

# Racionalidade instrumental na decisão judicial: um estudo sobre a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como razão de decidir\*

## *Instrumental rationality in judicial decision: a study on the application of the principle of human dignity as a reason to decide*

Ivan Cláudio Pereira Borges<sup>1</sup>

### Resumo

Pretendo neste texto sugerir que o uso do princípio da dignidade da pessoa humana em decisões judiciais vem se constituindo em apelo retórico entimemático<sup>2</sup> cada vez mais presente no ementário de jurisprudência brasileira e que sua utilização incompletamente enunciada é parte integrante da tendência da racionalidade contemporânea, denominada instrumental/funcional, identificada por meio da teoria crítica de Horkheimer<sup>3</sup> e de Adorno, e não menos a de Herbert Marcuse<sup>4</sup>. Tal racionalidade assumiu contornos na atividade judicial na linha da inteligibilidade funcional do nosso tempo, percebida como funcionalismo jurídico<sup>5</sup>, e melhor compreendida nos estudos de António Castanheira Neves<sup>6</sup>. Para tanto, proponho o resgate da “razão instrumental” identificada na chamada Teoria Crítica, como possibilidade teórica de análise dos constructos judiciais, apesar das ressalvas de Jürgen Habermas e Axel Honneth quanto à pertinência deste instrumental teórico

<sup>2</sup> COPI, Irving. *Introdução à lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 208. “Um argumento que é enunciado de modo incompleto, parte do qual fica ‘subentendida’ ou apenas ‘na ideia’, tem o nome de ‘entimema’. Um argumento incompletamente enunciado é caracterizado como *entimemático*.” “[...] esse aspecto retórico não interessa ao lógico.” “Porque é incompleto, um entimema deve ter suas partes suprimidas levadas em conta, quando surge a questão de determinar a sua validade.”

<sup>3</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002.

<sup>4</sup> MARCUSE, Herbert. *One-Dimensional Man: studies in the ideology of advanced industrial society*. Boston: Beacon Press, 1991. Tendo embarcado no mesmo projeto original do Instituto de Pesquisas Sociais, quando da condução de Max Horkheimer, e também a de Adorno, parece que foi o que mais permaneceu fiel a este propósito inicial, como nos informa Douglas Kellner na *Introdução à segunda edição*, p. xxii: “*This project is extremely interesting within the history of Critical Theory since it shows that in the 1940s there were two tendencies within Critical Theory: (1) the philosophical-cultural analysis of the trends of Western civilization being developed by Horkheimer and Adorno in Dialectic of Enlightenment, and (2) the more practical-political development of Critical Theory as a theory of social change proposed by Marcuse and Neumann. For Marcuse and Neumann, Critical Theory would be developed as a theory of social change that would connect philosophy, social theory, and radical politics – precisely the project of 1930s Critical Theory that Horkheimer and Adorno were abandoning in the early 1940s in their turn toward philosophical and cultural criticism divorced from social theory and radical politics.*”

<sup>5</sup> “Funcionalismo jurídico” espécie de pensamento e prática jurídicos de nossos dias, segundo a proposta teórica proposta por António Castanheira Neves, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal, e que será suficientemente abordado mais à frente.

<sup>6</sup> António Castanheira Neves é hoje professor jubilado da Cátedra Jurídico-Filosófica da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal. Sua produção literária é extensa, bem como dispersa em livros, periódicos e até “sebentas” ou apostilas, e que agora são reunidas em digesta, com três volumes, por enquanto. Propôs o *jurisprudencialismo* como alternativa de entendimento à juridicidade, em lugar do *normativismo* e do *funcionalismo jurídico*. No âmbito do *normativismo*, Castanheira Neves insere o *jusnaturalismo* e o *juspositivismo* até ao ponto em que este propicia o surgimento do *funcionalismo jurídico*.

\* Recebido em: 18/08/2015.  
Aprovado em: 21/08/2015.

<sup>1</sup> Professor de Direito, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Mestre em Teologia Filosófica pelo Instituto Andrew Jumper, Universidade Mackenzie-SP. Mestre em Direito Jurídico-Filosófica pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal. Doutorando em Direito pelo UniCEUB..

para caracterizar a forma de pensar atual. A “razão instrumental” tem por base teórica a crítica epistemológica do jovem Marx, e vai além da teoria tradicional da racionalidade<sup>7</sup>. Valho-me, contudo, da teoria tradicional à luz da Teoria do Prescritivismo Universal de Richard Hare, para apontar o mesmo fato: as decisões judiciais vêm sucumbindo a um processo de alienação próprio do funcionalismo de nossos dias, verificada na *instrumentalização* do raciocínio jurídico, inspirando linhas críticas de pesquisa, como o *Critical Legal Studies*, a considerá-las, de forma extrema, como “irracionais”. Em outras palavras, ao fazer uso entimemático de certos padrões argumentativos, estas se refugiam, numa subjetividade injustificável e indemonstrável, externalizando uma razão instrumental judicial. Considero, inicialmente, a existência de demandas instrumentais em face de expectativas funcionais resultantes da confluência do crescente individualismo, associado às facilidades da tecnologia da informação, o que abre a possibilidade de elucidar a significação da razão instrumental na Teoria Crítica atualmente. Em seguida, procuro manter intactas as teses de Horkheimer e Adorno de forma resumida, apesar das principais fragilidades que apontam à subsistência da razão instrumental para os nossos dias, sem querer superá-las absolutamente, por óbvio, nos limites desse artigo. A caracterização do funcionalismo jurídico é analisada em seguida por meio da percepção teórica de Castanheira Neves e, por fim, o Prescritivismo Universal de Hare, é utilizado como ferramental teórico para comprovar o manuseio entimemático do princípio da dignidade da pessoa humana em decisões judiciais, o que se tentou demonstrar em três julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, servindo como demonstração empírica da tese aqui defendida, ou seja, a de uma instalação da racionalidade instrumental/funcional nas decisões judiciais contemporâneas.

**Palavras-chave:** Entimema. Decisão Judicial. Dignidade da Pessoa Humana. Prescritivismo Universal. Racionalidade Instrumental. Racionalidade Funcional. Teoria Crítica.

### Abstract

I intend in this paper suggest that the use of the principle of human dignity in judicial decisions are becoming an appealing rhetorical enthymematic increasingly present in the Brazilian case law abstracts. His incompletely stated use is an integral part of contemporary rationality trend, called instrumental / functional, identified by critical theory of Horkheimer and Adorno, not least that of Herbert Marcuse. Such rationality assumed contours in the judicial activity in line with the functional intelligibility of our time, perceived as legal bureaucracy, and better understood António Castanheira Neves studies. To this end, I propose the rescue of “instrumental reason” named in the call Critical Theory as a theoretical possibility analysis of judicial constructs, despite the shortcomings of Jürgen Habermas and Axel Honneth the relevance of this theoretical tools to characterize the current way of thinking. The “instrumental reason” has the theoretical basis of the epistemological critique the young Marx, and goes beyond the traditional theory of rationality. I make use, however, the traditional theory with the Theory of prescriptivism Universal Richard Hare to point to the same fact: the judgments come succumbing to a process of functionalism's own alienation of our times, checked the instrumentalization of the legal reasoning, inspiring critical research areas, such as the Critical Legal Studies, to consider them, in an extreme way, as “irrational”. In other words, when making enthymematic use of certain argumentative patterns, they take refuge in an unjustifiable and unprovable subjectivity, outsourcing legal instrumental reason. I consider, first, the existence of instrumental demands in the face of functional expectations resulting from the confluence of growing individualism, associated with facilities of information technology, which opens up the possibility of elucidate the significance of instrumental reason in theory currently Criticism. Then try to keep intact the thesis of Horkheimer and Adorno in summary, although the main weaknesses pointing to the livelihood of instrumental reason for our day, not wanting to overcome them all, obviously, within the limits of this paper. The characterization of the legal functionalism is analyzed then through theoretical perception Castanheira Neves and, finally, the prescriptivism Universal Hare is used as theoretical tools to prove enthymematic handling of the principle of human dignity in judicial decisions. I tried to demonstrate in three judged by the Court of Justice of the Federal District and territories this enthymematic use, serving as an empirical demonstration of the thesis defended here, that is, an installation of instrumental / functional rationality in contemporary judgments.

**Keywords:** Critical Theory. Enthymeme. Functional Rationality. Human Dignity. Instrumental Rationality. Judicial Decision. Universal Prescriptivism.

<sup>7</sup> Por “teoria tradicional” entende-se aquela que originada de Descartes, em que a discussão e a aplicação da ciência e da filosofia moderna “não podem contentar-se hoje com uma discussão sobre juízos de fato e de valor”, explica FREITAG, Barbara. *Teoria crítica: ontem e hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 37. Conforme a autora, “[...] para a teoria tradicional a *necessidade* do trabalho teórico significa o respeito às regras gerais da lógica formal, ao princípio da identidade e da não contradição, ao procedimento dedutivo ou indutivo[...]”. 41. Cf. sobretudo o debate Karl Popper e Theodor Wisegrund-Adorno. O texto de Popper tornou-se livro, POPPER, Karl. *Sobre a lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978. O de Adorno pode ser encontrado na *Disputa com Popper*, ADORNO, Theodor W. *Os pensadores*. São Paulo: Abril, 1975.

## 1 A expectativa funcional

A atividade judicial decisória enfrenta, vez por outra, uma dupla crítica, e nem sempre são estas concomitantes: a da morosidade de sua trajetória e a da irracionalidade de seu conteúdo. Não é de hoje o problema. Para não irmos tão longe, no início do século XX, precisamente em 1921, ensinava Rui Barbosa aos recém-formados em Direito pela Faculdade de Direito do Largo do São Francisco: “Justiça atrasada não é justiça, mas injustiça qualificada e manifesta”. E acrescentou, “Melhor será que a sentença não erre. Mas, se cair em erro, o pior é que se não corrija.”<sup>8</sup> A lentidão na apuração dos fatos e da correspondente aplicação da lei é própria da realidade do Judiciário brasileiro desde os tempos do Império, fato que a reforma do judiciário, para fazer face ao momento de retomada da democracia no país, tentou corrigir, mediante os termos da Emenda Constitucional 45.

Em outro sentido, decisão judicial veloz, no estilo “fast food”, e que não apresente consistência e coerência<sup>9</sup>, utilizando-se de abstrações ou generalizações, também não é justiça, mas injustiça travestida e velada. Quem clama por justiça aspira pela urgência de uma solução. E, ao se submeter ao crivo da jurisdição, espera que se ponha um fim à contenda, mediante decisão judicial técnica e razoavelmente justificada. Isto é, que seu conteúdo possa ser compreendido em um contexto de coerência argumentativa e consistência jurídico-legal, de maneira que a justificação que a sustenta contenha critérios isonômicos, que poderão ser utilizados da mesma forma em casos semelhantes.

A realização da justiça significa atender a expecta-

tivas diversas, envolvendo atividades que se complementam, desde os procedimentos administrativos de controle de fluxo de autos, às decisões que impulsionam sempre à frente o processo, por meio de procedimentos instrumentais, os quais se subdividem em cumprimento de formalidades garantidoras da isonomia processual, na produção da decisão judicial e, por fim, na execução do mando judicial. Tais dinâmicas se encontram fundamentadas na expectativa da celeridade de uma decisão judicial definitiva. Aliás, essa expectativa, com o incremento da tecnologia da informação, tornou-se mais exigente, a refletir o imediatismo de nossos dias, concretizado nas soluções *on-line* de problemas vários, ainda que superficialmente resolvidos.<sup>10</sup>

As recentes modificações no texto constitucional, por conta da Emenda Constitucional nº 45, conhecida como Reforma do Judiciário, tiveram a intenção de prover agilidade de fluxo aos processos judiciais, mas indiretamente também envolve submeter o magistrado a um controle de sua atividade fim. Não se trata de um controle direto sobre o conteúdo da decisão e a forma de sua ponderação judicial. Trata de instigar o juiz a dotar-se de uma racionalidade que está a serviço da eficiência produtiva. O controle administrativo do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ao privilegiar a *performance*, como se extrai de sua política gerencial de Metas, incita a pressupor que um conteúdo mais elaborado da decisão começa a perder espaço na dinâmica da atividade judicante do juiz de direito em virtude da pressão por desempenho. O controle externo e gerencial, ante o desnível entre o demandismo crescente de ações judiciais e as ínfimas possibilidades numéricas de juizes para apreciá-lo, cria um ambiente tenso de impotência pessoal, que se avoluma dia-a-dia nos tribunais do país. Os juizes têm de cumprir o seu papel institucional, mas nos últimos tempos o Estado aliou

<sup>8</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Hedra, 2009, p. 64.

