Os erros que Unger não cometeu* The mistakes that Unger did not make

*Caio Farah Rodriguez***

> E muito pouco lhe importava o disparate, tinha nada de vergonha e sonhava tão grande que cada impedimento era apenas um pequeno atraso, nunca a desistência ou a aceitação da loucura.[1]

RESUMO

Este artigo sugere que a indiferença quase total do pensamento jurídico brasileiro ao pensamento jurídico desenvolvido por Roberto Mangabeira Unger resulta, ao menos em parte, da dificuldade em identificar como ele responde às formas de raciocínio jurídico predominantes na doutrina jurídica brasileira contemporânea. Com vistas a intensificar a discussão do pensamento jurídico de Unger no Brasil, o artigo descreve um conjunto de práticas analíticas, indubitavelmente sérias e relevantes no pensamento jurídico brasileiro, que designamos, uma vez divisada sua surpreendente unidade, por "estratégia interpretativista", que diverge frontalmente da abordagem proposta por Unger e por comparação à qual se pode divisar a direção e possível utilidade do pensamento deste ao direito brasileiro. Fundamentalmente, o objetivo crítico e transformador que parece subjazer

* Artigo recebido em outubro de 2011 e aprovado em outubro de 2011.
** Professor da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, "Master of Laws" (LL.M.) pela Harvard Law School (1998) e doutor em direito pela Universidade de São Paulo (2011).
[1] MÃE, Valter Hugo. *O filho de mil homens*. Alfaguara, 2011. Nesse livro, o autor abandonou a escrita em minúsculas.

à estratégia interpretativista (ilustrada por um tema exemplar, o mínimo existencial que deve ser assegurado a cada indivíduo) sucumbe ou se atenua pela restrição dos pressupostos institucionais — e, mais especificamente, à reduzida possibilidade de inovação institucional — a que subscreve, explícita ou implicitamente.

PALAVRAS-CHAVE

Roberto Mangabeira Unger — pensamento jurídico brasileiro — instrumentalização do direito — crítica jurídica — inovação institucional — mínimo existencial

ABSTRACT

This article suggests that the almost complete indifference, in Brazilian legal thought, to Roberto Mangabeira Unger's legal thought results, at least partially, from the difficulty in tracing how he responds to the dominant forms of legal reasoning in Brazilian contemporary legal analysis. With the intention of intensifying the discussion of Unger's legal thought in Brazil, the article describes a set of analytical practices — undoubtedly serious and relevant in Brazilian legal thought — whose unity, once identified, we call "interpretivist strategy", and to which Unger's approach is directly opposed e by comparison to which one can discern the direction and possible usefulness of his though to Brazilian law. In a nutshell, the critical and transformative stance that seems to underlie the interpretivist strategy (illustrated by the idea of an "existencial minimum" to be secured by each individual) is challenged or mitigated as a result of the limitations, in terms of institutional assumptions (especially the restricted possibility of institutional innovations), that it explicitly or implicitly endorses.

KEY-WORDS

Roberto Mangabeira Unger — Brazilian legal thought — instrumentalization of law — critical law — institutional innovation — existencial minimum

1. Introdução

Para reconhecer o caráter inovador e a relevância do pensamento jurídico de Roberto Mangabeira Unger, é preciso mais do que ler sua obra jurídica mais citada e conhecida, *Law in modern society* (1976). Esse trabalho pode ser utilmente descrito como a sistematização e, em alguns pontos, antecipação das questões a que se voltava a teoria e a sociologia jurídica europeia do final da década de 1970: a caracterização do direito na sociedade liberal e da passagem ao estado social, com o enunciado dos dilemas daí resultantes para a teoria e prática do direito.

Entretanto, é sobretudo no denso e pouco discutido volume *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy* (1986), complementado pelos especificamente jurídicos *The critical legal studies movement* (1983) e *What should legal analysis become?* (1996), que o cerne da produção jurídica mais interessante de Unger é encontrável.

O direito, nesses outros trabalhos, é entendido, de maneira ampla, como a organização institucional da vida em sociedade, e a tarefa principal da análise jurídica é intensificar as práticas de invenção, discussão e detalhamento das formas alternativas dessa organização institucional, especialmente aquelas formas que mais se prestem a tornar suscetível de revisão a própria organização que ajudam a definir.[2]

O preço de concepção tão abrangente do direito é a dificuldade em distingui-lo da política. Pior para a distinção entre direito e política. Desde que, evidentemente, não se restrinja a política aos conflitos político-partidários de curto prazo, cujo objetivo é apenas a (legítima, se democrática) ocupação dos centros de poder oficial, mas se estenda seu sentido e alcance para exatamente abranger a discussão irrestrita sobre os termos básicos da vida em sociedade.

Mesmo com essas considerações preliminares, suponho que, no melhor cenário, o artigo "A constituição do experimentalismo democrático", de Roberto Mangabeira Unger, publicado no número anterior da *Revista de Direito Administrativo*, será tomado como exercício de ciência ou filosofia política e,

[2] *False necessity* é particularmente rico em exemplos e raciocínios ilustrativos dessas ideias, além de contar, diferentemente de outros trabalhos recentes do autor, com uma nota bibliográfica pormenorizada, destinada não apenas a registrar dívidas intelectuais, mas, sobretudo, a facilitar o trabalho de pesquisadores com objetivos comuns, compartilhando com eles um "plano de estudo". Ver UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity*: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 604.

do ponto de vista jurídico, no máximo, como exprimindo conjunto amplo de propostas de *lege ferenda* para reforma da Constituição.

Não é possível saber ao certo qual seria o pior cenário, mas imagino que dificilmente deixaria de caracterizar o artigo como exemplo de voluntarismo político e estilo hiperbólico.

Entre o pior cenário e o melhor, a indiferença é seu destino mais provável.

