigno ou munindo-lhes de meios de ter esse abrigo” a efetivamente abrigar os moradores, ou, alternativamente, pagar aos autores auxílio-moradia em valor mensal pouco superior a um salário mínimo, por um período de dezoito meses ou até o final das obras.

Em síntese, em esparsa fundamentação, (i) afastou-se da decisão qualquer manifestação acerca do dispositivo citado como causa de pedir; (ii) fez-se menção à técnica de ponderação de interesses; (iii) foram citados uns poucos princípios constitucionais, e; (iv) chegou-se a conclusão de um dever estatal que não estava expressamente estatuído na Carta Magna ou em qualquer outra lei, sem que fossem abordados temas como: separação dos poderes, ingerência no orçamento, conformação política para determinação de políticas públicas, etc.

Ao contrário: em casos assim, entendeu-se que o Judiciário deve suprir a inércia dos outros Poderes, sem maiores restrições. Possivelmente, uma decisão que faria o juiz de Montesquieu, conhecido pela reverência à lei, ficar estupefato.

Assim, partindo da constatação que decisões judiciais com o mesmo viés são cada vez mais comuns, interessa descortinar a como chegamos até aqui. Para isso, afasta-se um pouco do triste caso do Município X e avança-se na forma. É chegado o momento da fundamentação: partiremos da falência do modelo anterior - o positivismo.

III - Fundamentação

1. Decadência do positivismo¹⁸

Em uma expressão: *reductio ad Hitlerum*¹⁹. O início e o fim de todas as teses críticas. A suposta indiferença impingida ao positivismo permitia que um direito formado por leis francamente injustas, ofensivas a qualquer senso mínimo de moralidade. Era esse o resultado final da tese da separação entre moral e direito, o postulado necessário de qualquer teoria jurídica que se pretenda positivista²⁰.

¹⁷ “Neste caso, caberia ao magistrado, pela ponderação dos interesses em conflito, decidir quem arcaria com ela [a antecipação dos efeitos da tutela: nota do Autor].”

¹⁸ O título da seção é inspirado na obra de Oswald Spengler: “Decadência do Ocidente”.

¹⁹ Dá-se o crédito da expressão a Norberto Bobbio, ao fazer a separação dos *errori* (erros) e *orrori* (horrores) do modelo. Sobre o *Shoah*, apenas uma estatística, ligada aos números do genocídio. O percentual refere-se à população judia exterminada: Áustria: 50.000 – 27%; França: 77.230 – 22%; Alemanha: 134.500-141.500 – 25%; Hungria: 550.000-569.000 – 68%; Holanda: 100.000 – 71%; Polônia: 2,9 milhões-3 milhões – 90%; União Soviética: 1 milhão-1,1 milhão – 35% (ver *Encyclopedia of the Holocaust*, *apud* site do Yad Vashem [www.yadvashem.org/about-holocaust/faqs/answers/faq-4.html]. E apenas um nome: Zyklon B. O resto fala por si só.

²⁰ Ou, daquelas cujos críticos pretendam que sejam positivistas.

Mas se este é o tiro de misericórdia, o positivismo foi fuzilado por outros lados. De início, questionou-se a real completude e coerência do ordenamento. Será que este informaria ao aplicador a resposta correta ao caso concreto? Sempre? E se os critérios de antinomias não afastassem todas as regras inconciliáveis? E quando não houvesse regra a ser aplicada?

Sem embargo, esse não foi o único alicerce vulnerado. E se realmente não houvesse uma regra a ser aplicada? Seria livre o juiz para decidir conforme suas convicções²¹? Haveria alguma espécie de controle?

E no meio de todos estes questionamentos, a conjuntura fática não pode ser ignorada. Como o positivismo poderia dar conta dos impasses gerados pela criação de Constituições compromissórias²²? Aplicar mecanicamente normas com conceitos indeterminados? Aplicar normas contraditórias? Caía por terra a crença na subsunção mecânica do direito.

E, se isso não fosse bastante, sem que se apelasse a exemplos extremos, poderia o Direito ficar refém de resultados completamente injustos, que violentam o senso de humanidade do intérprete²³? A segurança jurídica deveria sempre se sobrepor à justiça?

Não seria a ânsia de previsibilidade e certeza uma forma de “querer o direito”²⁴, uma vontade de influir sobre a realidade? A aparente neutralidade não trairia um desejo de conservação, de manutenção do *status quo*²⁵?

Em síntese cabal, esposando as teses acima expostas, tem-se a lição de João Maurício Adeodato:

*“Filosoficamente, podemos dizer que o positivismo jurídico caracteriza-se por aceitar que o direito resulta de um ato de poder competente, podendo assumir qualquer conteúdo. Ele é auto-suficiente, é procedimental, é de certo modo irracional quanto ao conteúdo, na medida em que recusa um paradigma externo que configuraria a possibilidade de uma ética ‘necessária’”.*²⁶

Considerado como uma teoria falha, um paradigma insuficiente para explicar a realidade e denunciado ideologicamente. Aparentemente sobrava muito pouco para o positivismo.

²¹ Desde que preso na moldura dada pela letra da lei. O elemento literal era um limite que não podia ser transposto, conforme a visão kelsiana.

²² Cartas que albergam em seu interior conflitos decorrentes das diferentes visões de mundo dos setores que, a partir de um consenso, criaram a nova ordem jurídica.

²³ Apresenta-se uma visão esquemática das aqui denominadas “aporias positivistas”. Para os principais expoentes do positivismo, abre-se espaço para a não aplicação – ressalvando que isso não seria um problema do Direito.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios “in”. Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. Coord. George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 324.

²⁵ Sobre positivismo como ideologia, ver BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico – lições de filosofia o direito. São Paulo: Ícone Editora, 1999, pp 223 e seguintes.

²⁶ ADEODATO, João Maurício, Ética, Junsnaturalismo e Positivismo no direito, *apud* CUNHA, José Ricardo. Direito, Ética e Complexidade: apontamentos numa perspectiva pós-positivista “in” *Questio Iuris*: Revista da Pós-Graduação em direito da UERJ n.º 1, dezembro 2004, p. 67.

Nessa situação, foi o paradigma sendo assolado pelos ataques da chamada “teoria crítica do direito”²⁷, que partindo de uma visão do direito enquanto ideologia acabava por lançá-lo a um lugar de menor relevância, num “estado de impossibilidade de operacionalizar qualquer transformação social”²⁸. Rechaçava também esta teoria, ou melhor, teorias, dada a disparidade de enfoques²⁹, a crença de que a justiça se esgotava na lei. O jurista devia buscar o direito onde quer que ele exista³⁰.

Porém, embora tenham colocado questões primordiais quanto ao modo de se entender o direito, não poderiam, nem tinham a pretensão de servir como doutrina.