<sup>9</sup> Por “coerência” na decisão judicial entendemos que se trata do mesmo que “universalizabilidade” cf. FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do Leasing*. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 148, ou seja, “que o argumento seja coerente logicamente, independentemente do que quer que seja seu conteúdo substancial.” Em outras palavras, “um juízo proferido em um determinado caso dever ser aplicado em relação aos demais casos em que haja identidade de circunstâncias situacionais.” Tomando como base o Prescritivismo Universal de Richard Hare, o que propôs Roberto Freitas Filho é de uma separação, e suspeito que não abandono, da lógica prescritiva do pensamento moral, pois, para ele, entender decisões judiciais com conteúdo meramente moral só fazem sentido, ou só são racionalmente compreendidos, se tiverem uma lógica prescritiva que a torna possível (p. 149-150).

<sup>10</sup> CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1. “Este livro estuda o surgimento de uma nova estrutura social [...]”, p. 51, que “[...] está associada ao surgimento de um novo modo de desenvolvimento, o informacionalismo, historicamente moldado pela reestruturação do modo capitalista de produção, no final do século XX”, p. 51; “[...] a tecnologia e as relações técnicas de produção difundem-se por todo o conjunto de relações e estruturas sociais penetrando no poder e na experiência e modificando-os [...]”, p. 54; “Desta forma, os modos de desenvolvimento modelam toda a esfera de comportamento social, inclusive a comunicação simbólica.”, p. 54; “[...] devemos esperar o surgimento de novas formas históricas de interação, controle e transformação social.”, p. 54.

a histórica sobrecarga de processos a um controle meramente técnico de seu fluxo, e que desconsidera a relação crescente demanda versus possibilidade decisória.

Neste quadro existencial, os atores são obrigados a desenvolver estratégias (“*Game Theory*” e “*Public Choice*”<sup>11</sup>) que lhe garantam a sobrevivência no sistema. Os juízes não podem reclamar publicamente que estão assoberbados. Aceitaram o jogo e suas regras. Reconhecer a impotência acarretaria desprestígio. Portanto, mais e mais se dedicarão à apreciação dos processos, a fim de garantir a satisfação estatística. Isso não significa controle sobre suas convicções e conhecimento jurídico acumulados ao longo dos anos. Antes, significa uma submissão, lenta, gradual e sub-reptícia da racionalidade técnica à racionalidade de fins. Até que ponto o controle do fluxo processual afeta a razão de decidir? Se os juízes desenvolvem estratégias, como seriam? Nas mais diversas atividades humanas, há sempre equilíbrio entre a velocidade da produção e seu resultado. O resultado não pode ser medido pela velocidade de seu processamento, pois prejudica a qualidade. Deve haver um “ótimo”, um ponto de convergência entre o processo de produção e a celeridade, de maneira a não comprometer a qualidade. Mas o juiz não foi treinado para isto. E, no Brasil, nem mesmo treinado a decidir ele o foi.

Além do controle de fluxo, há expectativa pela celeridade da produção de uma decisão judicial que seja de qualidade. Em termos gerais, pode-se dizer que uma decisão jurídica de qualidade é aquela que analisa todos os fatos trazidos aos autos e à luz da lei vigente, em consonância com as mais abalizadas interpretações jurídicas constantes da jurisprudência. A questão, contudo, não se restringe aos limites da adequação a reiterações jurisprudenciais, vinculações sumulares, imposições de orientação decisória por motivo de repercussão geral, e outros tipos de conformação à homogeneização do entendimento jurídico. Diz respeito ao grau de racionalidade impressa na justificação decisória, aos critérios substanciais envolvidos numa opção racional do julgador que, muitas vezes, diante de casos em que não há parâmetro racional (casos difíceis ou *hard cases*), terá de construir seus próprios argumentos e estabelecer seu método.

<sup>11</sup> PERINO, Michael A. *Strategic decision making in federal district courts: evidence from securities fraud action*. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=727905>>. Acesso em: 03 fev. 2014. SHEPHERD, Joanna M. *Measuring maximizing judges: empirical legal studies*. *Public Choice Theory and Judicial Behavior*. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1910918>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

A expectativa funcional está hoje a ditar as normas procedimentais das atividades particulares e a exigir dos serviços e das atividades em geral a celeridade para a obtenção de um fim independentemente de valores. A realidade mundanal abdicou-se dos valores na medida em que, paradoxalmente, passou a exigir direitos cada vez mais particularizados. Não há direitos para todos, esta é a realidade que se quer esconder. Mas os que existem devem ser igualmente distribuídos. Os dilemas encontrados no ambiente sociológico ocorrem por força da alta complexidade estrutural, dimensional e intencional das sociedades atuais<sup>12</sup>, e como resultado de uma radical mutação dos referentes axiológicos e culturais que se encontram em seus pressupostos.<sup>13</sup> Tais realidades tornaram, numa velocidade sem precedentes, maior o distanciamento entre as necessidades sociais e seu efetivo provimento pelo Estado<sup>14</sup>. Isto se reflete na atividade judicial, para onde correm os desamparados, na esperança de que tudo se resolva com a velocidade necessária.

Avultam sobre tais assuntos análises filosóficas e sociológicas sobre o momento em que vivemos, tempo de Narciso, de individualismo, com o esvaziamento dos sentidos, da identidade, expressões exploradas pelo filósofo contemporâneo francês Gilles Lipovetsky para enfatizar um processo de esvaziamento (dessubstanciação) de sentido das ações e a consequente expansão ideológica e política:

[...] quando uma sociedade ‘valoriza o sentimento subjetivo dos atores e desvaloriza o caráter objetivo da ação’[...] aciona um processo de dessubstanciação das ações e doutrinas cujo efeito imediato é uma ‘descripação’ ideológica e política. Neutralizando os *conteúdos* em benefício da sedução psi, o intimismo generaliza a indiferença, coordena uma estratégia de desarmamento nos antípodas do dogmatismo das exclusões.<sup>15</sup>

Parece haver razão sociológica que explique a forma pela qual as pessoas procuram sobreviver na atualida-

<sup>12</sup> NEVES, A. Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido: o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 10.

<sup>13</sup> NEVES, A. Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido: o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 10.

<sup>14</sup> Veja o caso da Previdência Social, e o da Saúde no Brasil. O Estado vive um eterno processo de desequilíbrio para cumprir com os direitos constantes da Constituição para aposentados, pensionistas, e enfermos.

<sup>15</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio*. São Paulo: Manole, 2008. p. 48.

de de maneira tão fugaz. O sociólogo polonês Zygmunt Bauman tem se dedicado em seus livros a entender esse processo. Talvez o ambiente de precariedade e incerteza do mundo presente, tendo o mercado como gestor do clima ambiental da sociedade, seja, como sugere Bauman, o incentivador dessa reação. Segundo ele:

Assim, homens e mulheres são treinados (aprender pelo modo difícil) a perceber o mundo como um contêiner cheio de objetos descartáveis; o mundo inteiro, inclusive outros seres humanos. Todo item é substituível, e é melhor que o seja. E se uma grama mais verde aparecer, e se alegrias mais intensas e até agora não experimentadas acenarem de longe? Num mundo em que o futuro é cheio de perigos, qualquer chance não aproveitada aqui e agora é uma chance perdida; não aproveitá-la é imperdoável e não tem justificativa.<sup>16</sup>

Na esfera axiológica, a expectativa reinante ocorre em virtude de uma “sociedade individualista e sem valores, só interessada quer politicamente quer estrategicamente em reivindicantes ‘liberdades’, tornadas ‘direitos’ subjetivos sem deveres, e em ‘limites’ garantísticos”, tendo o direito “como simples *regulador funcional*”.<sup>17</sup> Um “salve-se-quem-puder” elegeu a reforma do Judiciário como “espinho na carne” da democracia, e jogou sobre ele a incumbência de colocar ordem na casa. Isto não quer dizer que corretivos necessários não houvesse para trazer a atividade judicial a um padrão de civilidade do nosso tempo. As primeiras correções efetuadas pelo CNJ no Brasil revelaram um quadro vexatório em muitos Estados, passível de punição exemplar, tamanho o desrespeito com a pessoa humana. A questão aqui é outra. Significa um adernamento para o outro lado, ocasionado por outra força contrária, a do ajuste da democracia no Judiciário a qualquer preço.

A expectativa funcional constitui sintoma do tempo presente<sup>18</sup>, funcional, no sentido de que, qualquer que seja a atividade, esta deverá cumprir com a utilidade que se espera dela independentemente do valor que representa. A ideia se fixa no resultado como forma de solução de um problema ou aspiração imediata. Nesse contexto a decisão judicial sofre pressão. Justa ou injusta, não importa,

desde que proferida por outros motivos, entre estes, o de um “tempo razoável”. Para certos interesses, o tempo é que comanda, e o magistrado ante tais expectativas deverá ser treinado de forma a que profira uma decisão com qualidade em tempo cada vez mais exíguo.

Nesse amplo quadro de expectativas, as políticas públicas em relação ao Judiciário têm sido orientadas, focalizando a produtividade como meta acima das demais. As determinações do Conselho Nacional de Justiça, órgão com a incumbência de exercer controle externo às atividades do Judiciário incentivam a atividade judicial a cumprirem metas. Conquanto seja necessário o aperfeiçoamento da gestão para um mínimo de organização e controle administrativo, a ênfase do CNJ aumentou a suspeita de um desnível entre qualidade de fluxo e qualidade da decisão judicial. À margem de tais questões, focalizaremos apenas a possibilidade de a fundamentação da decisão judicial, que se utiliza do princípio da *dignidade da pessoa humana* ser ou não expressão do funcionalismo jurídico.

Para que tal análise se faça, comecemos pela genealogia do funcionalismo jurídico, observando suas raízes na ruptura da razão objetiva e subjetiva, foco do desenvolvimento da Teoria Crítica de Max Horkheimer e Theodor Adorno, com os auxílios posteriores de Herbert Marcuse.

## 2 Razão instrumental: o eclipse da razão

A convite do Departamento de Filosofia da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos da América, em 1944, Max Horkheimer<sup>19</sup> apresentou uma série de cinco conferências sobre *Society and Reason*. Para tanto, ofereceu resumo de *Dialektik der Aufklärung*<sup>20</sup>, ou como

<sup>16</sup> BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008. p. 198.

<sup>17</sup> NEVES, A. Castanheira. *O direito hoje e com que sentido: o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 11.

<sup>18</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio*. São Paulo: Manole, 2008.

<sup>19</sup> Horkheimer foi um dos precursores da equipe de pesquisadores que compunha o Instituto de Pesquisas Sociais na cidade de Frankfurt, Alemanha, por volta dos anos 30, do século XX, posteriormente conhecida como “Escola de Frankfurt”. A entidade foi criada e mantida por um mecenas alemão, com o objetivo de propagar as ideias marxistas na Alemanha. Com a ascensão de Hitler ao poder, seus membros migraram temporariamente para os Estados Unidos, e lá foram largamente requisitados pelas universidades e centros de pesquisa, como uma forma de desenvolver argumentos contra o fascismo durante a Segunda Grande Guerra.