Em meu entendimento, o artigo publicado é, substancialmente, uma suma de ideias mais bem desenvolvidas em *False necessity*. Trata-se, nesse sentido, de uma peça de instigação — algo como "tome essas sugestões rudimentares e investigue, leitor, por conta própria, aonde levariam". Ou, talvez mais próximo às intenções de seu autor, tome o fato de que ideias como essas são concebíveis como demonstração do fato de que é possível imaginar um exercício de raciocínio jurídico que não se restringe a pensar o direito no contexto jurisdicional (isto é, instrumentalizando uma decisão judicial) e, sim, estende-se às características e variações possíveis de complexos institucionais mais amplos.

Como peça de instigação, parece-me evidente que o artigo não pode senão falhar. Pouco é explicado, mas, como quem o escreve já cumpriu a tarefa em outro lugar, as afirmações ali registradas aparecem como proposições tratadas como autoevidentes a qualquer leitor, o que mais afasta o interesse dos leitores do que os impulsiona a avaliar se as ideias são mesmo boas, como deveria ser.

Por essas razões, neste comentário, tratarei de explicitar o que me parece mais inovador e relevante no pensamento jurídico de Unger por outra via. Minha intenção é indicar em que direção a apropriação do pensamento de Unger produzirá implicações ricas ao debate jurídico brasileiro, a partir da descrição de um conjunto de práticas analíticas que diverge fundamentalmente da abordagem proposta por Unger.

Parece-me que uma das maiores dificuldades na compreensão dos escritos jurídicos de Unger está, comumente, na falta de identificação, pelos leitores, do tipo de prática analítica que pretendem substituir e as implicações dessa substituição. É como se suas críticas ao pensamento jurídico, tanto o convencional quanto aquele que se pretende progressista, fossem apenas mais um lance em um embate intelectual entre intelectuais, relevante, quando muito, a um grupo restrito de iniciados em teoria do direito. Entretanto, a meu ver, o que ele propõe se contrapõe de maneira frontal a um entendimento da prática do direito, que nos parece tão obviamente importante a ponto de ficarmos cegos à sua existência.

De fato, de forma a romper essa dificuldade, proponho-me neste artigo a formular uma descrição de um tipo de prática analítica no direito, crescentemente predominante no Brasil, que designo de "estratégia interpretativista", cujos pressupostos, se explicitados, representam uma forma de pensamento jurídico antípoda àquela de Unger. *A contrario sensu*, portanto, espero estabelecer distinções úteis entre o pensamento de Unger e o que se faz de mais sério e importante ao teorizarmos sobre o direito no Brasil hoje.

Os traços da estratégia interpretativista, identificados a seguir, expressam a sistematização dos resultados de uma investigação, a que procedi há alguns anos,[3] de caráter quase empírico: exame detido da produção intelectual de vários juristas brasileiros contemporâneos, os quais, não obstante muito diversos em vários aspectos, inclusive temáticos, compartilham de maneira surpreendente conjunto relevante de premissas teóricas. Valho-me, para facilitar o raciocínio, da exploração de um problema específico tipicamente encontrável entre aqueles que subscrevem, conscientemente ou não, à estratégia interpretativista: o desenvolvimento da noção de "mínimo existencial".

2. O "ponto cego" intelectual na relação entre problemas sociais e o direito[4]

A chamada indeterminação do direito — que, intuitivamente, corresponde à percepção quanto à insuficiência do mecanismo dedutivo da subsunção e à convicção de que motivações "subjetivas" são significativamente determinantes na tomada de decisões judiciais — tem encontrado ressonância, em vários teóricos recentemente, no desejo de enfrentamento de problemas sociais, de caráter eminentemente distributivo,[5] por intermédio do direito. A dita in-

[3] O contexto da investigação foi a necessidade de considerar o que deveria ser objeto de aprendizado no curso Introdução ao Estudo do Direito, da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, formulado em colaboração com Marcio Soares Grandchamp. As perguntas que nós fizemos foram: como se pratica o direito no Brasil hoje? Quais as formas preponderantes de raciocínio jurídico? Quais seus pressupostos? A resposta, surpreendentemente ou não, foi uma tendência unificada nas características da "estratégia interpretativista", que, em boa medida, coincidiu com o que Unger chamou de "*rationalizing legal analysis*" em *What should legal analysis become?*. Desnecessário dizer que Grandchamp não é responsável pela descrição e uso que faço das conclusões daquela investigação.

[4] O restante deste artigo corresponde a versão ligeiramente modificada de trechos da minha tese de doutoramento, *Sentido, valor e aspecto institucional da indeterminação jurídica* (USP, 2011).

[5] Sobre o caráter distributivo de determinados conflitos sociais, ver LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais*: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006. Especialmente p. 119 a 183, e os

determinação do direito no contexto da decisão judicial passa a ser, ao mesmo tempo, o pretexto e o veículo para o que se poderia chamar de uma *estratégia interpretativista* de melhoramento social.[6]

De fato, atualmente, o principal instrumento utilizado por juristas (estudiosos e profissionais do direito) para enfrentar problemas sociais é a elaboração de propostas interpretativas, sobre parcelas do direito estabelecido, que possam ser aproveitadas pelo órgão competente para aplicar o direito, quando este se encontrar diante de um conflito que exija uma decisão particular para um caso que ilustre o problema social geral.

Tome-se, como exemplo, o problema do déficit de moradia digna para pessoas de baixa renda na sociedade brasileira.[7] O conjunto de possibilidades normalmente divisado por juristas que desejam contribuir para o enfrentamento desse problema costuma consistir em proposições sobre (i) a correta interpretação do princípio da função social da propriedade (e institutos constitucionais correlatos) e/ou sobre (ii) as próprias características jurídicas dos princípios na Constituição brasileira, tendentes a conformar a atividade do aplicador do direito (por exemplo, que também se qualificam como normas jurídicas, que se definem pela possibilidade de serem "mais" ou "menos" considerados, que determinam ou afastam a aplicação de determinadas regras expressas etc.).