Neste vácuo paradigmático, o que pôr no lugar do positivismo jurídico?

2. Pós-positivismo?

Se a banalidade do mal imposta ao mundo pelo nazismo conseguiu cunhar uma “espécie de ‘religião acadêmica’ – o antipositivismo”³¹, isso não tirou o operador de direito de seu estado de perplexidade.

De consensual, somente a pulsão de se dar as costas ao positivismo, a necessidade de unir novamente a Moral ao Direito e a superação de um modelo de interpretação e aplicação das normas jurídicas obsoleto, pelo qual não havia qualquer exercício criativo.

E é justamente desse “ideário difuso”³² que surge, em um mundo aparentemente “pós-tudo”³³, sob a roupagem de uma “denominação provisória e genérica”³⁴, o pós-positivismo³⁵, que, a despeito de seu nome, não representa uma “superação do conhecimento convencional”, numa seleção evolutiva, incorporando instrumental teórico do positivismo, mas “reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade”³⁶ no ordenamento jurídico.

²⁷De modo mais detalhado, BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003., pp. 277 e seguintes.

²⁸SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem constitucional no Momento do e o constitucionalismo*, in *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e Aplicações Específicas*, coord: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23.

²⁹Ainda que se possa apontar como traço comum diferentes matizes marxistas, ao menos no modo de explicar a realidade.

³⁰Sendo “O direito achado na rua”, programa desenvolvido na UnB, sob a coordenação de Roberto Lyra Filho, um dos principais expoentes dessa postura.

³¹CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, apud OLIVEIRA, Fábio Souza Corrêa de, *op. cit.*, p.4. Verifica-se aí até mesmo uma tendência à apresentação de um positivismo de cores extremas, nunca defendido realmente. Alberto Figueroa, notando esta tendência, chega a denunciá-la nos seguintes termos: “A desvalorização e satanização da concepção positivista do direito tem lugar, respectivamente, mediante a imputação de uma concepção muito estreita do direito, (...), associada necessariamente a uma visão totalitarista ou utilitarista da ação estatal. (Tradução e grifo nosso)”. FIGUEROA, Alfonso, *Princípios y positivismo jurídico: el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 81

³²BARCELLOS, Ana Paula de, e BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*(2005) 278.

³³BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*(2003), p. 304

³⁴BARCELLOS, Ana Paula de, e BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*(2005), p. 278

³⁵No Brasil, credita-se o termo às lições de Paulo Bonavides (cf. BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*. 11ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.8). Na Espanha, a expressão “no positivismo principalista” é utilizado por FIGUEROA, Alfonso García, *op. cit.*, p. 27.

³⁶BARCELLOS, Ana Paula de, e BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.* (2005)278.

Tido como “marco filosófico do novo direito constitucional”³⁷, representa a “superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias”³⁸.

Se ainda parecem pouco nítidas as fronteiras deste “admirável mundo novo”, fato é que já há um solo firme a ser explorado, como bem ilustra a seguinte passagem:

*“No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.”*³⁹

E o que seria o neoconstitucionalismo?

3. Neoconstitucionalismo?

Em análise insuperável em didática, Luís Roberto Barroso define o novo direito constitucional nos seguintes termos:

*“Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.”*⁴⁰

É bem verdade que há certa confusão entre os termos pós-positivismo e neoconstitucionalismo, ora tomados como sinônimos, ora expressando conceitos dependentes, mas que não se confundem⁴¹.

³⁷BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, in *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e Aplicações Específicas*, coord: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 207.

³⁸Idem, p. 207

³⁹Ibidem, p. 208

⁴⁰Ibidem, p. 216

⁴¹Capitaneando a última posição, tem-se Luís Roberto Barroso, que, como se vê em trecho supracitado, defende ser o pós-positivismo mais amplo que o neoconstitucionalismo, servindo-lhe de marco filosófico.

Antonio Cavalcanti Maia parece alocar a diferença entre os conceitos apenas em seu passaporte. Cita-se:

“Essa nova configuração teórica, em gestação nas últimas duas décadas, tem sido caracterizada no Brasil como pós-positivismo. Tal nomenclatura tem circulado amplamente entre nossos constitucionalistas, embora muitas vezes não atentem às conseqüências jusfilosóficas desta tomada de posição, posto que ela implica um rompimento com os paradigmas tradicionais do pensamento jurídico. Já na doutrina continental européia, em especial no âmbito de um crescente debate envolvendo o mundo hispano falante e italiano, essas transformações no campo do direito acarretam a necessidade do desenvolvimento de um sistema de categorias identificatórias da nova realidade observada nos ordenamentos jurídicos contemporâneos dado o fenômeno da principalização dos sistemas jurídicos e da correlata constitucionalização do direito. Esse novo paradigma, como já destacado, tem sido chamado de “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos”.”⁴²

De um modo diverso, Fernando Leal faz a seguinte leitura da relação entre os termos:

“O neoconstitucionalismo rejeita o positivismo jurídico – pelo menos em sua versão formalista – como aporte jusfilosófico. É nesse sentido que se estabelece uma ligação conceitual entre o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo. A inclusão de conteúdos morais no coração das Constituições contemporâneas, expressados em idéias como as de tutela da dignidade humana, liberdade, família e tantos outros, além de impor testes morais diversos de validade de normas infraconstitucionais, permitiu que os juízes pudessem recorrer a padrões diferentes para solucionar problemas jurídicos. A perspectiva positivista oitocentista, forjada em torno de dogmas como os da estabilidade e da legalidade estrita, não era capaz de lidar com os novos problemas gerados pelas alterações político-institucionais do pós-guerra. Não era mais possível conceber o direito sem algum grau de vinculação com a moral e tampouco crer ainda que somente as regras poderiam resolver todas as questões jurídicas. Em certos casos, constata-se, nem sempre a aplicação de uma regra incidente garante o encontro da resposta adequada.”⁴³

Por fim, Paulo Ricardo Schier chega a falar em um “neoconstitucionalismo pós-

⁴²Op. cit. pp. 249 e 250.

⁴³Op. cit. pp. 37 e 38.

⁴⁴SCHIER, Paulo Ricardo, op. cit., p. 255.

positivista”⁴⁴. Pouco importa, fato é que o constitucionalismo brasileiro abjurou o seu passado positivista⁴⁵, para compartilhar de teses que, reunidas num rótulo “neoconstitucionalista”, redundam num atual estado que pode ser assim caracterizado:

“Mais princípios que regras, mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços extensos em favor da autonomia legislativa ou regulamentadora; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário e por último coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditórias, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um pequeno grupo de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas.”⁴⁶

E se, como visto, o neoconstitucionalismo é um fenômeno mundial⁴⁷, não é difícil contextualizá-lo ao cenário brasileiro.