<sup>20</sup> “Dialética do Esclarecimento”. ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1985. Tradução, Guido Antonio de Almeida.

ele mesmo disse “uma versão mais ou menos vulgarizada da filosofia da *Aufklärung*...”<sup>21</sup>. O livro a respeito somente foi publicado em 1947, com o título *Eclipse of Reason*, que “fazia uma clara alusão ao título do último artigo de Horkheimer em *SPSS*<sup>22</sup>, “The End of Reason”, mas, também, ao título da coleção de aforismos de sua juventude, *Dämmerung* (Crepúsculo).<sup>23</sup> Tanto esse livro quanto o trabalho mais teórico anteriormente desenvolvido tiveram a contribuição de Theodor Wiesegrund-Adorno (“ruptura interna das ideias), além de Leo Löwenthal e de Gurland<sup>24</sup>.

Nesse esboço da *Dialética do Esclarecimento*, o objetivo de Horkheimer consistiu em apresentar as ideias da *Aufklärung* de maneira mais compreensível, bem como uma nova versão da oposição à metafísica e ao positivismo, “dirigida, explicitamente, contra o pragmatismo americano e o neotomismo.”<sup>25</sup>

Os elementos aí contidos constituem evolução do trabalho de Horkheimer iniciados mais ou menos dez anos antes, em 1937, por conta da publicação do artigo, que se tornaria célebre, *Traditionelle und kritische Theorie*<sup>26</sup>, ou “teoria tradicional e teoria crítica da sociedade”, em que desenvolveu o conceito da teoria existente em *Das Kapital*, de Marx, para teorizar a sociedade e demonstrar que há “efetivamente, atitude humana que toma a própria sociedade por objeto.”<sup>27</sup>

A racionalidade funcional, de matriz instrumental, por conta da prevalência da razão subjetiva, nos termos dos esforços da construção de uma teoria crítica proposta por Max Horkheimer e Theodor Wiesegrund-Adorno<sup>28</sup>, cresceu com a sociedade industrial, com as

expectativas produtivas e de *performance*, com a evolução das tecnologias. Tem por objetivo a satisfação de fins, exclusivamente de fins, submetendo os meios e, principalmente, os conteúdos a uma servil condição. Isso, como se verá, compromete a produção de justiça, na medida em que esta constitui antes um valor e não um fim apenas. Noutra sentença, compromete direitos constitucionais em ampla significação.

Dois anos antes de sua morte, Horkheimer publicou um ensaio em 1970, *Teoria Crítica Ontem e Hoje*<sup>29</sup>, com uma revisão de seus pressupostos colhidos na teoria de Karl Marx, em que reconhece três grandes equívocos da teoria marxista. Mesmo assim, apesar da renúncia a algumas das teses centrais do materialismo histórico, ele sustentou a higidez dos aspectos fundamentais da teoria crítica, mais especificamente o de buscar uma razão libertadora, vinculada a um juízo existencial, distante da teoria tradicional, cartesiana, teórica descontextualizada.

O que se busca com tal marco teórico é reafirmar seus pressupostos e ampliar sua aplicação crítica para a atividade jurisdicional de forma a demonstrar que as decisões judiciais comportam tendência instrumental ao optar por justificativas que estão atreladas mais à razão subjetiva do que à objetiva e, assim, conformadas à racionalidade instrumental. O que buscamos, portanto, é uma compatibilização entre a teoria crítica e a teoria tradicional de modo que estas ofereçam, juntas, contribuições para identificar nas decisões judiciais como comportamento socialmente engajado reflexo da racionalidade funcional de nossos dias.

Veremos a seguir, com Horkheimer, o que ele identifica como alteração ou ruptura da racionalidade. As mudanças havidas com a Modernidade trouxeram igualmente novos desafios, que se refletem na forma de agir e de pensar das pessoas e das instituições.

<sup>21</sup> WIGGERHAUS, Rolf. *A escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico, significação política*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 374-375.

<sup>22</sup> Studies in Philosophy and Social Science.

<sup>23</sup> WIGGERHAUS, Rolf. *A escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico, significação política*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 375.

<sup>24</sup> WIGGERHAUS, Rolf. *A escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico, significação política*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 375.

<sup>25</sup> WIGGERHAUS, Rolf. *A escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico, significação política*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 375.

<sup>26</sup> “Tradição e crítica teórica”.

<sup>27</sup> WIGGERHAUS, Rolf. *A escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico, significação política*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 214.

<sup>28</sup> ADORNO, Theodor W. ; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1985. “O que nos propuséramos era, de fato, nada menos do que descobrir por que a humanidade, em vez

de entrar em um estado verdadeiramente humano, está se afundando em uma nova espécie de barbárie.”, p. 11. “A aporia com que defrontamos em nosso trabalho revela-se assim como o primeiro objeto a investigar: a autodestruição do esclarecimento.”, p. 13. “O saber que é poder não conhece nenhuma barreira, nem na escravização da criatura, nem na complacência em face dos senhores do mundo.” “A técnica é a essência desv se saber, que não visa aos conceitos e às imagens, nem o prazer do discernimento, mas o método, a utilização do trabalho de outros, o capital.” “O que importa não é aquela satisfação que, para os homens, se chama “verdade”, mas a “*operation*”, o procedimento eficaz.”, p. 20.

<sup>29</sup> HORKHEIMER, Max. *Gesellschaft im Uebergang. Aufsätze, Reden um Vortraege*. Frankfurt: Fischer Verlag, 1972, apud FREITAG, Barbara. *Teoria crítica: ontem e hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

### 3 O eclipse

Pressupõe Horkheimer a existência de dois tipos de razão: a objetiva e a subjetiva. A objetiva foca os conceitos, tal como a ideia do “bem supremo, o problema do destino humano e o modo de realização dos fins últimos.”

<sup>30</sup> Relaciona-se com a presunção de que a razão é parte integrante da realidade objetiva. A subjetiva tem no sujeito a definição do que seja efetivamente algo relacionado à razão. Nesse sentido, “a razão subjetiva se revela como a capacidade de calcular probabilidades e desse modo coordenar os meios corretos com um fim determinado.”<sup>31</sup>

Segundo o ex-diretor da Escola de Frankfurt, os grandes sistemas filosóficos, desde Platão e Aristóteles, passando pelo escolasticismo na Idade Média, e bem assim o Idealismo Alemão, “foram fundados sobre uma teoria objetiva da razão.”<sup>32</sup> Para ele, a razão objetiva jamais exclui a razão subjetiva, mas a considera como “expressão parcial e limitada de uma racionalidade universal.”<sup>33</sup>

A crise da razão ou o eclipse dela diz respeito, segundo a interpretação de Horkheimer, a um processo de inversão de predominância da razão subjetiva sobre a razão objetiva. É crise não somente por isso, mas pelo fato de que a razão subjetiva saiu de sua posição secundária e auxiliadora da razão objetiva, para se tornar protagonista. É crise porque a razão subjetiva preocupa-se exclusivamente em adequar ou em regular os meios aos fins, anulando qualquer conteúdo de conceito como justiça, verdade, correção etc., que postula a razão objetiva.

O resultado dessa inversão da forma de compreensão da realidade, segundo Horkheimer, refere-se ao fato de que:

no fim, nenhuma realidade particular pode ser vista como racional *per se*. Todos os conceitos básicos, esvaziados de seu conteúdo, vêm a ser apenas invólucros formais. Na medida em que é subjetivada, a razão se torna também formalizada. “A plausibilidade dos ideais, os critérios que norteiam nossas ações e crenças, os princípios orientadores da ética e da política, todas as nossas decisões supremas, tudo isso deve depender de fatores outros que não a razão.”<sup>34</sup>

<sup>30</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 15.

<sup>31</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 15.

<sup>32</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 14.

<sup>33</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 14.

<sup>34</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 17.

Ora, se o que restou foi uma razão formalizada, cujo único objetivo é regular os meios segundo os fins, quaisquer que sejam eles, a razão perdeu sua autonomia, na medida em que passou a ser serva da interpretação cultural, do conceito de nação e, nesse passo, do princípio abstrato do “interesse pessoal”, núcleo ideológico do Liberalismo. Em outras palavras, o subjetivismo cultural veio substituir principalmente a razão objetiva, e ampliar os limites da razão subjetiva, dando a esta a fundamentação necessária de sua formalização. Em seguida, o conceito de nação foi tomado como “motivo supremo, ultraindividual na vida humana”<sup>35</sup>, permitindo que, a reboque, se instalasse o princípio do “interesse pessoal”.

Para ele, é sintomático que a irracionalidade que se formou nessa transformação, mais ainda a irracionalidade política é que deu lugar às ditaduras, pelas quais o esvaziamento do conteúdo dos princípios políticos das pessoas e das nações ficou evidente. Sem conteúdo o que vale são os fins.

Os conceitos antes soberanos pela razão objetiva foram “aerodinamizados”, racionalizados subjetivamente, “como se o próprio pensamento tivesse se reduzido ao nível do processo industrial”<sup>36</sup>. Via de consequência, “as ideias se tornaram automáticas, instrumentalizadas”<sup>37</sup>, “consideradas como máquinas”<sup>38</sup>, e o que parece ser mais aterrador, “menos alguém vê nelas pensamentos com um significado próprio”<sup>39</sup>

Mas o que causou o desterro da razão objetiva, e mesmo, ao final, da própria razão em si?

Na avaliação de Horkheimer e Adorno, o “avanço do iluminismo”<sup>40</sup>, em que “interesses adquiridos que se opõem aos tradicionais valores humanitários”<sup>41</sup> e apelam para a razão objetiva neutralizada, possibilitou o esvaziamento da substância dos conceitos, tornando-os sem sentido, o que favoreceu o senso comum, de maneira a possibilitar a utilização, até mesmo, contraditória dos

<sup>35</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 28.

<sup>36</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 30.

<sup>37</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 30.

<sup>38</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 30.

<sup>39</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 30.

<sup>40</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 32.

<sup>41</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 32.

conceitos esvaziados. Assim, pelo império da razão subjetiva, libertação e opressão teriam o mesmo “sentido”, a depender da pertinência do uso.

Pode ser igualmente sem sentido dizer que um modo particular de vida, uma religião, uma filosofia, é melhor ou mais verdadeira do que outra. Desde que os fins não são mais determinados à luz da razão, é também impossível dizer que um sistema econômico e político não importa o quanto cruel e despótico ele seja, é menos racional do que outro.<sup>42</sup>

Nesse ponto, é importante colocar em evidência a natureza da vacuidade de sentido denunciada por Horkheimer. Ele não está postulando um retorno a preceitos religiosos, ou de qualquer tradição, para conduzir o sentido dos conceitos defendidos pela razão objetiva, muito embora, antes do movimento iluminista, isso tenha sido a tônica. Para ele, todas as heranças advogadas em proveito de um conteúdo para a razão são mitológicas, mas não foram tão destruidoras como o momento em que a subjetividade da razão tomou o lugar. A forma de definir o conteúdo é, segundo ele, pelo critério da negação. O que é falsidade? O que é mentira? Talvez seja mais fácil identificar a face negativa antes da positiva.<sup>43</sup>

O que se tem dito a respeito da dignidade do homem é certamente aplicável aos conceitos de justiça e igualdade. Tais ideias devem preservar o elemento negativo, como a negação do antigo estágio de injustiça e desigualdade, e ao mesmo tempo conservar o significado absoluto original, enraizado em suas origens aterradoras. De outro modo, tornam-se não só indiferentes como falsas.<sup>44</sup>

Voltando à questão, a razão objetiva saiu do protagonismo em virtude da prevalência da autonomia pugnada pela própria razão, agora subjetiva. Esta, por sua vez, submeteu os meios aos fins e, portanto, formalizou-se, deu mais valor à instrumentalização.<sup>45</sup> Essa foi a característica encontrada por Horkheimer e Adorno na racionalidade da sociedade do século XX.<sup>46</sup> Em todas as

áreas com as quais o ser humano se relaciona, tais como a música, a beleza, há tendência à reificação, à coisificação, à instrumentalização.<sup>47</sup>

A inclinação para reificação não é desses últimos séculos, segundo Horkheimer, pois sua “origem deve ser buscada nos começos da sociedade organizada e do uso de instrumentos.”, mas “a transformação de todos os produtos da atividade humana em mercadorias só se concretizou com a emergência da sociedade industrial.”<sup>48</sup> É o sistema econômico vigente, intitulado “mercado”, que quantifica a mercadoria e o trabalho, na base do critério da utilidade, ou mesmo da utilidade sem sentido, como o luxo, e dá ao trabalho produtivo apenas um sentido, se resulta rentável.