Essa atividade de e sobre a interpretação, voltada para a instrumentalização da tarefa jurisdicional, é, inegavelmente, fundamental.[8] Ela não é, contudo, infensa a certas limitações pouco reconhecidas, exploradas no item

---

exemplos constantes do item 3 deste artigo. Utilizo a expressão abreviada "problema social" (ou "conflito social") para designar questões transindividuais de caráter distributivo, no sentido a que se acaba de referir.

[6] Ver as referências e características mencionadas no item 3 deste artigo.

[7] Segundo os dados publicados, em junho de 2009, pelo Ministério das Cidades, o déficit habitacional no Brasil que, embora contemple habitações precárias como parte da falta de estoque, desconsidera do cálculo as "habitações inadequadas" (aquelas em que há carência de infraestrutura, como serviços básicos de saneamento, adensamento excessivo de moradores, problemas de natureza fundiária, cobertura inadequada, sem unidade sanitária domiciliar exclusiva ou em alto grau de depreciação), equivalia a aproximadamente 6,3 milhões de habitações, em 2007. Se acrescido apenas um critério para definição de habitações inadequadas (já que somá-los não é cientificamente adequado), a necessidade habitacional brasileira sobe para aproximadamente 17 milhões de habitações. Ver MINISTÉRIO DAS CIDADES. Secretaria Nacional de Habitação. *Déficit habitacional no Brasil 2007*. Brasília, 2009.

[8] E a constatação de que deveria ser bem feita e, em grande parte, não o é, como fartamente documentado em: Thiago dos Santos Acca. *Análise da doutrina brasileira dos direitos sociais*: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2005. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, que apenas o confirma.

a seguir. Ao mesmo tempo que tem por pretensão superar as características marcadamente limitadoras do "formalismo", "objetivismo" e "positivismo", por exemplo, informando que o jurista, ao intepretar/aplicar o direito, vale-se de princípios, objetivos, diretrizes e valores constitucionalmente consagrados, ela busca a relegitimação de tais critérios ao justificá-los como também fazendo parte "do direito" e, portanto, passíveis de servir como fundamento admissível — e mesmo preponderante — em decisões judiciais.

Não se pode fugir à reflexão sobre tais limitações, simplesmente porque essa fuga permitiria que nos juntássemos ao coro de críticas ao "formalismo", "objetivismo" e "positivismo" e outros "ismos" de valor similar e duvidoso. Ocorre que o principal problema dessa estratégia interpretativista é que ela não deixa entrever as alternativas a ela existentes.

Por exemplo, seria preciso nada menos do que uma revolução no conteúdo da interpretação do princípio da função social, e no entendimento do alcance do papel de juízes ao aplicá-lo, para que se pudesse esperar, da decisão de casos concretos, solução, ou ao menos rudimento de solução abrangente, ao problema do déficit de moradia para pessoas de baixa renda na sociedade brasileira. Porém, a esse extremo a estratégia interpretativista não chega. Por quê? A intenção que subjaz à estratégia interpretativa, portanto, é, ao mesmo tempo que expansiva, autolimitadora, sem que esclareça em que condições pode ser uma ou outra.

O problema não é que, ao abandonar o formalismo (se é que o abandonamos de fato), ficamos sujeitos a interpretações "forçadas", nas quais a retórica de princípios e valores constitucionalmente consagrados institui um "vale-tudo"; o problema é subscrevermos, sem saber, a determinado pressuposto sobre o papel do direito e sobre sua organização institucional, descritiva e normativamente específico.

O aspecto curioso da situação, do ponto de vista intelectual, é que essa limitação tornou-se, para nós, interessados no estudo do direito, praticamente invisível. Temos dificuldades, inclusive, para imaginar outro papel para o jurista, fora do contexto jurisdicional e interpretativo. E essa dificuldade, mesmo quando se chega a expô-la, de qualquer forma, é comumente defendida como natural, a partir de uma oposição abstrata entre direito e política, a legitimar a contenção da atividade do jurista a "questões jurídicas", em oposição à sua intervenção em "questões políticas".

No que segue, pretendemos tornar visíveis (e, portanto, passíveis de discussão) as limitações mencionadas.

3. A Estratégia interpretativista

3.1 Características iniciais

O objetivo deste tópico é ilustrar, por intermédio do exame de problema exemplar da teoria jurídica e do direito brasileiro contemporâneo — o chamado "mínimo existencial" —, as características principais da estratégia interpretativista.

Antes, uma ressalva. O propósito da descrição não é sugerir que se requer *menos* atuação do Judiciário do que a estratégia interpretativista reclama, nem, por outro lado, *mais*. O propósito é examinar quais os pressupostos subjacentes à sua intenção e prática e a que impasses ele conduz, impasses que não são necessariamente resolvidos pela simples autocontenção ou expansão da atuação judicial, para nos valermos das alternativas usuais em que o problema costuma ser posto.

Poder-se-ia objetar que a tarefa de formulação de soluções interpretativas do direito posto não é incompatível com outras atividades — por exemplo, movimentos de pressão popular, organização de debates — e que ambos poderiam trabalhar paralela e simultaneamente. Entretanto, a plausibilidade não é suficiente para conferir realidade à hipótese. Para adiantar a conclusão: a estratégia interpretativista, tal como aqui caracterizada, é intrinsecamente inibidora, por exemplo, de esforços de inovação institucional. Ela naturaliza exatamente o que a inovação institucional pressupõe como contingente.