Toma-se como premissa uma acaciana constatação sociológica: os processos sociais são imbricados em seus múltiplos aspectos, servindo a segmentação (em aspectos históricos, sociais, econômicos, etc.) apenas para possibilitar a análise especializada.

Daí, que o processo de promulgação da Constituição de 1988, a Constituição cidadã, trouxe, como semente e como seu catalisador, a construção⁴⁸ de uma cultura constitucional, criando a crença na força normativa da Constituição, dignificando o papel do Supremo Tribunal Federal e possibilitando o papel transformador da Constituição na realidade social, possibilitada por novos instrumentos teóricos.

E depois de criada a Sua obra⁴⁹, os constitucionalistas viram que tudo era muito bom. O problema é que as obras humanas, bem como seus criadores, não pertencem a um universo maniqueísta.

Se a crítica acabou “sepultando” o positivismo, a abordagem do neoconstitucionalismo é bem outra.

Por sua alta carga simbólica, reproduz-se passagem que ilustra bem essa postura (e que poderia ser acompanhada da obra de Strauss, *Also Sprach Zarathustra*):

*“Após a escuridão de um longo período, a luz se acende!
Veio mostrar a clareza, apontar os caminhos, evitar os choques,
permitir o início de um novo momento em que podemos olhar o
que outrora estava escondido nas sombras de um quarto fechado.*

(...)

Após o assentamento da poeira de um longo período de

⁴⁵Essa abjuração deve ser tomada *cum granis salis*. É bem verdade que alguns autores reconhecem que grande parte do progresso da doutrina brasileira da efetividade se deu a partir do instrumental teórico do positivismo.

⁴⁶SANCHÍS, Luis Prieto, *apud* MAIA, Antônio Cavalcanti. As Transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do Neoconstitucionalismo, in Revista de Direito do Estado nº 5, Renovar: janeiro/março 2007, p. 249.

⁴⁷A afirmação é controversa. Defendendo hipótese contrária, ver DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico – introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo político-jurídico. São Paulo: Método, 2006.

⁴⁸Ou melhor, o início da construção.

⁴⁹A reverência aqui não se confunde com mero erro de digitação

tempo das secas, a chuva cai! Veio limpar o ambiente, evitar as quedas, permitir o início de um novo momento em que também podemos olhar o que outrora estava escondido sob a sujeira do piso já envelhecido.

(...)

Viveu-se no Direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico.

(...)

Precisou o neoconstitucionalismo trazer a luz e as águas reparadoras ao mundo do Direito. Agora, fala-se do pós-positivismo, da inevitável intervenção da moral na solução dos casos difíceis, da técnica da ponderação na aplicação do direito, no ingresso dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica, reconhece-se certa liberdade interpretativa criativa aos magistrados, a intervenção de sua esfera de pré-compreensão no processo decisório, a união linguística entre sujeito e objeto e, dentre outras conquistas, a afirmação da especial normatividade dos princípios.”⁵⁰

Contudo, não traria o “monolito negro” do neoconstitucionalismo algumas mazelas?

4. O fim do início

Nada obstante o tom grandiloquente e ufanista por meio do qual os avanços pós-positivistas vêm sendo proclamados, não é ele alto o suficiente para fazer com que as críticas lançadas deixem de ser ouvidas.

Aqui e ali, vislumbra-se dúvidas quanto a uma possível tensão com a democracia, uma certa vulneração do Estado de Direito, entre outras causas de preocupação.

Por ora, são deixadas de lado estas questões, que são mais caras à produção da teoria, do “arsenal pós-positivista” mencionado na introdução desse trabalho, e volta-se a atenção para a sua recepção pelos seus leitores privilegiados: os magistrados⁵¹.

É bastante plausível que o tom dos autores neoconstitucionalistas, de um sabor todo wagneriano⁵² tenha, sabe-se lá por qual mecanismo subliminar, suggestionado os magistrados, porém, estes mesmos autores já se mostram preocupados com um possível excesso, proporcionado por um “fenômeno descrito pela doutrina por meio de expressos como “euforia principiológica”, “carnavalização dos princípios”, “embriaguez

⁵⁰SCHIER, *op. cit.*, p. 254.

⁵¹Eis que restou ao Poder Judiciário, reforçado institucionalmente com o aporte do novo constitucionalismo, o papel de “guardião dos direitos”. SARMENTO, Daniel, Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda, in Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 178.

⁵²Apontando para essa tendência, cita-se a pena ácida de Virgílio Afonso da Silva: “Essa ânsia por emancipação fez com que a doutrina se apegasse, literalmente, às primeiras teorias a que teve acesso, elevando-as à condição de *dogma*, sem perceber que, com isso (...) congelava a discussão, passando a impressão de que já havíamos alcançado a emancipação tão desejada, com a importação da “doutrina mais moderna”. (...) é preciso que saíamos do estado de *torpor* em que nos encontramos e do estado de deslumbramento diante daquilo que vem de fora e também diante do novo, que desde há muito não é mais novo. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico, in Interpretação Constitucional, Coord: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 141.

principiológica”, dentre outras similares⁵³.

Fenômeno esse, que nada obstante seu nome, acabou redundando numa “panconstitucionalização”, trazendo consigo uma “certa anarquia metodológica”⁵⁴. Fato é que tal tendência, na voz autorizada de Ana Paula de Barcellos:

“Passou a afastar a aplicação de regras validamente editadas pelo legislador sem muita cerimônia ou cuidado. Em muitas ocasiões o intérprete tem se sentido livre para simplesmente deixar de aplicar um dispositivo legal, não porque ele seja inconstitucional ou por se tratar de uma incidência inconstitucional do comando, mas simplesmente por assim “parecer bem” ao aplicador, à luz de sua compreensão pessoal acerca do sentido princípio. Nesse mesmo ambiente, outra prática, que não pode ser descrita como isolada, é a criação de deveres particulares não previstos de forma razoavelmente clara na Constituição ou em lei. Isto é: o juiz, com fundamento, e.g., na solidariedade social, impõe a um particular obrigações que não decorrem de forma óbvia do princípio nem de lei específica”⁵⁵.

De modo mais esquemático, a (má) recepção e utilização do “arsenal pós-positivista” pelo Judiciário pode ser criticada por dois ângulos, num superior, que diz respeito ao seu próprio papel e sua crescente ingerência no campo político, e noutro, que ancorado na ausência de método no emprego deste arsenal, acaba permitindo o decisionismo e arbítrio, tudo em nome de uma noção bastante subjetiva de “justiça social”.