A fusão de todas essas aspirações da subjetivação da razão se deu, para Horkheimer, ao nível do pensamento, no Pragmatismo.<sup>49</sup> A ideia central do pensamento pragmático de William James, segundo Horkheimer, “é a opinião de que uma ideia, um conceito ou uma teoria nada mais são do que um esquema ou plano de ação, e portanto a verdade é nada mais do que o sucesso da ideia.”<sup>50</sup> Em outros termos, o sucesso de um empreendimento qualquer é avaliado não pelo valor intrínseco do propósito em si, mas pelo cumprimento do projeto, pela efetividade da aspiração.

Via de consequência, o significado de qualquer ideia ou mesmo ação é reduzida ao plano ou ao projeto de algo que atinge seu fim. O que ocorreu foi a “troca da lógica da verdade pela lógica da probabilidade”<sup>51</sup>. A previsão será sempre a essência de todo o pensamento, na expectativa exclusiva de alcançar o melhor e evitar o

---

pode ser alcançado por uma única via: servir a um determinado propósito.”

<sup>47</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 47. “Outrora, uma obra de arte aspirava dizer ao mundo o que ele (sic) era, formular um veredito supremo. Hoje ela é completamente neutralizada. Tome-se, por exemplo, a sinfonia *Eroica*, de Beethoven. A audiência média de nossos dias é incapaz de perceber o seu significado objetivo. O público ouve essa obra como se ela tivesse sido escrita para ilustrar os comentários do programa.”

<sup>48</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 48.

<sup>49</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 49. Para mais detalhes sobre o conteúdo e, sobretudo, sobre as consequências do Pragmatismo ver RORTY, Richard. *Consequências do pragmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, s/d.

<sup>50</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 49.

<sup>51</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 50.

<sup>42</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 39.

<sup>43</sup> A esse respeito, Roberto Freitas Filho apresenta uma possível solução de superação. FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do Leasing*. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 187-304.

<sup>44</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 44.

<sup>45</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 44.

<sup>46</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 45. “A sociedade do século XX não se perturbou com tais inconsistências. Para ela, o significado só

pior.<sup>52</sup> Por exemplo, “justiça”, somente será um objeto a ser perseguido na perspectiva filosófica se puderem ser previstos os efeitos práticos que estiverem ao alcance da imaginação humana, o que, nesse sentido, até mesmo a noção de “objeto” está comprometida. Isso faz com que a valoração dos propósitos e dos meios para atingi-los sejam sempre “simples assunto do sujeito”.<sup>53</sup> Em outros termos, “o comportamento das pessoas decide sobre o significado de um conceito.”<sup>54</sup>

A proposta do Pragmatismo é ilógica, pois, ao propor o esvaziamento dos conteúdos, ou seja, a desconsideração da razão objetiva, contraria sua própria perspectiva: a de ser compreendida.

Mas uma doutrina que tenta seriamente dissolver as categorias intelectuais — tais como verdade, significado ou concepções — em atitudes práticas não pode esperar ser entendida, no sentido intelectual da palavra; pode apenas tentar funcionar como um mecanismo para desencadear certas séries de acontecimentos.<sup>55</sup>

Só esse aspecto contraditório da filosofia pragmatista já seria suficiente para descartá-la. Mas há ainda um braço desse pensamento que se encontra misturado à massa, como fermento, produzindo expectativas de razão subjetiva que, como vimos, leva à irracionalidade. Trata-se do método empregado pelo pragmatismo para se apurar a “verdade” pragmatista. Empregado na verificação dos fenômenos das ciências naturais, o método é exclusivamente o experimento científico, exclusivamente por meio do qual, algo pode ser identificado. A verdade objetiva foi substituída pela experiência, pelo “maquinismo da pesquisa organizada” e “sancionado pela filosofia”.<sup>56</sup> O pesquisador pragmatista trata os “objetos” (se é que existem), os métodos e sua própria função como pertencentes unicamente a uma “matéria subjetiva”<sup>57</sup>, o que implica concluir que nada do que faz, do que busca pesquisar, tem sentido.

Para Horkheimer, a chamada “experimentação ativa”, o processo segundo o qual “todas as esferas da vida

intelectual” se submetem às “técnicas de laboratório”, constitui tentativa de modelagem, a exemplo do “industrialismo moderno”, forçando todo pensamento a “ter um álibi”, em que “deve apresentar um registro da sua utilidade”.<sup>58</sup> E acrescenta, afirmando que, mesmo “que o seu uso direto seja ‘teórico’, deve ser finalmente verificado pela aplicação prática da doutrina em que funciona.”<sup>59</sup>

As reflexões trazidas por Horkheimer e Adorno tomaram corpo na compreensão sobre os novos momentos vividos pela sociedade por meio de sua exigência por resultados e desempenho. Com o incremento da sociedade de consumo, pode-se supor que se tornou mais importante avaliar para que serve algo do que o que é. Valioso é aquilo que serve como instrumento para um fim que se espera. Importa saber agora como esta expectativa se apresenta no funcionalismo e, depois, no funcionalismo jurídico.

#### 4 Tentativas de superação da Teoria Crítica

Para o bem da transparência científica dessa pesquisa, importa esclarecer que a Teoria Crítica nas bases propostas por Horkheimer, Adorno, Marcuse e outros mais, não ficou afastada de críticas<sup>60</sup> e tentativas de sua superação. O projeto emancipatório proposto por essa teoria da sociedade aninhada numa percepção das relações sociais de dominação, ou de um paradigma produtivista<sup>61</sup> teve proposta de superação, entre outros, pelos estudos teóricos de Jürgen Habermas e, posteriormente, por Axel Honneth, atual representante da Escola, no sentido de “repensar as bases do projeto crítico vinculado ao diagnóstico de Marx.”<sup>62</sup>

Apesar de manifestação de discordâncias informais entre Habermas e os genitores da teoria crítica, é

<sup>52</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 51.

<sup>53</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 53.

<sup>54</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 54.

<sup>55</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 55.

<sup>56</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 56.

<sup>57</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 57.

<sup>58</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 57.

<sup>59</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 57.

<sup>60</sup> MACINTYRE, Aladair. *As ideias de Marcuse*. São Paulo: Cultrix, 1973; HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. 4. ed. Buenos Aires: Taurus, 2003. p. 43 e segs., sobretudo p. 465 em diante.

<sup>61</sup> MELO, Rúrion. Práxis social, trabalho e reconhecimento: o problema da reconstrução antropológica na teoria crítica. In: MELO, Rúrion. (Coord.). *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145-178.

<sup>62</sup> MELO, Rúrion. Práxis social, trabalho e reconhecimento: o problema da reconstrução antropológica na teoria crítica. In: MELO, Rúrion. (Coord.). *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145.

somente com uma crítica pormenorizada e sistemática que mereceu exposição na obra principal, *Teoria da Ação Comunicativa*, ampliada no livro *O Discurso Filosófico da Modernidade*, originário de palestras proferidas em 1983 no Collège de France, que as divergências teóricas se estabelecem.<sup>63</sup>

Para Habermas, o debate sobre a razão deveria tomar rumo diferente, pois pressupunha o fim da filosofia da consciência e, portanto, três conceitos centrais da teoria crítica deveriam ser revistos: a razão, a verdade, e a democracia.<sup>64</sup> Especificamente quanto à razão, o problema estaria nos pressupostos ultrapassados de Horkheimer e Adorno sobre o “conceito histórico-filosófico de razão”, extraídos das ideias de Karl Marx.<sup>65</sup> A crença em uma razão histórica, que se manifestaria inevitavelmente mediante o processo material de produção e reprodução da moderna sociedade burguesa, que se objetivasse na história e emancipasse a humanidade, não se realizou, mas foi em sentido contrário. Sem a base normativa localizada na esfera do trabalho, a razão iluminista que se volta contra si mesma na proposta de Horkheimer e Adorno, a proposta torna-se um “beco sem saída”. Analisando detidamente a proposta de Karl Marx, Habermas chega à conclusão de que a racionalidade emancipatória não pode se vincular à “práxis do trabalho” e sim a uma nova mediação, intersubjetiva, que ele propôs em sua teoria da ação comunicativa.<sup>66</sup>

A razão principal para o reestudo foi, na interpretação de Honneth, a transformação da base histórica em que se deu a observação de Karl Marx sobre emancipação e trabalho social. Em suas próprias palavras,

A base histórica da teoria da emancipação, no âmbito da qual Marx admite um vínculo entre emancipação e trabalho social transformou-se de tal forma desde o século XIX que é difícil acreditar que alguma das teorias sociais com orientação crítica desse nosso século ainda confira ao processo do trabalho social uma força emancipatória capaz de formar empiricamente a consciência dos agentes.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> FREITAG, Barbara. *Teoria crítica: ontem e hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 107.

<sup>64</sup> FREITAG, Barbara. *Teoria crítica: ontem e hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 107.

<sup>65</sup> FREITAG, Barbara. *Teoria crítica: ontem e hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 108.

<sup>66</sup> FREITAG, Barbara. *Teoria crítica: ontem e hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 110.

<sup>67</sup> HONNETH, A. Arbeit und instrumentales Handel. Kategoriale Probleme einer kritischen Gesellschaftstheorie. Apud MELO, Rúrion. *Práxis social, trabalho e reconheci-*

Para Honneth, a Teoria Crítica inicialmente formulada é frágil ao insistir no reducionismo funcionalista porque nem todos os processos sociais, segundo ele, seriam suscetíveis de assumir função na reprodução e expansão do trabalho social.<sup>68</sup> Por tal razão, assevera que resistências às conclusões funcionalistas do projeto inicial surgiram inicialmente, com êxito, pela teoria da ação comunicativa de Habermas. No entanto, Honneth propõe outro caminho, qual seja, “não exclui o conceito do trabalho como categoria para pensar a emancipação social, mas entende sim ser necessário superar o paradigma produtivista que o engessou.”<sup>69</sup>

Honneth propõe solucionar o impasse entre trabalho social e comportamento crítico originada no projeto inicial da Teoria Crítica de Horkheimer com base no referencial de uma antropologia filosófica como fundamento de uma concepção abrangente de ação social. Tal abrangência, segundo Honneth é necessária em face

Dos efeitos colaterais de um capitalismo tardio, das consequências éticas e políticas do stalinismo, da desconfiança concernente à disposição revolucionária da classe trabalhadora, dos efeitos colaterais do desenvolvimento da técnica e da produção e da dificuldade da teoria geral legada tanto pelo marxismo soviético como pelo ocidental de vincular a teoria marxista com uma crítica do capitalismo orientada para a emancipação.<sup>70</sup>

As primeiras considerações sobre o problema vêm por uma reanálise histórica dos pontos fundamentais da teoria crítica em seu livro *Crítica do Poder (Kritik der Macht)*. Sua preocupação consiste em encontrar uma fórmula para superar a tensão entre as estruturas de dominação social e os processos sociais que poderiam sobrepujá-las de forma prática. Para tanto, ele propõe

mento: o problema da reconstrução antropológica na teoria crítica. In: MELO, Rúrion. (Coord.). *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145.

<sup>68</sup> MELO, Rúrion. *Práxis social, trabalho e reconhecimento: o problema da reconstrução antropológica na teoria crítica*. In: MELO, Rúrion. (Coord.). *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 146.