Em poucas palavras, parece-nos que a estratégia interpretativista consiste, sobretudo, em esforço de idealização do direito, que ela toma como a expressão institucionalizada de determinados valores morais ou éticos. Fundamentalmente, ela busca se valer de elementos, no ordenamento jurídico posto, que permitam aperfeiçoar os efeitos do direito posto, ao aplicá-lo segundo valores humanistas[9] ou progressistas, sem que para isso seja preciso revolucioná-lo. Poucas coisas parecem mais sensatas e importantes.

É necessário entender, entretanto, o funcionamento desse tipo de perspectiva, as consequências jurídicas que representa para o entendimento e a aplicação do direito brasileiro hoje. Inicialmente, propomos fazê-lo pela iden-

[9] O próprio "valor" do humanismo não é, entretanto, algo incontroverso. Fazemos referência aqui, entre vários, à crítica de Foucault ao humanismo. Ver, por exemplo, apenas por ser a manifestação formal mais recente, "Qu'est-ce que les Lumières", em *Dits et écrits*, Gallimard (Quarto), v. II, n. 339 (1984).

tificação dos elementos comuns a essa iniciativa intelectual, ainda que os esforços teóricos que a representam possam ser muito díspares em seu objeto. Há, curiosamente, muita proximidade de método e resultado em trabalhos produzidos em contextos intelectuais bastante segregados.[10]

Tomemos, por exemplo, o artigo "Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana", de Antonio Junqueira de Azevedo, e o livro *Teoria dos contratos: novos paradigmas*, de Teresa Negreiros. O que os une? Em nossa visão, há, pelo menos, cinco temas e abordagens em comum.

Em primeiro lugar, há de comum aquilo contra o que se insurgem: a crítica e a superação do "modelo dogmático-formal" de entendimento e aplicação do direito. Por isso, compreendem, fundamentalmente, a descrição weberiana do direito racional moderno.[11]

Em segundo lugar, nota-se em comum aquilo que propõem em substituição ao que criticam: a consagração de um valor moral ou ético como valor supremo a ser protegido pela ordem jurídica. No contexto dessa discussão, não há dúvidas de que o valor ou ideal máximo a merecer proteção jurídica é o valor da dignidade humana, de resto, constitucionalmente consagrado.

Em terceiro lugar, tema comum é a ideia de que essa visão deve ser juridicamente concretizada por intermédio de método que permita extrair as consequências a que a consagração desse valor leva para o entendimento global de áreas específicas do direito — isto é, a adoção desse valor como princípio

[10] Consideramos, para nossos propósitos, os trabalhos de autores tão diversos quanto Luis Roberto Barroso, Antonio Junqueira de Azevedo e Teresa Negreiros.

[11] A referência a Weber é minha, não dos autores citados. A combinação entre características formais e raciocínio lógico-dedutivo seria a expressão sumária da racionalidade típica do direito, em sua forma atualmente mais rigorosa, conforme a descrição feita por Weber em *Economia e sociedade*, e cuja síntese se encontra nos cinco postulados a seguir: "A ciência jurídica atual, pelo menos quando assumiu as formas mais avançadas de racionalidade metodológica e lógica, como na Pandectista, tem como ponto de partida os seguintes cinco postulados: 1) toda decisão jurídica concreta representa a 'aplicação' de um preceito abstrato a um 'fato' concreto; 2) que seja possível encontrar, em relação a cada caso concreto, por meio da lógica jurídica, uma solução que se baseie nos preceitos jurídicos abstratos em vigor; 3) o direito objetivo vigente é um sistema, real ou latentemente, 'sem lacunas' de preceitos jurídicos ou, pelo menos, deve ser tratado como tal para fins de aplicação do mesmo a casos concretos; 4) tudo o que não seja possível 'construir', de forma racional, em termos jurídicos carece de relevância para o direito; e 5) a conduta dos homens que formam uma comunidade deve ser necessariamente concebida como a 'aplicação' ou 'execução' ou, ao contrário, como uma 'infração' ou 'violação' de preceitos jurídicos, pois, como consequência da 'ausência de lacunas do sistema jurídico', o direito representa a ordenação jurídica de toda a conduta social (essa última conclusão foi tirada de Stammler, que não chegou a enunciá-la explicitamente)". Ver WEBER, Max. *Economy and society*. Berkeley: University of California, 1994. v. II, p. 657 (tradução feita a partir da comparação entre as versões em inglês e espanhol da obra).

de unificação e reinterpretação sistemática do direito, unificação, portanto, de caráter eminentemente axiológico.

Esse tema comum é complementado pela ideia segundo a qual as normas jurídicas atuais são veiculadas segundo terminologia "geral", "vaga" e "aberta"[12] — a indeterminação ou, de maneira menos ambiciosa, inespecificidade dos enunciados normativos — e que cabe ao intérprete conformar seu sentido, de acordo com o princípio unificador eleito.

Por exemplo, Junqueira de Azevedo defendeu que a dignidade humana, entendida como *intangibilidade da vida humana*, implica, por exemplo: (i) a proibição do aborto; (ii) a impossibilidade de introdução da pena de morte no direito brasileiro; e (iii) a proibição da eutanásia. É o valor da dignidade humana que dá fundamento e sentido para a legislação específica que trata dessas matérias, inclusive os dispositivos constitucionais expressos que tratam dos temas acima.

Não precisamos abordar em detalhes cada um dos argumentos de Junqueira de Azevedo. Vale apenas a indicação do raciocínio de alguns deles. Assim, como mencionado acima, a proibição do aborto no direito brasileiro (Código Penal de 1940) deve ser entendida como uma decorrência da proteção da dignidade humana, prevista na Constituição Federal de 1988. Corolário desse raciocínio é que a exceção à criminalização ao aborto, no Código Penal, para casos de gravidez resultante de estupro, deve ser entendida não como tornando o aborto menos "ilícito" (já que, segundo Junqueira, a eliminação do feto elimina a dignidade do feto, mas somente "fere" [não elimina] a dignidade da mulher), apenas um ato que não será punido. Já no caso de gravidez de risco (a outra exceção à criminalização do aborto prevista no Código Penal), o ato não seria ilícito, já que estaria em jogo "vida humana × vida humana".