No que se refere ao primeiro aspecto, fala-se em “judicialização da política”⁵⁶. Num esforço de síntese, Júlio Aurélio Vianna Lopes define da seguinte maneira o movimento:

“Ora, a ascensão dos interesses difusos desde as últimas décadas do século passado tem impulsionado os tribunais constitucionais, os quais, para equacioná-los, vêm sofrendo modificações institucionais que se chocam com o equilíbrio entre direito e política que sempre os caracterizou. Neste sentido, apontarei importantes alterações na estrutura e na jurisprudência dos tribunais constitucionais.

(...)

Fazer política, no sentido institucional que a mesma assumiu na modernidade, implica articulação de alianças entre forças políticas, construção de relações imediatas entre o Executivo e o Legislativo, propaganda ideológica e exercício de mandatos, como atos que se praticam sem qualquer determinação prévia e jurídica. Isso muda à medida que o direito vem se imiscuindo de modo decisivo na prática dos chamados atos políticos, convertendo-os em cumprimento de deveres jurídicos públicos

⁵³BARCELLOS, Ana Paula de. O direito Constitucional em 2006, in Revista de Direito do Estado nº 5, Renovar: janeiro/março 2007, pp. 4.e 5.

⁵⁴SARMENTO, *op. cit.* pp. 169-170

⁵⁵BARCELLOS, *op. cit.* (2007) p. 5.

⁵⁶A expressão tomou vulto no Brasil a partir da obra de Luiz Werneck Vianna. VIANNA, Luiz Werneck, A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁵⁷LOPES, Júlio Aurélio Vianna. A Invasão do direito: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, pp.46-55

*impostos à "classe política"*⁵⁷.

E, talvez incorporando isso inconscientemente, percebe-se tal tendência na decisão judicial abordada na introdução, eis que o "judiciário não faz ouvidos moucos aos clamores dos cidadãos".

Todavia, essa é uma questão que diz respeito ao papel do Direito numa sociedade dita pós-moderna. Nada obstante sua importância, o foco aqui é deslocado para qual o Direito é feito. Qual o método utilizado? Ou melhor, qual método, critica-se, não é utilizado?

Não seria a invocação de princípios, de conteúdo imensamente abstratos, a caixa de Pandora a enfraquecer todas as "conquistas civilizatórias do pós-positivismo"?

Mais uma vez, afirma-se que não se pretende lançar aqui um ataque iconoclastico às recentes contribuições teóricas do neoconstitucionalismo, por mera repulsa à novidade. Critica-se a má-utilização de seu crescente legado por parte de alguns magistrados. Não é porque algumas pessoas se queimaram que o fogo perde a utilidade e deva ser proibido. A questão é de correção no uso, e não de abandono da idéia.

Além da má-utilização, percebe-se ao lado disso, como já ressaltado, um abuso, um vertiginoso incremento de seu emprego. Impugna-se a expansão ilimitada da invocação de princípios constitucionais e da técnica de ponderação. A doutrina alemã chega até mesmo em falar em "superexpansão" (*Oberdehnung*)⁵⁸, nesse sentido, o que acabaria desembocando no arbítrio e a inerente insegurança trazida pelo decisionismo e irracionalidade.

Ressalva-se que a discussão acerca de subjetivismo presente nas decisões judiciais não é recente, não constituindo qualquer novidade até mesmo para positivistas analíticos do quilate de Hans Kelsen, ao refutar o mito do juiz neutro e passivo, que aplica mecanicamente a lei⁵⁹.

Mas isso não refuta as objeções metodológicas apresentadas. Robert Alexy observa a pertinência destas ao constatar que "o procedimento da ponderação não conduz, em cada caso, a um único resultado"⁶⁰. Todavia, isto não equivale a dizer que todo o mecanismo é irracional, não podendo ser controlado.

Quais são as soluções oferecidas, então?

Ou melhor, antes de se dar resposta a essa pergunta, como a Fazenda Pública, em especial na tentativa de circunscrever o político à instância política, tem atuado em situação nas quais regras são olvidadas e princípios são invocados para a criação de deveres estatais?

5. Os argumentos da Fazenda Pública no pós-positivista: breve inventário

Neste tópico, são deixados de lado os acórdãos versando sobre questões envolvendo instalações elétricas em condomínios e outras contendas envolvendo vizinhos.

Se são cada vez mais freqüentes decisões, que (i) invocando princípios constitucionais, (ii) condenam os Entes Federativos a cumprir determinados deveres

que (iii) não estão diretamente estatuídos na Constituição ou outras leis, resta saber: (iv) quais são os argumentos aduzidos pela Fazenda Pública para afastar este "incremento de funções criadas judicialmente", e (v) sua efetividade no âmbito dos tribunais.

Desta forma, serão sucintamente apresentados algumas das razões mais comuns apresentadas pelos entes federativos e julgados que ilustrem sua recepção, ou a sua ausência. O foco será deslocado, basicamente, para a questão de implementação de políticas públicas, "palco" por excelência dessa disputa.

Isso porque, tradicionalmente, seja com arrimo na vetusta classificação de normas não auto-executáveis, passando pela construção do espaço de conformação do legislador⁶¹, oriundo da recepção da teoria da Constituição dirigente, haveria aí uma presunção acerca da "inexistência de dever direto e imediato" dos entes. Todavia, pelos motivos expostos nos itens acima, o mundo girou e a Fazenda tem sido compelida a agir, *per fas et nefas*⁶².

Iniciando pelos temas mais clássicos, e com inclinação meramente esquemática e exemplificativa, tem-se que, outrora sustentava a Fazenda Pública e, pasme-se, acolhia o Judiciário a impossibilidade deste Poder decidir sobre o desenvolvimento das políticas públicas. Era o respeito ao mérito administrativo, aos juízos de conveniência e oportunidade. Atualmente, no entanto, o quadro é outro: todos à obra, ao Executivo é imposto a realização de políticas públicas⁶³, sejam referentes à saúde, à educação ou ao saneamento básico:

"Mandado De Segurança. Direito Constitucional. Duplo Grau Obrigatório De Jurisdição. Fornecimento Gratuito De Medicamentos. (...)

É inquestionável a obrigação dos entes políticos quanto ao implemento de políticas públicas de saúde, inclusive mediante fornecimento gratuito de medicamentos aos hipossuficientes, determinando o Poder Judiciário o cumprimento de tais obrigações. Dispositivo constitucional de caráter mandamental.

(2007.009.00801 - Duplo Grau Obrigatório de Juris, Des. Mario Assis Gonçalves - Julgamento: 3 de julho de 2007 - Sexta Câmara Cível)

"Administração Municipal. Saneamento Básico. Moradia. Saúde. 1- Resultado dos direitos sociais à moradia e saúde, constitucionalmente assegurados, o saneamento básico afigura-se obrigação inerente da administração municipal. 2- Nesse aspecto, a ausência de qualquer saneamento básico local revela a omissão da administração municipal, caracteriza a afronta

⁶¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª. ed. Coimbra: Livraria Almedina.