<sup>69</sup> MELO, Rúrion. *Práxis social, trabalho e reconhecimento: o problema da reconstrução antropológica na teoria crítica*. In: MELO, Rúrion. (Coord.). *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 146.

<sup>70</sup> MELO, Rúrion. *Práxis social, trabalho e reconhecimento: o problema da reconstrução antropológica na teoria crítica*. In: MELO, Rúrion. (Coord.). *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 146.

procedimento de aprendizagem da teoria crítica e o faz utilizando-se das suposições fundamentais da teoria da ação comunicativa de Habermas.

Como já se disse, ele não se deteve apenas por aí, mas, ao se preocupar também com a atualização do materialismo histórico, ele mantém os pressupostos de que as relações sociais são potencialmente relações de poder, que o motor da história é a luta social, mas com uma diferença, e, nesse sentido, revela-se sua contribuição, o estímulo que leva os seres humanos à revolta social está ancorado na sua estrutura antropológica.<sup>71</sup> Ele faz isso por meio de sua proposta no livro *Teoria do Reconhecimento*, com marco teórico em Hegel.

Não é nosso intuito, e nem poderíamos, nesse curto espaço, vencer a extensão crítica de Honneth sobre os primeiros momentos teóricos da teoria da Escola de Frankfurt. Na verdade, acreditamos que a questão funcional ainda não foi de todo superada, mesmo em face das teorias de Habermas e de Honneth. Entendemos que o “giro comunicacional” empreendido pela Teoria da Ação Comunicativa de Habermas não pode ser considerado o eixo da compreensão do social, mesmo porque Honneth, com muito mais gabarito, propôs que a ação comunicativa teria que envolver também o conflito entre os sujeitos socializados, o que gerou sua tese sobre o Reconhecimento. Desse modo, penso que nenhuma das vias de compreensão da ação social devam ser descartadas, como quer parecer na avaliação de Honneth. A desconsideração do trabalho e da produção como o núcleo de movimento da sociedade, a meu ver, é apenas um instrumento de observação ótica das relações sociais, em que a instrumentalidade pode ser focalizada.

Outro ponto que pode ser explorado na direção de uma defesa da utilização da Teoria Crítica, especificamente como fazemos aqui, pressupondo uma “racionalidade instrumental”, é que, em todo o seu trabalho, pelo menos até hoje conhecido, Habermas não descarta totalmente a razão instrumental. Muda seu enfoque, deixando de ser meramente a “razão subjetiva, autônoma, capaz de conhecer o mundo e de dirigir o destino dos homens e da humanidade”<sup>72</sup>, para se tornar um “...procedimento argumentativo pelo qual dois ou mais sujeitos se põem de acordo sobre questões relacionadas com a verdade, a

justiça e a autenticidade.”<sup>73</sup> Ora, ainda que haja consenso, respeito pela reciprocidade, e busca nesse ambiente pelo melhor argumento, não significa que a instrumentalidade de fora, ou a sistêmica, como ele admite existir quando conceitua a sociedade (sistêmica e a do mundo vivido) não deixe de colonizar a do mundo vivido, isto é, impor sua lógica, como ele mesmo admite<sup>74</sup>.

Portanto, acreditamos haver um ou dois tipos de “racionalidade instrumental”, o que interfere ditatorialmente (Teoria Crítica) ou não (Teoria da Ação Comunicativa) na forma de ser e de agir da sociedade. Acreditamos firmemente que a imposição da lógica instrumental, ou como entende Habermas, da lógica instrumental e técnica, modela o ser e o agir jurídico e judicial. Isto é, a elaboração de conteúdos jurídicos e a aplicação destes pela decisão judicial.

Vejamos, a seguir, exemplo dessa interpretação da realidade jurídica colonizada pela teorização de António Castanheira Neves.

## 5 “Função”, Funcionalismo, e Funcionalismo Jurídico

Para que pudesse identificar o funcionalismo do tipo jurídico, Castanheira Neves previamente presta duplo esclarecimento sobre o surgimento do funcionalismo em seu sentido amplo. O primeiro, enxerga o funcionalismo como resultante de uma ruptura cultural, ou como ele diz, de um “pressuposto histórico-cultural”<sup>75</sup> europeu, do pensamento clássico em direção à forma moderna de compreensão. O segundo dirige-se para a “elucidação do próprio conceito de *função*”<sup>76</sup>. Faremos uma breve exposição desses dois contextos a seguir.

Como dissemos, Castanheira Neves afirma ter havido, no âmbito da cultura europeia, ruptura com o pensamento clássico com base no surgimento do pensamento moderno. O pensamento clássico, segundo ele, teve suas raízes fincadas na postura “contemplativa” ou “teorética”, de matriz “platônico-aristotélica”. Mais especificamen-

<sup>71</sup> SAAVEDRA, Giovanni Agostini. A teoria crítica de Axel Honneth. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Org.). *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007. p. 96-97.

<sup>72</sup> FREITAG, Barbara. *Teoria crítica: ontem e hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 59.

<sup>73</sup> FREITAG, Barbara. *Teoria crítica: ontem e hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 59.

<sup>74</sup> FREITAG, Barbara. *Teoria crítica: ontem e hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 60-61.

<sup>75</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3. p. 209.

<sup>76</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3. p. 213.

te, Castanheira Neves quer fazer crer que tal paradigma revela uma “particular perspectiva de inteligibilidade” com um “intencional compromisso prático”.<sup>77</sup> Para ele, o pensamento clássico mantinha-se preso a uma análise das essências, com vista a determiná-las em categorias e conceitos, a fim de estabelecer um “juízo proposicional de verdade”<sup>78</sup>.

Em outras palavras, o que Castanheira Neves nos oferece é uma análise da evolução do pensamento metafísico, apontando como marco da mudança a passagem do período escolástico, ainda preso às formulações do classicismo helênico, para o momento da modernidade. Pretende com isso dizer que a forma como o ser humano enxergava a si mesmo e o seu contexto real, ou seja, as explicações que dava para si mesmo e para a realidade que o circundava, foram alteradas, significativamente, a partir do período moderno.

O ser humano da modernidade passou a ter nova maneira de interpretar o cosmos, a si mesmo, e a relação entre ambos, ou seja, a realidade, porque, segundo Castanheira Neves, a questão metafísica (concepção do Ser) deixou de pressupor a absolutização dos Seres. Isto é, abandonou a passividade perante algo posto para ter uma atitude mais de análise do que de admiração. A inteligibilidade não seria apenas determinativa, e abraçou o objeto metafísico como algo pulsante, energético, constitutivo, e evolutivo, sempre novo e histórico, contingente e misterioso, precário e nunca ultimado.<sup>79</sup>

O ponto fundamental no contexto cultural do pensamento metafísico moderno para o surgimento do funcionalismo ocorre quando, segundo ele, a postura contemplativa é substituída pela atuante, para ter a realidade a sua volta como *ancilla*, submetida ao rigor de sua exigência prática ou de resultados.<sup>80</sup>

Tudo é consequência de uma nova compreensão do ser humano acerca de si mesmo. Um ser que assumiu

a responsabilidade pelo seu destino, que faz a história e não mais permite que esta seja feita ao arrepio de sua intervenção. Assim, num ambiente estritamente antropológico, “pela mediação da proclamada autonomia desse homem moderno e da convocação da subjectividade”<sup>81</sup>, ele é “construtor do seu mundo”, um “homem agente”, capaz de uma “mobilização criadora”.

Ora, submetida à realidade mundanal ao capricho humano, o sentido funcional dado à realidade foi apenas um salto pequeno, que partiu da autodeterminação racional cartesiana, passando pela compreensão da razão como constituinte transcendental kantiana, pela “liberdade da negatividade dialéctica do espírito” hegeliana, até a culminância da técnica, pelo *Ge-Stell*<sup>82</sup> de Heidegger, manifestando-se na “razão instrumental” identificada por Horkheimer.

Nesse processo, autonomia e subjetividade humanas perpassaram por muitos e variados domínios do saber e da prática, como no campo da política, da filosofia, da economia, gerando atitudes libertárias, até mesmo perante a ética, em que a lógica do dever trans-individual se transforma em lógica de direitos, recusando responsabilidades e confundindo-se com interesses.

Todos esses fenômenos por ele apontados são o *locus* empírico sobre o qual pressupõe que a substância ce-deu lugar à função, de forma a necessitar de programação estratégica de fins, controláveis apenas pelos seus efeitos.

Em sua prestigiada cátedra na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, António Castanhei-

<sup>81</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3. p. 212.

<sup>82</sup> “*Ge-Stell*, que traduzimos por *im-posição*, representa, para Heidegger, a totalidade do “pôr” técnico, do interpelar, provocar, ordenar, que constitui a essência histórico-destinal do mundo da técnica. Essa essência não é diferente da metafísica, mas é a sua consumação; isso porque a metafísica sempre concebeu o ser como *Grund*, como fundamento que assegura a razão e de que a razão se assegura. Mas a técnica, em seu projeto global de concatenar tendencialmente dodos os entes em vínculos causais previsíveis e domináveis, representa o desdobramento máximo da metafísica; são momentos diferentes de um único processo. Enquanto aspecto da metafísica, o humanismo também não pode ter a ilusão de representar valores alternativos aos valores técnicos. O fato de a técnica se apresentar como uma ameaça para a metafísica e para o humanismo é apenas uma aparência, derivada de que, na essência da técnica, desvendam-se as características próprias da metafísica e do humanismo, que estes sempre haviam mantido ocultas.” VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 28-29 (Coleção Tópicos).

<sup>77</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3. p. 209.

<sup>78</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3. p. 31. Atenção para a versão na *Digesta* (p. 210), que nesse ponto está errada, ao digitar “proporcional” ao invés de “proposicional”.

<sup>79</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3. p. 210.

<sup>80</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3. p. 210.

ra Neves propôs três perspectivas ou paradigmas “pelos quais se nos manifesta hoje a juridicidade”. São elas: o *normativismo*, o *funcionalismo jurídico*, e o *jurisprudencialismo*.<sup>83</sup>

A alternativa *jurisprudencialista* proposta por Castanheira Neves não será o foco da apreciação neste trabalho, pelo que consideraremos tão somente o *normativismo* e como este deu ensejo ao *funcionalismo jurídico*.

O *normativismo* sempre pensou o direito como uma juridicidade formal, e postula autonomia lógico-normativa, cuja racionalidade está fundada numa dogmática, referenciada nas normas e nos conceitos jurídicos. É possível, portanto, identificar tanto o *normativismo jusnaturalista* como *juspositivista*, pois ambos, em relação a certos pressupostos, fizeram da norma o elemento de dependência da dogmática em cada uma dessas tendências.<sup>84</sup>

Segundo os estudos de Neves, foi o *normativismo*, em sua manifestação no contexto da modernidade pós-iluminista, que chegou ao ponto de permitir a moldagem de um novo paradigma de compreensão e prática do direito, o *funcionalismo jurídico*. O espaço que se abriu se deveu ao distanciamento da realidade social pelo modelo anterior. O apego estrito aos modelos normativos e a irredutível interpretação e aplicação destes perdeu o compasso do ritmo empreendido pelas novas configurações do mundo real, em perspectivas evolutivamente complexas, o que motivou a sociedade a exigir respostas funcionalmente adequadas aos problemas práticos que surgiam.<sup>85</sup>

Em aspectos mais gerais, o *funcionalismo jurídico* proposto por Castanheira Neves pode ser percebido, sobretudo, na justificação de decisões judiciais, que estão a satisfazer finalidades pertencentes a outros campos do saber, como a política, a economia etc. Muito embora se relacionem à atividade jurídica, as demais áreas consideradas em si mesmas têm tônica diversa. Uma solução de conflitos que tenha por finalidade última a instrumentalização econômico-social, à vista do que propõe a *Law and*

*Economics*, por exemplo, verá o “justo” tão somente pela lente da microeconomia.<sup>86</sup>

Noutro sentido, o direito assumiria função política. Não se confunda com uma *geral* função política, ou apenas *efeitos* políticos, mas, efetivamente, um “direto e determinante *objetivo político*, e assim segundo fundamentos e critérios imediatamente políticos.”<sup>87</sup> Haveria neste caso o nítido compromisso ideológico do jurista, que ditaria a crítica radical à realidade político-social, como se observa nos teores críticos do Marxismo Ocidental (Neomarxismo), na tentativa de uma emancipação, o que se pode observar na linha de pesquisa do “Direito Achado na Rua”, do “Direito Alternativo”, e numa direção mais acentuada o *Critical Legal Studies*.