Além da intangibilidade da vida humana, a proteção da dignidade humana também pode ser entendida, segundo Junqueira de Azevedo, como respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana. Nesse caso, por exemplo, Junqueira de Azevedo reinterpreta a obrigação de segurança do consumidor (prevista nos arts. 8º, 9º e 10 do Código de Defesa do Consumidor) como tendo fundamento constitucional, o que tornaria a responsabilidade de

[12] Como o exprime, paradigmaticamente, Barroso, "Na medida em que cabe [aos juízes] atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, coparticipantes do processo de criação do Direito" (BARROSO, L.R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da OAB*. Disponível em: <www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em: 5 jan. 2011).

fornecedores, em matéria de danos à pessoa, sempre objetiva como regra, e subjetiva apenas como exceção. O corolário disso é que, em qualquer relação de consumo, somente haverá responsabilidade subjetiva quando houver lei expressa (por exemplo, em caso de responsabilidade médica e, mesmo nesse caso, o ônus da prova deve ser entendido como inverso, isto é, do médico). Mais uma parcela do direito reinterpretada.

Além da intangibilidade da vida humana e do respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana, Junqueira entende que a proteção da dignidade humana também resulta no respeito às *condições mínimas de vida*. Assim, entre vários casos, Junqueira trata da consequência contratual do princípio: contratos não devem ser cumpridos quando sua execução leva a gastos excessivos não previstos que resultam em dificuldades de sobrevivência ou subsistência do obrigado.[13]

Por comparação, Teresa Negreiros se insere de maneira mais autoprofessada do que Junqueira no movimento intelectual de melhoramento social por intermédio do direito, especificamente na área do direito privado, que busca dar unidade sistemática ao direito a partir de valores constitucionalmente consagrados, especialmente, novamente, o valor da dignidade humana.

A preocupação inicial de Negreiros é identificar qual o sentido global das transformações a que se sujeitaram as categorias de direito privado no século XX. Esse sentido ela encontra no "centro axiológico" da dignidade humana, entendida não meramente como a proteção da esfera de individualidade de indivíduos autossuficientes e autônomos, mas como o "compromisso social de erradicar a pobreza e as desigualdades regionais que ferem essa dignidade", espelhando a dicção constitucional dos objetivos da república. Assim, ela afirma ser sua ambição: "sustentar que o sentido unificante, capaz de articular tantas e tão numerosas transformações ocorridas no direito civil contemporâneo e de lhes conferir coerência valorativa, se constrói por meio da permanente remodelação do direito civil à imagem da Constituição Federal e do projeto social ali plasmado".

Como exemplos das transformações do direito civil a que se refere (e cuja "unidade axiológica", reiteramos, encontra na consagração de princípios constitucionais, como a solidariedade social, o valor social da livre-iniciati-

[13] Obviamente, essa conclusão pode colidir com outros valores constitucionalmente consagrados (e também extraíveis, ao menos nominalmente, da dignidade humana, como a liberdade de contratar, por exemplo) e que são considerados essenciais ao direito contratual, mas a preocupação não é tratada por Junqueira de Azevedo.

va, a dignidade da pessoa humana e a igualdade material), Teresa Negreiros menciona disposições do Código do Consumidor e as cláusulas gerais (boa-fé, equilíbrio econômico e função social) do novo Código Civil brasileiro e de outros conjuntos normativos.[14] Dessa estrutura argumentativa retira consequências práticas, como uma classificação dos contratos segundo seu caráter "existencial" ou "patrimonial", para fins de evitar a aplicação estrita de textos contratuais ("mitigação de sanções") contra pessoas em situação de vulnerabilidade, e de classificação de bens segundo sua essencialidade, sobretudo para fins da discussão quanto à sua penhorabilidade e excussão (e quanto à extensão dos efeitos da qualificação como "bem de família").

3.2 A ideia de mínimo existencial

Surpreendentemente ou não, a defesa de uma ideia como a do mínimo existencial segue, quase como em um espelho, a mesma estrutura de raciocínio acima. Examinemos em mais detalhes do que se trata e como se desenvolve o argumento. Optamos por examinar os elementos de maneira sistemática, a partir do pensamento de vários autores que se dedicaram ao tema, e não vinculada a único autor.[15] Deixamos as duas características restantes da estratégia interpretativista para o final deste tópico.

"Mínimo existencial" consiste em conjunto de bens e serviços que devem ser mantidos à disposição de qualquer pessoa (aqui, no sentido de indivíduo, pessoa humana) que deles necessite para conduzir vida condigna.

A extensão das utilidades incluídas no "mínimo existencial" varia, conforme o autor que a descreve. Em todos, inclui, ao menos, os requisitos indispensáveis à sobrevivência, como alimento, moradia, vestuário. Em alguns,

---

[14] Por exemplo, no parágrafo único do art. 116 e no art. 154 da Lei das S/A (6.404/1976) e no ainda vigente art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

[15] Para fins da discussão que segue, tomamos como exemplares do melhor desenvolvimento da ideia de mínimo existencial a obra de Ricardo Lobo Torres, Ingo Sarlet e Ana Paula Barcellos, citada a seguir: TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; SARLET, Indo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, "mínimo existencial" e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 551-602, e _____. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLAT, Ingo; TIMM, Luciano (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53; e BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

inclui o conjunto de prestações previsto na Constituição brasileira como serviços públicos ou bens de interesse público: educação, saúde (no sentido de assistência clínica ou de infraestrutura, como saneamento básico), previdência social (por desemprego e aposentadoria), assistência social, acesso a bens culturais ("mínimo existencial sociocultural") e, instrumentalmente, acesso à justiça, assim como distribuição de recursos diretamente a indivíduos ou a instituições assistenciais (subvenções) e abstenções que impeçam a fruição de tais bens e serviços (por exemplo, imunidades tributárias).