⁶² Apenas para ficar em dois exemplos, a cominação de multas diárias altíssimas, em especial aplicadas a Municípios cujos orçamentos são compostos quase que exclusivamente de repasses da União e a prisão de secretários de Estado não são meros arroubos de imaginação, constituindo sequer uma novidade.

⁶³ Assim definidas como "a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. A definição é de Maria Paula Dallari Bucci *apud* BARCELLOS, Ana Paula de, *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*, in *Revista de Direito do Estado* nº 3, Renovar: julho/setembro 2006, p. 18

⁵⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade, "in" *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. Coord. George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 251.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 147.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Apud* STEINMETZ, Wilson Antonio. STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 203.

ao seu dever inerente e ofensa aos direitos sociais à moradia e saúde da população e enseja o acolhimento do pedido para a realização das respectivas obras.”

2006.009.01965 - Duplo Grau Obrigatorio de Juris. Des. Milton Fernandes De Souza - Julgamento: 31, de outubro de 2006 - Quinta Camara Cível

Se a cidadela do mérito administrativo, antes inexpugnável, é sitiada, os que “combatem” em nome da Fazenda Pública buscam novas estratégias de defesa. Fala-se então, do orçamento público. Não há saída. Num mundo material, os desejos são infinitos e os recursos escassos.

Dáí, que toda atuação estatal consistente na prática de atos materiais gera despesas e, por conseguinte, decorre da alocação de recursos oriundos da receita do ente público. Não pode haver dúvidas: todo direito – notadamente os de cunho prestacional, têm um custo, sabendo-se sempre que os “direitos não nascem em árvores”⁶⁴. Seguindo, seria lícito alegar-se que, diante do regime orçamentário, há um limite claro para o controle jurisdicional da atuação da Administração Pública. Entretanto, parece que a força do argumento não costuma sensibilizar o Judiciário:

“Inconformado o município apela, aduzindo não se tratar de medicamento, apontando comprometimento de orçamento, Sentença que se mantém. O direito à saúde é corolário do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, art.1º, III da Constituição Federal. Assim, mesmo que não se trate de medicamento que cuide diretamente de doença, é incontroverso que a sua utilização resulta em melhora de seu quadro de saúde, pois ameniza o seu sofrimento e de seus familiares, assegurando - lhe uma convivência pacífica com a moléstia, o que nos leva para o campo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

(Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro 2007.001.10890 - Apelação Cível, Rel. Des. Ronaldo Rocha Passos - julgamento: 18, de junho de 2007 - Terceira Câmara Cível)

EMENTA: *Apelação Cível. Estatuto da Criança e do Adolescente. Tratamento Médico.*

(...)

O fornecimento de tratamento médico à criança independe de previsão orçamentária, tendo em vista que a Constituição Federal, ao assentar, de forma cogente, que os direitos das crianças e adolescentes devem ser tratados com prioridade, afasta a alegação de carência de recursos financeiros como justificativa para a omissão do Poder Público.

(...)

⁶⁴A expressão é de Flavio Galdino, que, em instigante obra, parte de uma “desconstrução” da dicotomia entre direitos negativos e positivos, vislumbrando a necessidade de incorporação da questão dos custos dos direitos, a fim de superação das concepções tradicionais. GALDINO, Flavio, Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005.

O princípio da dignidade humana e a garantia de atendimento prioritário às crianças e adolescentes, além do exame da prova dos autos, conduz ao pronto atendimento do pedido inicial.”

(Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul Apelação Cível nº 70019478445, Des. Relator Cláudir Fidelis Faccenda, j. 14, de junho de 2007)

Apelação Cível. Portadora de Enfermidade Artrite Reumatóide, Necessitando do Fornecimento do Passe Livre para Transporte (...)

Alegada Ausência de Previsão no Orçamento, não Pode Impedir a Concretização de Direito à Saúde, à Vida e à Dignidade da Pessoa Humana.

(...)

(2006.001.68681 - Apelacao Cível Des. Luis Felipe Salomao - Julgamento: 24, de abril de 2007 - Decima Oitava Camara Cível)

E aproveitando o tom próprio das contestações apresentadas, melhor sorte não assiste à invocação da separação dos Poderes, lastro original do constitucionalismo histórico, viabilizadora da contenção no exercício do poder desmedido. O argumento não consegue vencer a força de uma versão quase caricata de um novel constitucionalismo, que permite que, em nome dos princípios, tudo pode ser decidido:

“EMENTA: *Constitucional, Administrativo e Proces-Sual Civil. Direito à Saúde. Fornecimento de Medica-Mentos. Saúde Pública. Verbas. Destinação. Inter-Ferência. Separação de Poderes. O exame de determinados atos públicos pelo Poder Judiciário, seguido de ordem compatível, não malfere o princípio constitucional da separação dos poderes. Disposições Orçamentárias. Não são afrontados os arts. 37, 165, 167 e 169 da Constituição Federal, nem há qualquer limitação do Poder Executivo pelo Poder Judiciário vedada pelo art. 2º, na expedição de ordem de fornecimento de medicamento. Atendimento ao art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal. Direito Social. Integra a dignidade da pessoa humana e foi regulamentado no País. Hipótese de Negativa de Seguimento da Apelação.”*

(Apelação Cível Nº 70020100822, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 29, de junho de 2007)

“EMENTA: *Agravo de Instrumento. Eca. Ensino Infantil. Bloqueio de Valores. Cabimento.*

(...)

Direito, Política, separação de Poderes e indisponibilidade orçamentária. A falta de previsão orçamentária do Estado para fazer frente às despesas com obrigações relativas à educação pública revela o descaso para com os administrandos e a ordem constitucional, e que não afasta ou fere a independência dos Poderes”

(Agravo de Instrumento Nº 70019294685, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 18, de abril de 2007)

E como último bastião de resistência, a reserva do possível.

Se é certo que a administração pública pode ser encarada, repisa-se, como a gestão de meios escassos para atender a necessidades ilimitadas, haverá sempre escolhas, opções por onde aplicar a receita proveniente dos tributos. Muitas vezes, trágicas⁶⁵.

Portanto, o Administrador Público, nunca poderá se furtar de escolher em qual necessidade social investirá os dinheiros públicos. Assim, nesse ambiente de escassez, uma opção da Administração significará sempre a exclusão de tantas outras.

Tais opções, dar-se-ão dentro do que a doutrina convencionou denominar reserva do possível. É dizer: os direitos fundamentais, notadamente, os de caráter positivo, devem ser implementados; mas há limites.

