

PODER JUDICIÁRIO DECISOR, GESTOR DE POLÍTICAS E POLÍTICO

JUDICIARY AS DECISION-MAKER, POLICYMAKER, AND POLITICAL ACTOR

Alexandre Bernardino Costa¹
Herivelto P. Souza²
Roberto Freitas Filho³

RESUMO

O artigo aborda o problema do controle crítico das decisões judiciais e do padrão decisório baseado em premissas fracamente ancoradas em regras jurídicas: as decisões cordiais. O argumento proposto alia duas postulações: a) as decisões judiciais que privilegiam efetivar visões de mundo dos julgadores aproximam sua prática do campo da política; b) as decisões que denominamos “cordiais”, aquelas precariamente fundamentadas por meio do sentido mais eticamente responsável das regras, não possibilitam um conhecimento adequado de seus fundamentos normativos. Essas dificultam o controle crítico dos fundamentos que as embasaram por parte dos destinatários. Sugerimos o diacrítico analítico do modelo hermenêutico neoliberal e comunal, como pressupostos de julgamento, igualmente identificáveis no padrão cordial de decisão. Propomos que essa atuação do sistema de justiça é problemática, na medida em que é própria do sistema político. Ao final, postulamos a necessidade de avanço nas pesquisas sobre esse padrão decisório.

Palavras-chave: hermenêutica; neoliberal; decisões; crítica; comum.

¹ Doutor em Direito – UFMG – Minas Gerais, Brasil; Professor Associado da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania da UnB. E-mail: abc.alexandre@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9725195346105443>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3198-6058>.

² Doutor em Filosofia – USP – São Paulo, Brasil; Professor do Departamento de Filosofia da UnB. E-mail: herivelto@unb.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0285213961738731>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-9967-9766>.

³ Doutor em Direito – USP – São Paulo, Brasil; Professor nos Programas de Mestrado e Doutorado do IDP – Brasília; Desembargador no TJDF. E-mail: freitasfilho.roberto@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0578771989465277>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7256-3417>.

ABSTRACT

The article addresses the problem of critical control of judicial decisions and the decision-making pattern based on premises weakly anchored in legal rules, the cordial decisions. The argument combines two postulations: that judicial decisions that privilege to make effective the personal worldviews of judges bring their practice closer to the field of politics, and that the type of cordial decision precariously grounded in the most ethical responsible sense of the rules does not allow an adequate knowledge of its normative foundations, turning it more difficult for its recipients to exercise critical control. In the end, we postulate the need for further research into this pattern of decision-making.

Keywords: hermeneutics; neoliberal; decisions; criticism; common

1 INTRODUÇÃO

No presente estudo, tratamos da possibilidade de controle crítico do exercício do poder no âmbito do sistema de justiça brasileiro. O problema é a existência de um tipo de padrão decisório, por meio do qual uma certa atuação, ideologicamente engajada, pode estar se tornando corriqueira no sistema de justiça, atraindo para esse campo práticas e procedimentos próprios da política. Exploramos a hipótese de que há um modelo hermenêutico em vias de se tornar prevalente, ao qual chamamos de “modelo hermenêutico neoliberal”. A hermenêutica neoliberal é, sustentamos, oposta à lógica solidarista, coletivista e comunitarista dos direitos constitucionais sociais, também presente na prática decisória no sistema de justiça. O segundo, ao qual chamamos comunal, é o modelo hermenêutico afinado com a lógica e com a teleologia dos direitos sociais constitucionais.

Esses modelos são mutuamente excludentes e rivais, reveladores de preferências ideológicas daqueles que os acionam. Em face disso, é importante que se constitua uma agenda de investigação sobre as dimensões implícitas nas motivações decisórias, como modo de possibilitar a apreciação dos atos de

poder. Nesse ponto, apoiamos nossa reflexão em autores europeus críticos do modo de vida neoliberal, tais como Dardot e Laval, Mattei, Hardt e Negri.

Em nosso argumento, postulamos que: 1) mudanças substanciais na política, na Economia e no Direito geraram impactos na forma como se aplicam as normas jurídicas, especialmente as constitucionais; 2) essas mudanças submetem a aplicação das normas sobre direitos sociais vinculadas a políticas públicas prestacionais, como a saúde e a educação, à tensão entre uma visão neoliberal e uma outra, comunal, essa própria do Estado de bem-estar; 3) no âmbito dessa tensão hermenêutica, há um padrão decisório recorrente na prática cotidiana do sistema de justiça brasileiro, fundado em uma concepção impressionista – no sentido de que não é articulada por qualquer teoria – e solipsista de justiça, em oposição a um padrão regrado, que pode afetar um dos compromissos principiológicos fundamentais do Direito, qual seja, a igualdade. A esse modo de decidir chamamos de “decisão cordial”.