Os marcos teóricos até aqui utilizados nos permitiram enxergar a genealogia do funcionalismo e do funcionalismo jurídico. A ruptura da razão subjetiva de sua coexistência com a razão objetiva inaugurou uma nova aspiração. Mas isto pode ser percebido numa decisão judicial? De que maneira? A seguir, propomos que pela teoria do Prescritivismo Universal de Richard Hare uma

<sup>83</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3. p. 200.

<sup>84</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3. p. 207.

<sup>85</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3. p. 207-208.

<sup>86</sup> COOTER, Roberto; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. “A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada.” “Generalizando, podemos dizer que a economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis.”, p. 25. “Além de uma teoria científica do comportamento, a economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas. As leis não são apenas argumentos arcanos, técnicos; elas são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes. Para conhecer os efeitos das leis sobre esses objetivos, os juízes e outros legisladores precisam ter um método para avaliar os efeitos das leis sobre valores sociais importantes. A economia prevê os efeitos das políticas públicas sobre a eficiência. A eficiência sempre é relevante para a definição de políticas já que é melhor atingir qualquer política dada a um custo menor do que a um custo mais alto. As autoridades públicas nunca defendem o desperdício de dinheiro.”, p. 26. Observa-se no trecho destacado que, para além de certas verdades mencionadas pelo autor, o objetivo funcional é diverso do jurídico. Nunca a salvação de uma vida poderá ser calculada economicamente; os problemas jurídicos não podem ser reduzidos à análise dos custos, da eficiência econômica. Este é o ponto.

<sup>87</sup> NEVES, A. Castanheira. *O direito hoje e com que sentido: o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 41.

justificativa logicamente inconsistente pode conter sinais do funcionalismo.

## 6 O Prescritivismo Universal e a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana

Em sua tese de doutorado, transformada em livro, Roberto Freitas Filho<sup>88</sup> chegou à conclusão de que é possível analisar os argumentos lógico-jurídicos existentes nas decisões judiciais com base na Teoria do Prescritivismo Universal de Richard Hare. Para ele, portanto, o “prescritivismo Universal permite a análise lógica dos argumentos utilizados pelos tribunais desde as perspectivas da identidade e não contradição, sendo um importante instrumento analítico para a apreciação das decisões em que são utilizados princípios e cláusulas gerais.”<sup>89</sup>

Parece que o estilo de justificação atualmente utilizado em certas decisões judiciais quando apelam para princípios de direito sem esclarecer o conteúdo destes está ligado a uma racionalidade tecnicista do pensamento moderno, não menos mecânica, em virtude da manutenção do pragmatismo da razão subjetiva anteriormente explicada na Teoria Crítica, e que se pode observar, pela lente teórica de Hare, na ausência de “universalizabilidade” e de “prescritividade”.

Suspeita-se que um dos traços marcantes da razão subjetiva, própria do funcionalismo jurídico e incorporado nas decisões judiciais, consiste na utilização de certos critérios morais, que não se sabe se são preferíveis em todas as possíveis situações (universalizabilidade) e se os mesmos julgadores farão uso dos mesmos critérios em outras oportunidades (prescritividade). Isso reflete irracionalidade e impede a comunicação lógico-judicial na medida em que fere o igualitarismo, cerne da democracia substancial<sup>90</sup>, não se podendo aspirar, verdadeiramente, a democracia, tampouco a justiça<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do Leasing*. Porto Alegre: Fabris, 2009.

<sup>89</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do Leasing*. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 141.

<sup>90</sup> BOBBIO, N. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: Editora UnB, 2007. p. 328.

<sup>91</sup> DAHL, R. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: M. Fontes, 2012. p. 488-491. Ao expor sobre o “bem comum”, como substância numa democracia, Dahl procura identificá-lo, mas sabe dos riscos. De qualquer maneira, o “bem comum”, segundo ele, “raramente consiste em objetos, atividades e relações específicas”, porque “quanto mais concretos forem esses valores, mais as pessoas tenderão a dis-

Dirigimos nosso olhar para a utilização do princípio da *dignidade da pessoa humana* em julgados selecionados e proferidos pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Procuramos aplicar a tese do Prescritivismo Universal de Richard Hare, com as explicações de Roberto Freitas Filho, nessas decisões, a fim de verificar se há ausência de apresentação de critérios e de explicitação dos fatos. A omissão de tais dados implicaria irracionalidade da decisão, uma vez que não se poderia aferir se, em outras situações semelhantes, a aplicação seria a mesma, o que deixaria de garantir justiça, ou isonomia de tratamento para casos similares.

Nosso objetivo se completará ao verificarmos que, se os critérios não existem nas razões de decidir, então haveria, em tese, sinal característico do esvaziamento do sentido do próprio princípio invocado. Se a decisão se vale apenas da indicação *prima facie* do princípio, isso significa que temos uma utilização subjetivista deste, ainda que o sentido seja aparentemente comum. Nesse nível poderemos concluir pela existência da racionalidade instrumental ou funcional, pela opção da razão subjetiva em detrimento da razão objetiva, nos termos da teoria crítica de Horkheimer e de Adorno, anteriormente já exposta.

Como a tese de Hare é complexa e encontra-se dispersa em várias de suas obras, faremos uso da compreensão de Roberto Freitas Filho sobre esta, exposta em sua tese de doutorado, *Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais. O caso do Leasing*, mesmo porque uma exposição direta dos textos de Hare ultrapassaria em muito os limites deste artigo.

## 7 A compreensão de Roberto Freitas Filho sobre a tese de Richard Hare

A teoria de Richard Mervyn Hare é ética, pois se preocupa com os conceitos morais. Mais especificamente,

cordar quanto ao seu valor específico.” Em sua percepção, “geralmente consiste nas práticas, arranjos, instituições e processos que [...] promovem o nosso próprio bem-estar e o de outrem [...]”. Mesmo assim, Dahl admite que tais critérios não são suficientemente precisos e claros. No nosso caso, é importante ressaltar, em relação às conclusões desse autor, que o “bem comum” resulta de uma escolha resultante da compreensão esclarecida e que também “são elementos do bem comum os direitos e oportunidades do processo democrático.” Ora, a decisão do julgador está atrelada à percepção democrática do que seja “bem comum”, pois as razões de sua decisão deverão ser as mesmas em outras situações semelhantes, em situações em que outras pessoas estarão inseridas no mesmo contexto comum.

é classificada como metaética porque investiga de onde os princípios éticos se originam e o que estes significam. A investigação sobre esses dois campos conduz a uma abordagem da linguagem. Por isso, suas conclusões metaéticas influenciaram a teoria da linguagem na segunda metade do século vinte.<sup>92</sup> Os referenciais teóricos de Hare foram a filosofia da linguagem de John Austin, o segundo Wittgenstein, a filosofia utilitarista, e as ideias de Kant.<sup>93</sup>

No entanto, a teoria de Hare não se atém a analisar a moral substancial do conceito trazido por ela porque sua preocupação constitui explorar a natureza, o significado e as propriedades lógicas da palavra. Mais precisamente, a moralidade que se busca identificar constitui a da coerência da utilização de uma palavra de valor, coerência que se observa pela especificação dos critérios do seu uso.

Propôs ele que os conceitos morais, identificados mediante as palavras morais, possuem duas propriedades lógico-semânticas, que constituem a *universalizabilidade* e a *prescritividade*. Em outros termos, “um julgamento moral deverá ser expresso de forma que contenha um rol finito de termos universais” e os “agentes morais devem realizar a conduta que eles consideram moralmente obrigatória quando estiverem física e psicologicamente aptos a assim agirem.”<sup>94</sup> Combinando-se os dois requisitos, necessariamente o juízo buscará “utilitarismo de preferências” para atingir a aceitabilidade da opção moral feita, o que fará com que aquele que profere um julgamento, até mesmo um julgamento judicial, considere as “consequências da sua ação”.

Relacionando-se esses elementos da teoria com o juízo judicial sobre um determinado caso, espera-se que o magistrado, ao fazer uso de regra legal ou de princípio de direito exponha a lógica do conceito moral que se valeu para julgar, visando mostrar os critérios que adotou e adotará como método de raciocínio naquele e em outros casos “em que haja identidade de circunstâncias situacionais”.<sup>95</sup> Para que o magistrado não incorra na incoerência,

violando o princípio da não contradição, deverá “estabelecer um sentido específico a uma palavra e empregá-la num contexto discursivo.”<sup>96</sup>, por meio do qual se estabelecerá a “regra da universalidade semântica”<sup>97</sup> e, sabendo-se o sentido dado, poder-se-ão prever as mesmas conclusões sobre fatos similares.

Desse modo, podem-se resumir as conclusões de Freitas Filho<sup>98</sup> sobre a aplicação da teoria de Hare às decisões judiciais da seguinte maneira:

- a) a decisão jurídica deve sempre apresentar um padrão consistente e um juízo concordante com situações semelhantes, a fim de se manter a aplicação da isonomia – Universalizabilidade;
- b) se o significado das palavras de valor contidas na lei e na sentença é prescritivo então o mesmo julgador deve manter juízos iguais para situações idênticas que apreciar. O contrário “resulta na perda da ideia de isonomia e, portanto, da coerência moral ou jurídica do juízo.” – Prescritividade;
- c) observar as regras de uso das palavras de valor numa comunidade de falantes, a fim de averiguar a verdade funcional ou verdade de uso. Isto é, em outras palavras averiguar a lógica de uso para evitar a contradição do uso do seu significado.

## 8 O funcionalismo da teoria de Hare

Percebe-se pelas informações e análise da teoria de Hare por Roberto Freitas Filho que a tentativa do idealizador do Prescritivismo Universal é de se manter distante de qualquer orientação que proponha a análise de um conteúdo moral universal.<sup>99</sup> De outra maneira, Hare não é diferente daqueles que propuseram a prevalência da razão subjetiva sobre a objetiva, como já explicado por Horkheimer e Adorno acima.

<sup>92</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do Leasing*. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 142.

<sup>93</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do Leasing*. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 142.

<sup>94</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do Leasing*. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 143.

<sup>95</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do Leasing*. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 149.

<sup>96</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do Leasing*. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 162-163.

<sup>97</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do Leasing*. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 163.

<sup>98</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do Leasing*. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 185.

<sup>99</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do Leasing*. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 144.

Influenciado pelas teorias da filosofia da linguagem de John Austin e de Ludwig Wittgenstein, além das ideias de Kant, sua conclusão sobre um “julgamento moral correto” é “aquele que é preferível em todas as possíveis situações.”<sup>100</sup> A conclusão de Roberto Freitas é de que a proposta de Hare leva a um “modo de consequencialismo denominado de ‘utilitarismo de preferências.’”<sup>101</sup> Fundamentado pois no imperativo categórico kantiano, mas se afastando um pouco da universalização do filósofo prussiano, Hare propõe a universalização das prescrições considerando as consequências de sua ação.

Parece ficar claro que aquilo que Hare concebe como “correto” é apenas aquilo que se adéqua a uma função específica e consentânea com o contexto social e de fala de um conceito. Até certo ponto, é possível admitir que o julgamento moral ou prescritivista que também ocorre numa decisão judicial tenha como objetivo produzir um juízo de consequencialismo lógico, atento à aplicação consistente e coerente de padrões utilizados numa comunidade de falantes. Mas pode ser que o que impera nessa comunidade seja, em dado momento, totalmente descabido em face de um conteúdo moral universal, desprezado por Hare. Tome-se como exemplo o que ocorreu na Alemanha por conta do nazismo.