Não destoando do texto, Gustavo Binbenjoni assim leciona:

*“Por mais atraente que pareça advogar a igualdade de resultados como integrante do elenco de direitos humanos (...), é preciso ter presente que a sua implementação está sujeita à reserva do possível, especificamente na via da deliberação legislativa no que toca à definição das prioridades na alocação dos recursos públicos”.*⁶⁶

De certa forma, todo esse leque de argumentos poderia ser agrupado e sinalizar para certo diagnóstico. Ao que parece, decisões de tal gênero parecem sofrer de astigmatismo e miopia. Primeiro porque se valendo de uma, por muitas vezes, simplória incorporação das contribuições teóricas mais modernas, decide de maneira nebulosa, pouco crítica, na qual princípios são invocados de maneira frouxa, fazendo-se apelo somente a sua alta carga retórica.

E míope porque, embora se legitime pelo lema “a melhor justiça no caso concreto”, perde de vista que condenar o Estado a arcar com os custos de um tratamento médico extremamente sofisticado no exterior⁶⁷, que fatalmente, sairá da rubrica orçamentária destinada à saúde, pode implicar a ausência de amparo mínimo a centenas de doentes. Seria desejável uma equação que combine uma melhor “microjustiça” e uma máxima “macro-injustiça”?

Compartilhando da mesma preocupação, tem-se as linhas de Ana Paula de Barcellos:

*“Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de microjustiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macrojustiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.”*⁶⁸

⁶⁵Expressão tornada célebre a partir da obra de Gustavo Amaral. AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

⁶⁶BINENBOJIM, Gustavo In, Direitos Humanos e Justiça Social: As idéias de Liberdade e Igualdade no final do Século XX. Revista de Direito da Associação de Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, Volume XII, Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, pp. 85/86.

⁶⁷O exemplo não é fictício, e, ironicamente, tratava-se de tratamento oftalmológico. Ver REsp 353147 / DF, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 18, de agosto de 2003, p. 187.

⁶⁸BARCELLOS, Ana Paula de. *Op cit.*

E como pode ajudar a Fazenda Pública para enxergar o Judiciário suas próprias deficiências?

6. Quando o bom é inimigo do ótimo: capacidades institucionais e a preferência pelo formalismo

Quais são as soluções oferecidas, até então?

Além da correção da utilização do “arsenal pós-positivista”, mediante procedimento mais objetivo e dotado de maior rigor metodológico, já foi discutida a necessidade de contenção na atuação do Judiciário, que não pode se pretender legislador, se imiscuindo arbitrariamente nas decisões tomadas por aqueles ungidos pela vontade popular. Há também outro argumento a ser reforçado.

Os princípios não podem ser elevados à panacéia do Direito; não podem servir eles de fundamento para todas as discussões, a todo o momento. Como afirma Fernando Leal, “a tentativa de extrair a fundamentalidade material de todo direito do princípio da dignidade da pessoa, humana [n.a.: e de outros princípios] acaba por minar sua força normativa⁶⁹. Sua utilização deve pautar-se pela correção e prudência.

É extremamente importante que se incorpore mais um “americanismo” na nossa realidade judiciária: o *self-restraint*. Em suma: contenção⁷⁰.

O magistrado deve agir com parcimônia e cautela, autolimitando sua atuação, que “consiste numa fórmula de convivência entre o Judiciário e os demais poderes do Estado”.

E uma das razões pelas quais pode se chegar a essa conclusão passa pela consideração das capacidades institucionais do Judiciário. Se o “juiz Hércules” de Dworkin⁷¹, imensamente sábio e dotado de todas as informações pertinentes é, na melhor das hipóteses, contra-fático, interessa-nos a saber o que os juízes reais podem fazer.

Assim, os autores norte-americanos Cass Sustein e Adrian Vermeule vão direto ao ponto quando indicam que teorias sem análise institucional sempre derrapam (*spin its wheels*), incapazes de “ganhar tração” sobre a questão acerca das regras interpretativas que os juízes do mundo real (*real-world judges*) devem usar⁷².

Talvez a utilização “ametadológica” do “arsenal pós-positivista” possa gerar uma espécie de “fogo-amigo” caro demais, cujo preço não pode ser arcado a todo o tempo. Isto porque não se pode perder de vista que, como aponta Fernando Leal, “um juízo definitivo perfeito (do tipo “o que deve ser feito neste caso x”) demanda recursos ideais e tentar alcançá-lo, muitas vezes, só traz mais incertezas para o sistema⁷³.”

Os tipos de “seqüelas” surgidas ficam mais claro quando se esmiúça a espécie de custos empregados para que seja alcançada “a” solução perfeita. Segue Fernando Leal:

“O termo “custos” não se restringe a uma abordagem econômico-financeira, mas se aplica a todas as dificuldades do mundo real, em termos de imprevisibilidade e resultados, que se

⁶⁹LEAL, *op. cit.* 182

⁷⁰MENDONÇA, José Vicente Santos de, Ulisses e o Superego: novas críticas à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade in Revista de Direito do Estado nº 5, Renovar: janeiro/março 2007, p. 104.

⁷¹DWORKIN, *op. cit.*, p. 127 e seguintes.

⁷²SUSTEIN, Cass R., e, VERMEULE, Adrian, *Interpretations and Institutions, in Michigan Law Review*, Vol. 101, No. 4 (Feb., 2003), p. 915. Tradução livre do autor.

⁷³LEAL, *op. cit.* 88.

seguem de uma ou outra estratégia interpretativa. Tempo, dinheiro, impopularidade, ansiedade, agitação, remorso antecipado, culpa, vergonha e sujeição à pressão de diversos grupos são exemplos do que pode estar por trás do termo “custos”. Além disso, deve-se entender (i) “custos de decisão” (decision costs) como os custos envolvidos para se encontrar o direito, um tipo de custo enfrentado por tribunais e por cidadãos, que têm de investir recursos nesse processo; e que (ii) “custos de erro” (error costs) envolvem a quantidade e a magnitude dos erros que possam advir da decisão. (...)

O trabalho com custos estampa a impossibilidade de se trabalhar, em um mundo de recursos limitados e em um sistema jurídico que não se ampara exclusivamente sobre alguma noção utópica de certeza, com estratégias hermenêuticas maximalistas, ou seja, que buscam permanentemente a melhor interpretação para cada caso concreto, consideradas todas as possibilidades de ação. Teorias maximalistas não levam a sério, ou simplesmente desconsideram, os constrangimentos decorrentes da busca pela quantidade necessária de informação para se obter a melhor alternativa de ação.⁷⁴

Assim, se a munição usada tem alto poder de destruição e vem causando muitos “efeitos colaterais”, uma das possíveis saídas parece ser reduzir o “calibre”. E o formalismo pode ser uma nova arma a ser utilizada.