Sua garantia implica deveres (comissivos e omissivos) do Estado e posições de sujeição de particulares, juridicamente exigíveis e reconhecíveis perante o Judiciário, embora os autores divirjam quanto aos beneficiários cujo "estado de necessidade" os legitima a pleitear a atuação judicial: apenas os miseráveis (pobreza absoluta) ou também aqueles em situação de pobreza relativa, definida a pobreza absoluta e relativa unicamente segundo parâmetros monetários (renda inferior a determinado patamar, oficial ou estipulado) ou também segundo parâmetros mais amplos de vulnerabilidade (mulheres grávidas solteiras, por exemplo). Segundo o raciocínio, aqueles que não são elegíveis como beneficiários, nos termos acima, não podem exigir o mínimo existencial judicialmente e devem se submeter às decisões do processo político (políticas públicas implementadas pelo Executivo ou disposições legais editadas pelo Legislativo).

A medida judicial pleiteada pode abranger desde a determinação à autoridade competente para prover ao indivíduo aquele elemento do mínimo existencial de que necessita, incluindo a ordem para prática dos atos orçamentários daí decorrentes, até o sequestro de recursos públicos. Adicionalmente, com efeitos no âmbito privado, pode incluir a revisão de contratos (por exemplo, para evitar que indivíduo em situação de vulnerabilidade tenha sua situação agravada pelos ônus do cumprimento contratual estrito, como no caso de prestações em pagamento a financiamento de moradia, ou, de outro ângulo, para obrigar empresas privadas a prestar serviços necessários à preservação de condições existenciais mínimas de indivíduos, ainda que não contratualmente previstos, como no caso de planos de saúde) e a declaração de inconstitucionalidade de legislação tomada como base para realização de negócios jurídicos (por exemplo, invertendo a expressa previsão legal que admite a penhora de bem de família dado em garantia de locação ou cuja liquidação sirva para saldar dívidas condominiais).

O fundamento do dever estatal é, tipicamente, a proteção da dignidade humana e da liberdade (para fazer opções, permitindo que a pessoa não

se sujeite a situações de indignidade), previstas na Constituição brasileira. Em formulações mais ambiciosas, o fundamento é: "pré-constitucional (...), ancorad[o] na ética e [fundamentado] na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana".[16]

Do ponto de vista dogmático, implica a criação e defesa da noção de princípio como espécie de norma jurídica e sua atribuição de posição hierárquica superior no rol de normas jurídicas, conformadora do sentido das demais, inclusive porque o mínimo existencial, enquanto tal, não está expressamente previsto na Constituição brasileira ("a garantia [e direito fundamental] do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para ser protegida, visto que decorre já da proteção da vida e da dignidade humana").

Adicionalmente, a justificativa dogmática inclui a noção de que direitos sociais são também "fundamentais", "autoaplicáveis", "imediatamente exigíveis" de "eficácia plena", independentemente de sua posição no texto constitucional (isto é, constem ou não do art. 5º ou mesmo do Título II da Constituição). O alcance da "autoaplicação" deve, por sua vez, ser estabelecido "contextualmente", segundo "sopesamento" das "circunstâncias concretas".

A argumentação também é, em geral, acompanhada pela atenuação da distinção conceitual entre "direitos negativos" ou "de cunho defensivo", que demandariam do Estado a abstenção e que estariam associados às chamadas "liberdades públicas" ou "direitos fundamentais de primeira geração" (por exemplo, deixar de criar empecilhos à liberdade de expressão), e "direitos positivos", que demandariam prestação estatal ativa e que estariam associados ao desenvolvimento do estado de bem-estar social (por exemplo, criar sistema previdenciário público e prestar serviços de saúde). A atenuação se faz pela demonstração, por um lado, de que direitos sociais também têm dimensão "negativa" (por exemplo, direito de greve e liberdade de associação sindical) e, por outro lado, que "liberdades públicas" têm dimensão "positiva" (por exemplo, a necessidade de criação e manutenção de estrutura judicial e policial para sua preservação). O propósito da atenuação da distinção é, fundamentalmente, mostrar que direitos fundamentais tipicamente liberais também representam custos ao Estado, de maneira a antecipar a objeção de

[16] As formulações que seguem são de Ricardo Lobo Torres, em *Direito ao mínimo existencial*, livro em que coligiu seus estudos sobre o tema, produzidos ao longo de vários anos.

que preservar direitos sociais em geral, e o mínimo existencial em particular, seria muito caro.

Ainda do ponto de vista dogmático, a garantia do mínimo existencial demanda a qualificação de ações possíveis entre aquelas previstas no regramento processual, sobretudo partes legítimas para pleitear perante o Judiciário (indivíduos e organizações públicas ou privadas) meios possíveis de ação (ação civil pública, mandado de injunção e mandado de segurança) e remédios passíveis de obtenção.

Adicionalmente, costumam ser acrescidos à discussão do mínimo existencial argumentos (sobretudo de autoridade) de caráter filosófico e moral relativamente à necessidade de preservação de mínimo existencial nas diversas sociedades. Não se chega, entretanto, a especificar como as pretensões filosóficas se transformam em direito vinculante.