Ainda assim, o que importa neste artigo é tomar como ferramenta de análise o Prescritivismo Universal para demonstrar que, mesmo por um instrumento funcional, as decisões judiciais parecem obedecer a uma orientação do funcionalismo jurídico.

## 9 O princípio da *dignidade da pessoa humana* e sua aplicação

Ingo Sarlet reconhece que tanto o sentido comum como o específico sentido jurídico que se possa dar a “dignidade” de uma pessoa humana é “difícil de ser obtida, isto sem falar na questionável (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana hoje.”<sup>102</sup>

<sup>100</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do Leasing*. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 143.

<sup>101</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do Leasing*. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 143.

<sup>102</sup> SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto

Todas as tentativas para tanto esbarram na correta compreensão da qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano. Parece que a aproximação da identificação do significado pode ser apenas pela compreensão negativa, de um utilitarismo negativo ou de uma jurisprudência negativa<sup>103</sup>. Ao invés de se perguntar o que é dignidade, tentar identificá-la pelo que é indignidade.<sup>104</sup>

Igual dificuldade também se verifica, segundo Sarlet, diante do “pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas.”<sup>105</sup> Disto resulta que “nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.”<sup>106</sup> Ora, não é outra a conclusão de Sarlet sobre o juízo judicial que se deve fazer no caso da *dignidade da pessoa humana*, senão que obedeça a uma “constante concretização e delimitação pela práxis constitucional”.<sup>107</sup>

Em termos gerais, o que se observa no ensaio de Sarlet é que às vezes se reporta à teoria da Kant como caminho inevitável da discussão sobre o conteúdo da *dignidade da pessoa humana*. ele afirma, em algumas de suas menções: “o próprio Kant - ao menos assim nos parece - sempre afirmou (ou, pelo menos, sugeriu) o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade de seres humanos.”<sup>108</sup>

Mesmo convocando teóricos importantes do século passado e ainda do século vinte e um, a tentativa ousada de Sarlet de nos oferecer definição traz consigo a sombra de Immanuel Kant, como se observa a seguir:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva re-

Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 39.

<sup>103</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 263. “Um exemplo de ‘jurisprudência negativa’ é a famosa fórmula *radbruchiana*, que também não diz o que é ‘direito justo’, mas apenas o que é manifestamente injusto, o que é não direito.”

<sup>104</sup> SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 40.

<sup>105</sup> SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41.

<sup>106</sup> SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41.

<sup>107</sup> SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41.

<sup>108</sup> SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 52.

conhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>109</sup>

Em termos práticos, ou de juízo judicial prático, com o foco na solução judicial diante de uma situação jurídica dada, a absolutização da *dignidade da pessoa humana* cria dilemas. Suscitando alguns, Sarlet aponta como primeiro problema para aplicação prática o da limitação aos direitos fundamentais para coibir abuso, “que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão”.<sup>110</sup> Trata-se, como ele menciona, da invocação da doutrina alemã, que denominou o fenômeno como “limites dos limites” ou *Schranken-Schranken*.<sup>111</sup> Relata que tanto a doutrina como a jurisprudência alemãs são consensuais ao considerar que “nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição.”<sup>112</sup> Ocorre que, segundo ele, justamente esse “núcleo” constitui a dignidade da pessoa humana como essência dos direitos fundamentais.

A questão é mais complexa porque, se não se sabe ao certo o que é *dignidade da pessoa humana*, como identificar certo direito fundamental com base nessa mesma dignidade? O que se observa na exposição de Sarlet, com fundamento em extensa doutrina, é que o conceito vive cercado de analogias, tipologias, comparações sobre a *dignidade da pessoa humana*. E o que mais pede nossa atenção é que decisões judiciais se proliferam sem antes tentar definir o conceito com base no uso corrente da comunidade de falantes.

Ainda, em termos práticos, Sarlet nos coloca dian-

te da possibilidade de relativização da própria *dignidade da pessoa humana* em face da colisão do direito de outra pessoa que igualmente defende sua dignidade. Diante do dilema, Sarlet propõe que seja aplicada uma concordância prática ou harmonização, que implica hierarquização ou ponderação (pesagem) dos bens em conflito, ou até mesmo a relativização da dignidade individual em face de valores sociais mais relevantes.<sup>113</sup> Tais questões põem em xeque a qualidade de absoluto à *dignidade da pessoa humana*.

Outras questões igualmente importantes são postas por Sarlet em seu ensaio, mas em resumo do que se viu é que por *dignidade da pessoa humana* não há conceito preconcebido, mesmo porque é uma noção em constante evolução de sentido, e nem mesmo ainda há sentido em curso que se possa valer para entendimento presente, necessitando, como disse Sarlet, de interpretação e aplicação no caso concreto.

Veremos, portanto, a seguir, como o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios interpreta e aplica o princípio da *dignidade da pessoa humana* em alguns casos. Analisaremos os julgados mais recentes do Colegiado, sabendo que uma melhor compreensão da semântica do uso seria um número maior de documentos por um prazo mais dilatado.

## 10 A aplicação do princípio da *dignidade da pessoa humana* e os rastros do funcionalismo jurídico na decisão judicial

Utilizaremos na análise da aplicação do princípio da *dignidade da pessoa humana* apenas três decisões judiciais, sendo duas colegiadas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, e uma monocrática sobre o tema. Não é, portanto, intenção exaurir a apreciação do assunto, mesmo porque, para tamanha tarefa, talvez fosse necessário apurar número bem aproximado do total de decisões em torno do referido princípio para que, estatisticamente, apartasse fração representativa do todo na análise, o que garantiria resultado próximo do aceitável cientificamente.

Mesmo assim, com a análise de apenas dois exemplos, será suficiente para demonstrar que a utilização do princípio da *dignidade da pessoa humana* ainda se mostra indefinida,

<sup>109</sup> SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 60.

<sup>110</sup> SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 118.

<sup>111</sup> SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 118.

<sup>112</sup> SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 119.

<sup>113</sup> SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 125.

muito embora como pressuposto de decisão não suscite, por ora, dissensões sobre sua interpretação e aplicação.

### **11 A dignidade da pessoa humana interpretada como limite mínimo de salário/vencimento para sobrevivência**

Questões que ensejam penhora sobre renda em virtude de execução ou cumprimento de sentença passaram a ser decididas, em parte, a favor do credor, até o limite de trinta por cento, com base na inspiração do princípio da *dignidade da pessoa humana*, e com a interpretação de que o despojo dos bens do devedor afrontaria sua dignidade como ser humano. É o caso do Acórdão nº 746794, proferido nos autos do processo de Agravo de Instrumento nº 2013.002.020.400-9, originário da 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios-TJDFT.

Argumenta o julgador que a prescritividade do comando existente no art. 649, do Código Civil, que dita sobre a impenhorabilidade dos vencimentos e rendas similares foi elaborada com base na inspiração do princípio da *dignidade da pessoa humana*. Depreende-se que, muito embora a “dignidade” não tenha uma definição, esta se constrói como decorrência de uma aferição negativa da dignidade, ou seja, a indignidade. Seria, portanto, indigna a pessoa humana despojada de sua renda sem condição de sobrevivência. Observa-se que a dedução do julgador aproxima-se muito da perspectiva da autonomia e liberdade kantiana. O ser humano indigno é aquele que é privado de sua autonomia.

A flexibilização do princípio, alhures decantado como absoluto, se dá até certo ponto e diante do confronto de outro, o da “efetividade da jurisdição efetiva”. Parece-nos, todavia, que não é justo o confronto. A efetividade da jurisdição, que é um princípio instrumental, portanto possui direção teleológica, não poderia ser o principal adversário do princípio dos princípios, como se considera o da *dignidade da pessoa humana*. Pensamos que a tensão estabelecida ocorre em virtude do fato de que o credor também é merecedor de igual consideração e respeito de sua dignidade, porque lhe foi subtraído algo de seu patrimônio. A oposição existente ocorre, na verdade, entre dupla violação à dignidade da pessoa humana ao mesmo tempo e em sentido contrário.

Nesse ponto, é o caso de se perguntar sobre a natureza das partes envolvidas. Se ambos estão na mesma

condição de sobrevivência, se um deles possui maiores possibilidades de manter-se economicamente do que o outro. Na situação em que o credor é detentor de um patrimônio que lhe permita maiores chances de recuperação econômica, é possível aplicar-se o princípio segundo o argumento decisivo de prioridade de John Rawls, ou princípio ético de prioridade.<sup>114</sup> “Dados certos pressupostos, as desigualdades econômicas e sociais devem ser julgadas em termos das expectativas a longo prazo do grupo social menos favorecido.”<sup>115</sup>

As partes em litígio no caso em análise são a Fazenda Pública e uma Pessoa Física. A aplicação do princípio, portanto, somente pode ser considerada, grosso modo, à Pessoa Física. Se nesse caso a definição da aplicação não comporta maiores problemas, nem sempre haverá tal facilidade entre dois credores que apresentem a mesma qualidade.

Outro ponto importante a considerar refere-se à porcentagem passível de constrição a título de penhora, decisão que se mostra reiterada na jurisprudência brasileira. A estipulação de trinta por cento como quantidade razoável de penhora sem que implique na insolvência do devedor, ou na limitação de sua autonomia, não vem acompanhada de maiores justificativas. É certo que, em casos semelhantes, tem-se aplicado, mantendo a coerência das decisões nesse sentido. Mas a consistência da opção pelos trinta por cento não é transparente.

Qual é o critério pelo qual a referida porcentagem “prestigia”, como disse o julgador, “o princípio da dignidade da pessoa humana”? A convenção jurisprudencial dos trinta por cento não está racionalmente demonstrável. A jurisprudência do TJDFT considera que os trinta por cento são uma “limitação razoável” que não prejudica a subsistência do devedor. A locução, por sua vez, traz na valoração “razoável” carga da gramática social não definida.

<sup>114</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 44-49. Em sua tentativa de evitar ou dar resposta tanto ao utilitarismo clássico como ao intuicionismo e, sobretudo, com relação a este, Rawls indica ser preferível o critério da prioridade ao da intuição, que ele não a descarta como inevitável num processo de decisão judicial. “Pode-se dizer que uma concepção intuicionista da justiça é apenas uma concepção parcial. Deveríamos fazer tudo o que está ao nosso alcance, a fim de formular princípios explícitos para o problema da prioridade, mesmo que a dependência em relação à intuição não possa ser inteiramente eliminada.” p. 45.

<sup>115</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 47.

Para identificarmos se o argumento judicial se apresenta como *entimema*, coloquemos na relação de premissas e conclusão:

todo salário/vencimento de um indivíduo é impenhorável – *premissa maior*

O que consta na conta-corrente do Devedor é salário – *premissa menor*

Portanto, o salário do Devedor em conta-corrente é impenhorável

E ainda,

Todo salário é impenhorável em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana,

Dignidade da pessoa humana é não ser privado de subsistência salarial,

Portanto, a penhora de salário que priva pouco não fere o princípio.

Ou ainda,

Toda penhora sobre o salário fere o princípio da dignidade da pessoa humana, mas a constrição de trinta por cento mantém intacto a observância da regra.

Nesse último enunciado, a conclusão subentende o que seja a dignidade e subentende também que a subsistência de setenta por cento é suficiente para manter-se íntegra a dignidade da pessoa humana. Como se disse, ao deixar de enunciar que a porcentagem garante ou como garante a dignidade, supõe-se que o percentual seja suficiente para a sobrevivência do devedor. A suposição, na verdade, está fundamentada no senso comum da jurisprudência, que eleger o percentual e talvez o tenha explicado em algum momento histórico de sua elaboração. Como Copi já mencionou em suas lições, “esse aspecto retórico não interessa ao lógico”<sup>116</sup>, pois sua incompletude não determina a validade.