Por formalismo, denota-se aqui o chamado formalismo metodológico, entendido como técnica de decisão, pela qual, em caso “diante de um quadro de inconsistência entre regras, colisão de princípios ou um embate entre regras e princípios”⁷⁵, enfim, diante de um “caso difícil”, não são (i) considerados aspectos políticos; (ii) utilizados argumentos consequencialistas nas decisões judiciais⁷⁶, adotando-se (iii) um modelo de decisões baseado em regras.

Não se descarta da insuficiência desse modelo, incapaz de produzir resultados ótimos como aqueles proporcionados pela correta aplicação das contribuições teóricas do neoconstitucionalismo. Ocorre que, sem método e reconhecendo a capacidade institucional do Judiciário brasileiro, é preferível o bom ao ótimo. Reconhecendo o caráter de “segundo melhor”, Friederick Schauer faz a seguinte consideração:

“A tomada de decisões baseada em regras, é, portanto, uma aplicação da teoria do segundo melhor. Quando se desenham instituições reais de tomada de decisões para juízes reais, o procedimento ótimo de decisão para uma soma delas, às vezes é aquele que desiste da busca do ótimo no caso individual. Com certa frequência, as instituições de tomadas de decisões desenhadas para que se decida melhor em cada caso particular

⁷⁴ LEAL, *Op. cit.* 92-93. No mesmo sentido, pontua Luís Fernando Schuartz: “soluções ótimas para os problemas enfrentados ou não podem ser conhecidas ou simplesmente não existem; e além disso, que a busca de uma resposta ótima não deve funcionar como uma espécie de “limite no infinito”, ou seja, como um ponto ideal a orientar as interações dos participantes nos referidos procedimentos. Ver SCHUARTZ, Luis Fernando. Norma, contingência e racionalidade: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 201-202.

⁷⁵ STRUCHINER, Noel, “Verbete: Formalismo Jurídico, in Dicionário de Filosofia do Direito. Coordenador: Vicente de Paulo Barreto, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 365.

⁷⁶ *Idem*

geram uma maior incidência de erros que haveria resultado de procedimentos de decisões com ambições mais modestas.”⁷⁷

E não são poucas as vantagens advindas do formalismo. Apenas para listar as razões em apoio das regras⁷⁸, podem ser elencadas a equidade, confiança, eficiência e estabilidade, dentre outros motivos. É bem verdade que, a se adotar um viés que considera as capacidades institucionais, propugnar a adoção de um modelo formalista pode parecer um tanto precipitado, quase leviano, até. Atentando para o fato, Fernando Leal alerta que “não há uma resposta acontextual para a questão referente a se um modelo de tomada de decisão baseado em regras é uma coisa boa. A resposta dependerá do ambiente político-institucional de cada comunidade”⁷⁹. Assim, é necessária a aferição empírica de dados que justifiquem a adoção de tal modelo. Contudo, segue o autor:

“O número de leis, a extensão da Constituição e a quantidade de processos que o Poder Judiciário recebe diariamente acabam direcionando as estratégias gerais de adjudicação em sentidos mais próximos do formalismo ou da decisão casuística das questões jurídicas, ainda que não sejam os únicos argumentos em favor de determinada postura. É certo que visões teóricas mais amplas atuam no contexto. Mas, no geral, o particularismo é incompatível com modelos marcados por alta produção legislativa e constituições analíticas.(...)”

No caso brasileiro, não há como negar que certas características institucionais apontam para o formalismo como estratégia de decisão prima facie mais adequada.⁸⁰”

Dessa forma, impossível discordar de Luís Fernando Schuartz, quando pondera que:

“No entanto, aquilo que, em teoria, é no melhor dos casos um second-best metodológico, pode converter-se na solução preferida do ponto de vista social quando contabilizamos os custos com a tomada da decisão e os custos associadas a decisões eventualmente equivocadas. (...)”

Essa conclusão é reforçada com argumentos inspirados naquilo que poderíamos denominar de “virada institucional” na teoria da interpretação jurídica, que requer, na escolha da melhor teoria, a reflexão sobre as capacidades institucionais, para a sua aplicação adequada, dos órgãos chamados a aplicá-la nos casos concretos. No Brasil, onde os recursos públicos destinados para fazer cumprir a legislação são poucos, considerações dessa

⁷⁷ SCHAUER, Friedrick. *Las reglas en juego - un examen filosofico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Trad. Claudia Orunesu. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 215. Tradução livre do autor.

⁷⁸ A expressão é título da obra referida na nota de rodapé anterior

⁷⁹ LEAL, *op. cit.* 118.

⁸⁰ LEAL, *op. cit.* 233.

natureza são inafastáveis. Nessas circunstâncias, não surpreende que teorias que não incorporem, reflexivamente, suas próprias condições institucionais de aplicação, soem ridiculamente ingênuas ou perigosamente próximas a uma legitimação ideológica.⁸¹

E quais as vantagens de se decidir com regras, então?

Num primeiro momento, facilitaria a defesa da Fazenda Pública. Todavia, e, a se entender que seu fim é satisfazer as necessidades da coletividade, decidir por regras é a medida que mais atende aos ditames de macrojustiça, indo ao encontro e reforçando os argumentos já aduzidos em tópico anterior. Além disso, faria dos magistrados juízes, e não “justiceiros sociais”, dignificando a atuação jurisdicional, devolvendo o político ao Legislativo, que veria restaurado seu espaço de conformação e possibilitando a construção de um real Estado Democrático de Direito.

IV. Dispositivo: Conclusão

De modo sucinto: o presente trabalho pretendeu ter vocação terapêutica. Dessa forma, a partir de uma decisão pouco comum tomada aqui como sintoma, fez-se sincero esforço de anamnese, a fim de identificar as causas que deram origem a este estado de coisas, para ao fim, propor uma cura.