3.3 Características complementares

Os três elementos em comum definidores da estratégia interpretativista, descritos no item 3.1, já mereceriam estudo específico, pela sua raridade: inimigo intelectual (modelo dogmático-formal do direito), proposta (eleição de um valor moral ou ético, constitucionalmente consagrado, como princípio unificador e explicativo do direito posto) e método (reinterpretação sistemática do direito posto a partir do valor eleito) comuns são eventos singulares no mundo jurídico, cuja existência deve ser celebrada, inclusive.

Entretanto, a descrição da discussão sobre mínimo existencial ajuda a tornar saliente outros dois temas comuns. Um quarto tema em comum é o tema da legitimação — o entendimento de que as consequências extraídas da concretização do valor em questão não são meras "criações" ou "manipulações conceituais" do profissional do direito, mas consequências legítimas da interpretação do direito. Isto é, não são consequências que resulta apenas da vontade dos autores que elas estivessem presentes, são consequências reconhecíveis como propriamente "jurídicas".

Para tanto, entende-se como necessária a superação de alguns obstáculos, vinculados, sobretudo, à ideia de separação de poderes e de legitimidade democrática. Esse caminho teórico também é trilha comum.

Tipicamente, o que se procura mostrar é a incapacidade da ideia de separação de poderes, considerada em sua versão trinitária clássica (atribuída a Montesquieu), para dar conta das transformações da sociedade, sobretudo no

século XX. Descreve-se, sobretudo, o processo de "desneutralização" do Judiciário, coetâneo à emergência do estado de bem-estar social, e sua correspondente associação a programas finalísticos. Não é o caso de repetir, aqui, os traços principais dessa transformação, já bem consolidada em estudos conhecidos.

A descrição da mudança do papel do Judiciário — algo praticamente incontroverso —, que é formulada para antecipar críticas de invasão de competência e ilegitimidade, vem acompanhada por conclusão que alguns poderiam qualificar de *non sequitur*, mas que, em geral, se tem seguido: a expansão da atuação do Judiciário não apenas foi inevitável mas é, também, desejável, ainda que "dentro de alguns limites". O que se procura mostrar é que a expansão da atuação do Judiciário e a consequente "flexibilização" da separação de poderes é necessária para fazer face às demandas do direito contemporâneo (por exemplo, o reconhecimento da "normatividade da constituição", sobretudo da constituição que compreende direitos sociais) e que essa atuação pode, sim, implicar certa preponderância do Judiciário por comparação ao Executivo e Legislativo, mas que esse novo "balanço de forças" seria justificável. Ou seja, a tese é a de que a separação de poderes, em sua versão convencional, é tanto descritiva quanto normativamente insuficiente. E a alternativa explorada — a "flexibilização" — implica, ao menos, uma equalização dos pesos dos três elementos da equação.

Admitida a flexibilização da chamada "separação de poderes", a expansão da atuação do Poder Judiciário precisa enfrentar a objeção segundo a qual sua incursão em questões propriamente políticas (definição de prioridades do Estado, respectivas formas de financiamento e de distribuição de gastos, por exemplo) seria desprovida de legitimidade democrática, uma vez que, em poucas palavras, os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo.

Nesse ponto, duas justificativas costumam ser enunciadas: de um lado, a fragilidade da assimilação, *tout court*, entre democracia e voto majoritário. O que se afirma, sinteticamente, é que o voto majoritário, na democracia, não tem (por exemplo, no nosso caso, por intermédio de expressa determinação constitucional), e não deveria ter, alcance para suprimir ou mitigar o respeito a direitos fundamentais. Em segundo lugar, responde-se que a composição do Judiciário, ao menos nos órgãos de cúpula, se dá mediante a indicação e aprovação pelos poderes eleitos, ou seja, seus membros seriam dotados de representatividade, ainda que indireta.

Além dos esforços de legitimação acima descritos, é possível identificar um quinto elemento comum, que é menos visível, quanto ao papel característico do profissional do direito, e que, para os nossos fins, é o que mais importa. O

tema comum é a defesa do papel do profissional do direito (seja um juiz, seja um jurista, seja um advogado que deve persuadir um juiz) como colaborador para a melhoria gradual das condições sociais, mediante a execução da tarefa de reinterpretação sistemática do direto estabelecido, pela "concretização jurídica" de valores como o valor da dignidade humana (e outros a ele associados). Mas, qual a tarefa do profissional do direito que emerge dessa discussão? Quais os limites dessa maneira de entender a tarefa do profissional do direito?

A tarefa que emerge da tarefa interpretativista é clara: mais interpretação ou, em termos menos simplórios, a criação de critérios, *standards* e parâmetros (sinônimos, para esse fim) mais robustos que possam auxiliar o juiz em sua tarefa de aplicação do direito nos complexos conflitos e circunstâncias sociais que enfrenta. É isso que cabe ao profissional do direito, que, ao fazê-lo, aperfeiçoa o direito.

Aliás, o conjunto dos elementos acima representa tarefa que não é considerada relevante apenas para autores teóricos e doutrinadores, mas informa o trabalho dos profissionais em direito em geral (juízes, juristas e advogados que têm de convencer um juiz de algum argumento), que, na solução de casos jurídicos, devem justificar-se de acordo com tais critérios. A força atrativa dessa atitude para o profissional jurídico é quase irresistível e representa o modelo de boa atuação profissional.

4. O acerto de Unger

E qual o problema com isso?

Fundamentalmente, o problema é que o esforço interpretativo precisa, por definição, pressupor uma determinada configuração institucional dos órgãos incumbidos da aplicação do direito a ser interpretado. E, normalmente, essa configuração reflete as formas conhecidas de separação de poderes, como se esta tivesse alguma característica essencial e expressão institucional necessária (Executivo, Legislativo e Judiciário), bastando, ocasionalmente, equilibrar seus pesos relativos.