## **12 A dignidade da pessoa humana interpretada como direito de aquisição de veículo com isenção de impostos por deficiente físico não condutor**

Os programas de inclusão de pessoas portadoras de deficiência física ou mesmo mental no cotidiano das mais diversas atividades no Brasil dá sinais de avanços significativos. As escolas infantis assumem crianças com limitações entre as demais, devendo tomar providências

para que professores sejam treinados para lidar com as diversidades na sala de aula. Facilitação de acesso físico a cadeirantes também tem ocorrido em calçadas, vias públicas, e transporte coletivo, entre outros. Estes são alguns dos exemplos desse esforço.

Medidas como a isenção de impostos para aquisição de veículos adaptados às necessidades de deficientes físicos que lhe permitam a mobilidade também constitui um desses exemplos que visa à inclusão. Com esse intuito, chegou à análise do TJDFT a questão proposta na Apelação Cível nº 2010.011.081665-7, que subiu à 5ª Turma Cível como reexame necessário, apreciada no Acórdão nº 742.104.

Pleiteava a apelante o direito de adquirir veículo automotor com isenção de Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICMS, previsto no Decreto nº 18.955/97 para deficientes físicos apesar de não ser ela a conduzir o veículo. Pelo referido diploma legal, o destinatário do benefício é apenas o deficiente físico condutor. O Distrito Federal alegou que a interpretação deve ser estrita. A autora contraditou em face do princípio da isonomia ou da igualdade de tratamento. Entendeu o magistrado *a quo* que a aplicação do preceito legal deveria ser estendido ao caso e o remeteu em reexame necessário ao colegiado do TJDFT que manteve a decisão de primeira instância.

O relator entendeu que as alegações trazidas pelo ente público contrariam vários princípios da constituição, inclusive o da dignidade da pessoa humana. E fazendo uso de todo o conjunto de argumentações elaborada na sentença monocrática, que também faz menção de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do próprio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, entendeu, de igual maneira, que o direito à facilitação da locomoção pelo cidadão, realçado no Decreto aos deficientes físicos, não pode ser limitado em face dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Mais uma vez, o princípio da *dignidade da pessoa humana* é tido como meramente descritivo e não avaliatório. Como não se define o que é, adota-se, na semelhante perspectiva da limitação, o mínimo necessário de salário/vencimento para sobrevivência. Segue-se, como se nota, os contornos kantianos da adequação da dignidade da pessoa humana à sua liberdade e autonomia. Melhor seria que a conclusão da violação ao princípio fosse justificada em Kant, como parâmetro filosófico-jurídico, para melhor controle e aplicação futura de novas decisões.

<sup>116</sup> COPI, Irving. *Introdução à lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 208.

### 13 A dignidade da pessoa humana como fundamento à discriminação do uso de substância entorpecente

A sentença proferida nos autos do processo nº 2013.01.1.076604-6 julgou que o réu, em virtude de ter adentrado o complexo penitenciário da Papuda em 30 de maio de 2013, portando cerca de 52 porções de maconha, com peso de 46,15g em seu estômago, deveria ser absolvido ao argumento de que a conduta descrita como crime nos arts. 33 e 40, da lei nº 11.343/06, e da portaria MS nº 344/1998, são inconstitucionais e também ilegais.

A decisão foi alvo de reportagem na mídia brasileira, tendo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios revisado a decisão do juiz, em grau de apelação, condenando o infrator.

Para o magistrado substituto da 4ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal, o art. 33, caput, da lei 11.343/06, é uma norma penal em branco, assim considerada pela doutrina, dependendo de um complemento normativo para a regulamentação de determinadas condutas. Segundo ele, ficou a cargo da análise e conclusão do Ministério da Saúde a classificação e divulgação do rol de substâncias entorpecentes sujeitas ao controle e restrição de uso e comércio. A lista de substâncias se deu por meio da portaria do Ministério da Saúde nº 344/1998.

Seguindo sua lógica argumentativa, o réu devia ser absolvido porque o preceito normativo da lei federal que descreve a conduta típica e antijurídica ainda carece de regulamentação, e porque faltaria à restrição de direitos impostos no ato administrativo da portaria do Ministério da Saúde a motivação por parte do Estado, requisito explícito contido no art. 37 da Constituição Federal. “Sem motivação – disse ele – tal norma fica incapaz de poder complementar a norma penal do art. 33, caput, da lei 11343/06”, fl. 133.

Além disso, o que ressalta no espectro de suas argumentações foi a justificativa apresentada. Iguala o magistrado o poder destrutivo das bebidas alcoólicas e dos cigarros de tabaco ao dos produtos entorpecentes como o do THC, e as primeiras substâncias não se encontram classificadas entre as proibidas, o que seria, na sua avaliação, resultado de “cultura atrasada” e “política equivocada”, não apresentando qualquer embasamento técnico produzido por *experts* de saúde para emitir tal juízo de valor. A irracionalidade da justificativa é paten-

te, e pode ser melhor avaliada no seguinte trecho, que transcrevo *in verbis*:

Ademais, ainda que houvesse qualquer justificativa ou motivação expressa do órgão do qual emanou o ato administrativo restritivo de direitos, a proibição do consumo de substâncias químicas deve sempre atender aos direitos fundamentais da igualdade, da liberdade e da dignidade humana. Soa incoerente o fato de outras substâncias entorpecentes, como o álcool e o tabaco, serem não só permitidas e vendidas, gerando milhões de lucro para os empresários dos ramos, mas consumidas e adoradas pela população, o que demonstra também que a proibição de outras substâncias entorpecentes recreativas, como o THC, são fruto de uma cultura atrasada e de política equivocada e violam o princípio da igualdade, restringindo o direito de uma grande parte da população de utilizar outras substâncias.

Sua conclusão demonstra como os argumentos entimemáticos, que escondem outros argumentos importantes, tomados como subentendidos, possibilitam o salto sobre as justificativas racionais e ponderadas, que são, na verdade, importantes na determinação de sua validade<sup>117</sup>, *ad litteris*: “portanto, no meu entender, a portaria 344/98, ao restringir a proibição do THC não só é ilegal, por carecer de motivação expressa, como também é inconstitucional, por violar o princípio da igualdade, da liberdade e da dignidade humana.”

Ao afirmar que a proibição do uso do THC é inconstitucional por violar os dois fundamentos da democracia, igualdade e liberdade, avançando sobre a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, o magistrado esconde premissas que são fundamento do pensamento oposto. Tais princípios devem ser invocados na direção da preservação da vida humana e não de sua desgraça. A aparente incoerência do órgão fiscalizador não justifica permitir o avanço do uso de outras substâncias perniciosas à higidez mental.

Nota-se pelo texto da decisão judicial em comento que, em nenhum dos três princípios invocados pelo juiz, há qualquer tentativa por desvendar a lógica de uso a que nominalmente se referem numa comunidade de falantes que se intercomunicam. Não há a delimitação de um critério de uso pelo qual se possa chegar à mesma conclusão que o magistrado. Há uma visceral discordância de sua aplicação da lei por parte da comunidade, tanto é assim que a mídia prontamente se manifestou

<sup>117</sup> COPI, Irving. *Introdução à lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 208.

e o Tribunal de Justiça tratou de julgar prontamente o recurso de apelação.

Onde se localizaria a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana por conta da criminalização do acusado se, no caso concreto, o próprio infrator ingerira cinquenta e dois pacotinhos de substância entorpecente que, se rompidas em seu intestino, lhe provocaria até mesmo a morte? Como se notou, embute-se no princípio qualquer motivo pelo qual, subjetivamente, se julgue adaptado.

## 14 Considerações finais

Como se pode notar em apenas três exemplos de aplicação do princípio da *dignidade da pessoa humana* aos julgados, o parâmetro utilizado para decisão não é descrito pelo julgador, mas apenas tido como informação de domínio público-jurídico, e até mesmo pré-científico (senso comum). Ou seja, temos apenas uma parte do argumento expresso.

Ao deixar de fazer uma diferenciação entre palavras com sentido descritivo e com sentido avaliatório, as decisões judiciais dão nítida aparência de considerar a dignidade da pessoa humana dentro de um escopo de autonomia e liberdade como proposto por Kant<sup>118</sup>. O sentido avaliatório do termo “dignidade” parece estar circunscrito ao objetivo de garantir a qualquer cidadão o de ser tratado de forma isonômica como os demais, observadas certas limitações a sua autonomia e liberdade, que não podem ser consideradas absolutas.

Ao deixar de traçar os limites conceituais da gramática social referente à expressão “dignidade da pessoa humana”, sua utilização é feita apenas como retórica, sem conteúdo definido, o que gera incomunicabilidade pela irracionalidade do emprego. Mesmo assim, parece que tanto o emissor como o destinatário da mensagem ficaram satisfeitos com a pouca explicação a respeito, não ensejando recurso pelas partes envolvidas.

<sup>118</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2003. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. “Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer).” O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente no querer mesmo, como lei universal”, p. 85. “Agora afirmo eu: a todo ser racional que tem uma vontade temos que atribuir-lhe necessariamente também a ideia da liberdade, sob a qual ele unicamente pode agir.”, p. 96.

Contudo, isso não elimina a suspeita de que recursos argumentativos com base em pressupostos meramente instrumentais ou funcionais estejam sendo utilizados, pois, como se viu, as decisões com base no princípio da dignidade da pessoa humana não especificam os critérios pelos quais decidem, levando em consideração para tanto apenas elementos generalizantes de suposição de sua existência nos domínios constitucionais. A dignidade da pessoa humana é uma suposição constitucional e seus contornos são deduzidos em comparação ou contraste a outros princípios.

A utilização do referido princípio sem que os aspectos descritivos e avaliatórios, no esteio da teoria de Hare, sejam considerados, na base do ônus argumentativo que todo julgador carrega em suas decisões, despreza as consequências que isso pode resultar.

Ora, a razão instrumental identificada na Teoria Crítica dos frankfurtianos originais assume, no momento presente, identidade funcional, dado que a razão subjetiva se torna protagonista da objetiva e comanda as finalidades pelas expectativas e interesses particulares que defende. O tempo em que vivemos privilegia o imediatismo que, aliado ao atendimento expresso e finalístico dos interesses crescentemente particularizados, provoca uma colonização da racionalidade jurídica pela racionalidade funcionalista. Via de consequência, a irracionalidade de muitas das decisões judiciais que hoje se verifica podem ter estreita ligação com a racionalidade funcionalista, por se valerem da retórica entimemática dos princípios de direito em sua razão de decidir. Exemplo disto, como se viu acima, é a utilização injustificada do princípio da dignidade da pessoa humana. Funcional porque os magistrados buscam atingir objetivos não jurídicos, talvez sociais ou políticos, ao deixarem de discriminar os critérios de identificação da “dignidade da pessoa humana” e o momento propício de sua utilização. Colonizada porque a decisão judicial, nestes casos, se rende a outros motivos sistêmicos, alheios à linguagem jurídica, e sem critérios suficientes de justificação lógica.

## Referências

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Hedra, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008.

BOBBIO, N. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: Editora UnB, 2007.

COPI, Irving. *Introdução à lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

COOTER, Roberto; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DAHL, R. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: M. Fontes, 2012.

FREITAG, Barbara. *Teoria crítica: ontem e hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1985.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2003.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio*. São Paulo: Manole, 2008.

MACINTYRE, Aladair. *As ideias de Marcuse*. São Paulo: Cultrix, 1973.

MELO, Rúrion (Coord.). *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NEVES, A. Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido: o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

PERINO, Michael A. *Strategic decision making in federal district courts: evidence from securities fraud action*. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=727905>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 2002.

RORTY, Richard. *Consequências do pragmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, s/d.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SHEPHERD, Joanna M. *Measuring maximizing judges: empirical legal studies*. Public Choice Theory and Judicial Behavior. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1910918>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

SOUZA, Jessé; MATOS, Patrícia (Org.). *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007.

VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: M. Fontes, 2007. (Coleção Tópicos).

WIGGERHAUS, Rolf. *A Escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico, significação política*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.