Assim sendo, partindo do triste caso do Município X até a sugestão de adoção de um modelo formalista de tomada de decisões baseado em regras, viu-se que:

a) decisões judiciais baseadas exclusivamente em princípios, criando deveres não estatuídos diretamente na Constituição ou em outros diplomas legais são cada vez mais recorrentes. Esta tendência é especialmente danosa aos entes federativos no tocante à implementação de políticas públicas, em especial, quando tais decisões, que pretendem incorporar as modernas contribuições das novas teorias jurídicas são proferidas sem rigor metodológico;

b) tal estado de coisas pode ser atribuído, em síntese, à falência do positivismo, criticado por, alegam seus detratores, separar cabalmente a moral do Direito. Em seu lugar, vêm ascendendo as teorias pós-positivistas e neoconstitucionalistas. Muito embora não sejam conceitualmente nítidos, é certo que as tendências compartilham de um antipositivismo e têm a pretensão de ser o paradigma vigente, em especial no Direito Constitucional;

c) assim, a doutrina, via de regra, vêm preferindo o neoconstitucionalismo, este pode ser definido por algumas de suas características, tais como (i) o reconhecimento de normatividade dos princípios; (ii) a ênfase na ponderação – meio para solucionar colisões de princípios; (iii) ascensão institucional do Judiciário; e, (iv) expansão da Constituição. Todavia, nada obstante o tom ufanista com o qual as contribuições vem sendo anunciadas, reconhece-se que sua utilização sem método pode dar ensejo a certas patologias. A “panconstitucionalização” do Direito pode dar ensejo, ainda mais em um quadro de “anarquia metodológica”, a um quadro de incerteza, colocando em xeque até mesmo a importância dos princípios constitucionais mais basilares (p. ex.: dignidade da pessoa humana). Afinal, se servem para tudo, têm esvaziada sua força, não prestando para coisa alguma e enfraquecendo a própria Constituição;

d) delineado o quadro atual, foram elencados os argumentos mais comumente

⁸¹ SCHUARTZ, Luís Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência, in Revista de Direito Administrativo, n. 245, maio/junho/julho/agosto 2007. Rio de Janeiro, Ed. Atlas, p. 125.

utilizados pela Fazenda Pública para evitar a ingerência do Judiciário em suas políticas públicas, com a criação de deveres jurídicos legalmente inexistentes. Nada obstante a menção à insindicabilidade do mérito administrativo, ao caráter finito do orçamento público, ao custo dos direitos, à separação dos Poderes e à reserva do possível, tais argumentos têm sido insuficientes para modificar a presente situação;

e) desta maneira, como tentativa de reforço dos argumentos elencados, no afã de se buscar uma “auto-contenção” dos magistrados, o foco foi voltado para a análise das capacidades institucionais do Judiciário, propondo-se aqui a adoção de um modelo do tipo “segundo-melhor”, isto é, preferindo-se o bom ao ótimo. Para ocupar esse papel, e considerando o contexto brasileiro, sugeriu-se o formalismo metodológico, como modelo de tomada de decisões baseados em regras, diretamente extraídas da Constituição ou das Leis, obtendo-se, assim, uma expansão da “macrojustiça”.

E agora, o que defender depois do “diante do exposto, julgo”? Apesar de valer-se da forma, não se está diante de uma sentença. Não há a pretensão de ter a presente obra a força de transformar a realidade. Porém, crê-se que esse trabalho possa persuadir aqueles que defendem a Fazenda Pública a empregar argumentos que convençam o Judiciário a atentar para suas capacidades, possibilidades e insuficiências, a fim de melhor compreender o seu papel, o quadro pode mudar.

Propõe-se, então, perdoe-se a redundância, a adoção de argumentos que, questionando as capacidades institucionais do Judiciário, sustentem a necessidade de incorporação de um modelo formalista de tomada de decisões baseados em regras, evitando-se, assim, a criação de deveres jurídicos legalmente inexistentes. Deveres estes impostos aos entes federativos, em especial, no tocante à implementação de políticas públicas, baseados unicamente em princípios. Com isso, defende-se a contenção do judiciário, evitando-se o possível arbítrio criado por uma ausência de rigor metodológico na utilização das contribuições legadas pelo neoconstitucionalismo.

Em suma: abandonando-se o ótimo e adotando-se o bom, só se pode honestamente admitir: não, não se está no melhor dos mundos. Mas, talvez, assim, espera-se, isso possa representar o início de sua construção.

Referências

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha. Renovar: Rio de Janeiro, 2001;

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004;

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito Constitucional em 2006, in Revista de Direito do Estado nº 5, Renovar: janeiro/março 2007;

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático, in Revista de Direito do Estado nº 3, Renovar: julho/setembro 2006;

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios “in” Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. Coord. George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2005;

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 5ª. ed. São Paulo:

Saraiva, 2003;
BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, in *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e Aplicações Específicas*, coord: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

BINENBOJM, Gustavo. In *Direitos Humanos e Justiça Social: As idéias de Liberdade e Igualdade no final do Século XX*. Revista de Direito da Associação de Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, Volume XII, Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003;

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*. 11ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001;

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995;

CUNHA, José Ricardo. *Direito, Ética e Complexidade: apontamentos numa perspectiva pós-positivista "in" Questio Juris: Revista da Pós-Graduação em direito da UERJ n.º 1*, dezembro 2004;

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico – introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo político-jurídico*. São Paulo: Método, 2006;

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

FIGUEROA, Alfonso. *Princípios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronal Dworkin y Robert Alexy*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998;

GALDINO, Flavio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direito – Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005;

GINZBURG, Carlo. *O Queijo e os Vermes*. São Paulo: Cia. Das Letras, 1995;

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre o princípio da proporcionalidade, in Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. Coord. George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003;

LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. *Decidindo com normas vagas: Estado de Direito, Coerência e Pragmatismo por uma teoria da decisão argumentativa e institucionalmente adequada*. Dissertação de mestrado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006;

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A Invasão do direito: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005;

MAIA, Antônio Cavalcanti. *As Transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do Neoconstitucionalismo*, in *Revista de Direito do Estado* n° 5,

Renovar: janeiro/março 2007;

MENDONÇA, José Vicente Santos de, Ulisses e o Superego: novas críticas à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade, in *Revista de Direito do Estado* n° 7, Renovar: julho/setembro 2007, pp.81-115;

OLIVEIRA, Fábio Côrrea de Souza, *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003;

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*, in *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

SCHAUER, Friedrich. *Las reglas en juego - un examen filosofico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Trad. Claudia Orunesu. Madri: Marcial Pons, 2004;

SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem constitucional no Momento do e o constitucionalismo*, in *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e Aplicações Específicas*, coord: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, contingência e racionalidade: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

SCHUARTZ, Luís Fernando. *Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência*, in *REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO (RDA)*, n. 245, maio/junho/julho/agosto 2007. Rio de Janeiro, Ed. Atlas;

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, in *Interpretação Constitucional*, Coord: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2005;

STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

STRUCHINER, Noel, "Verbete: Formalismo Jurídico", in *Dicionário de Filosofia do Direito*. Coordenador: Vicente de Paulo Barreto, Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

SUSTEIN, Cass R; e, VERMEULE, Adrian, *Interpretations and Institutions*, in *Michigan Law Review*, Vol. 101, No. 4 (Feb., 2003);

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexo de causalidade*, in *Temas de Direito Civil*, Tomo II, Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.