Ocorre que a configuração institucional da função de aplicação do direito pode, ela mesma, variar enormemente, com consequências sensíveis ao tipo de solução que se pode esperar para os problemas sociais que se deseja enfrentar por seu intermédio.

Para não ficarmos nos exemplos de Unger e mostrarmos como o exercício de inovação institucional pode ser ampliado, usemos um exemplo de Acker-

man.[17] Segundo ele, o objetivo de concretizar os compromissos constitucionais fundamentais de justiça distributiva deve ser realizado sob uma instituição específica, não judicial, inclusive porque a assunção, pelo Judiciário, do papel, por exemplo, de realocar verbas orçamentárias em nome da concretização dos direitos sociais, pode se revelar contraprodutiva, pois, dado que dificilmente esse papel poderá se tornar prevalecente, sua frustração poderia colocar a legitimidade do Judiciário como um todo em questão e contribuir para reforçar a impressão de que direitos sociais, e a constituição em que estão inscritos, seriam meras "aspirações".

Para evitá-lo, é melhor, segundo Ackerman, simplesmente desafiar o "trinitarismo" ou, em outras palavras, a fixação teórica no direito com "*big chunky objects called legislature, the executive, and the judiciary*".

Como funcionaria, então, essa instituição específica, que Ackerman denomina de Poder Distributivo? Para ele, é muito importante que, qualquer que seja a forma institucional, ela represente compromisso crível, que aumente a legitimidade do sistema como um todo, não a mine. Assim, na proposta de Ackerman, seria poder dotado de parcela prefixada do orçamento, com prioridade no recebimento de verbas em comparação a quaisquer outras rubricas ou poderes, mas não para alocar recursos projeto a projeto ou caso a caso (de maneira a evitar possíveis desvios do dinheiro público na sua implementação). Sua competência seria a organização e implementação de um programa sistemático de distribuição de renda, um "*minimum cash grant to the target population*".

A proposta de distribuição de dinheiro de Ackerman — que fontes devem ser utilizadas para seu financiamento, que valores devem ser distribuídos, a quem, qual seu uso etc. — foi detalhada em outro trabalho do autor, com o nome de *stakeholding*.[18] (Em sua versão mais pura, consiste em conceder US$80.000,00 a cada indivíduo que completar 18 anos, para que use segundo seu próprio critério.)

O que nos interessa, entretanto, é entender a relação entre essa configuração institucional e o papel do Judiciário. Como resultado da organização de poderes de Ackerman, o Judiciário fica restrito à aplicação profissional e técnica do direito estabelecido (sem maiores aspirações) e à avaliação de constitucionalidade de leis, sobretudo segundo o padrão típico de direitos liberais. Essa restrição do papel do Judiciário somente é feita, entretanto, sob uma condição. A condição é um tipo de relação hidráulica.

---

[17] ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 633-729, 2000.
[18] ACKERMAN, Bruce. *The stakeholder society*. 1999.

De fato, de um lado, o Judiciário não teria uma atuação particularmente estrutural e poderia quase que se restringir a defender direitos fundamentais de matiz "liberal", não tendo disposição ou capacidade para implementar os chamados "direitos a prestações positivas". Mas, por outro lado, haveria um poder diretamente encarregado do esforço de redistribuição. O papel de um só faz sentido no contexto da existência do outro. Em outras palavras, no âmbito de sua proposta ampla de reformulação da separação de poderes, o Judiciário pode ter um papel menos "ativo" na exata medida em que outro poder executa a função antioligárquica e emancipadora, por assim dizer.

Assim, "*I urge constitutionalists to transcend their traditional court-centered focus*", exorta Ackerman.

Mas a estratégia interpretativista depende do contexto jurisdicional, e segundo uma configuração peculiar, para veicular suas pretensões de transformação.

Poderíamos admitir que as propostas de inovação institucional de Unger — encontráveis no artigo "A constituição do experimentalismo democrático" e mais bem desenvolvidas em *False necessity* — fossem frágeis ou inconsequentes. Entretanto, mais do que sua avaliação em detalhes, a finalidade de nossa discussão é apontar que a prática analítica do direito — mesmo aquela voltada à instrumentalização do direito no contexto jurisdicional — depende da consideração abrangente das opções institucionais disponíveis, existentes ou imagináveis.

Quanto mais pormenorizadas as descrições de tais opções, mais visível a variação de configurações institucionais possíveis e mais interessante o tipo de avaliação que se possa fazer dessas configurações. O estudo detalhado das variações institucionais e das possibilidades de ampliação das opções institucionais disponíveis é, portanto, a tarefa.

A crítica ao direito, tomado como forma de preservação do *status quo*, não é a novidade do que estou a afirmar. A novidade, entendo, é a percepção de que o mesmo efeito de preservação advém, ainda que de modo subliminar, da restrição das formas de crítica juridicamente admitidas à interpretação do direito posto, no contexto jurisdicional, sustentadas pela inespecificidade dos enunciados normativos. Ainda que segundo valores humanistas. A essa situação cumpre resistir, sob pena, inclusive, de abdicarmos do uso de mecanismos já existentes no direito para o exercício da transformação.

O artigo de Unger, ora comentado, não se presta a outra coisa senão exemplificar esse esforço de resistência. Seus erros, se houver, estão em algum outro lugar.

Referências

ACCA, Thiago dos Santos. *Análise da doutrina brasileira dos direitos sociais*: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2005. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 633-729, 2000.

ACKERMAN, Bruce. *The stakeholder society*. 1999.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, L.R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da OAB*. Disponível em: <www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em: 5 jan. 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais*: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. Secretaria Nacional de Habitação. *Déficit habitacional no Brasil 2007*. Brasília, 2009.

SARLET, Indo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, "mínimo existencial" e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity*: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

WEBER, Max. *Economy and society*. Berkeley: University of California, 1994.