Argumentamos que a prática decisória cordial se caracteriza, entre outras, pela ideia de que o sentido literal ou *prima facie* das leis é apenas um elemento a ser considerado no processo decisório, mas não seu principal critério. A decisão cordial gera consequências problemáticas para as dimensões econômica, administrativa e simbólica do Direito. Sua eventual preponderância sugere a possibilidade de que o modelo de tripartição de Poderes esteja se direcionando a uma dinâmica de funcionamento institucional jurídico-político, no qual os atores do sistema de justiça exercem funções ativamente políticas.

Propomos, assim, que há uma dimensão ideológica implícita nas decisões, que precisa ser elucidada, na medida em que, se o papel das instituições do sistema de justiça se converte em político, é nesse plano da motivação das decisões que a crítica deve ser possível. Revelar os pressupostos decisórios é, portanto, condição de possibilidade do exercício da responsividade política (*accountability*) dos decisores.

Como nossa postulação teórica pode invocar a comprovação empírica daquilo que subsidia o padrão decisório, torna-se necessário recorrer a teorias críticas que possam elucidar motivos, pressupostos ideológicos e concepções de justiça dos atores, aspectos que justifiquem a respectiva adoção. Teorias, como a dos *Critical Legal Studies* e a do *Direito Achado na Rua*, podem aumentar a possibilidade de apreciação crítica das decisões e, em última análise, do exercício do poder.

Nosso caminho metodológico é, conforme sugere a linha de argumento, o da construção de modelos típicos sobre a forma de atuação dos atores do sistema de justiça para, com base nessa classificação, refletir criticamente sobre

a adequação do modo de decidir ao sentido dos direitos constitucionais sociais.

2 O SISTEMA DE JUSTIÇA

Entendido como um conjunto dos praticantes de atividades judiciárias (advogados públicos e privados, magistrados, servidores e membros do Ministério Público), o sistema de justiça funciona segundo compromissos paradigmáticos mais ou menos revelados nos fundamentos das decisões. Ao nos referirmos às decisões judiciais, estamos, na verdade, limitando, ao âmbito do Poder Judiciário, a complexidade da análise do problema.

É preciso, portanto, compreender que as decisões judiciais (sentenças, acórdãos, decisões em antecipação de tutela etc.) são uma síntese da maquinaria institucional, na qual se produzem respostas para os problemas nela tratados; estão envolvidos nesse processo todos os atores do sistema de justiça. Com apoio nos marcos teóricos propostos, é possível lidar com as pré-compreensões condicionantes da forma como esses atores percebem o processo de construção decisória.

Nossa hipótese é a de que uma visão de mundo associada à impositação de hermenêutica cordial produza, ao mesmo tempo, uma desqualificação simbólica tanto das normas jurídicas, entendidas como comandos imperativos republicanos, quanto da política (ou do processo legislativo), como instância de legitimação da tomada de decisões coletivas sobre a organização da sociedade. Exemplos dessa tipologia de decisão são a que apela para a tragicidade de situações de saúde das partes como fundamento normativo para decidir de forma *contra legem*, ou a que recorre a uma descrição da inoperância do Estado em fornecer serviços públicos, seja por corrupção, incompetência técnica ou por falta de interesse político.

A questão a ser investigada é o modo segundo o qual o sistema de justiça, em especial o Poder Judiciário, tem adotado – na esteira de uma certa teoria constitucional que pode ser sintetizada no assim chamado neoconstitucionalismo (Barroso, 2005) – uma retórica e um modelo decisório de fraca adesão ao sentido *prima facie* das normas postas nas leis.

Essa prática é identificada na literatura jurídica em várias expressões sínteses, como: “ativismo judicial” (Ramos, 2015) ou “força normativa dos princípios” (Hesse, 1991; Sarlet, 2002).

Nossos objetivos são, assim, entreabrir outras possibilidades interpretativas dos motivos pelos quais há um traço característico do ator do sistema de justiça

que o leva a julgar de maneira cordial; indicar possíveis consequências desse modo de praticar o Direito e sugerir que, se a atuação do Judiciário tem se tornado mais politizada, a dimensão das escolhas políticas deve ser legitimamente problematizada como espaço crítico de fundamentação.

3 O PROBLEMA DA COERÊNCIA

Um dos compromissos básicos de quem pratica o Direito, em qualquer de suas profissões, é o cuidado com o uso das palavras. O jargão jurídico é um repertório conceitual que permite operar a técnica própria do campo, e quem lida com a dogmática tem compromisso normativo (portanto contrafático, deontológico) com o respeito aos sentidos das palavras. A coerência é, portanto, um compromisso ético e funcional dos praticantes do Direito como campo prático profissional.

Em discussões de filosofia da linguagem na tradição analítica, essa questão ficou conhecida como problema do *gerrymandering*, ou seja, o de buscar configurar contextos de maneira arbitrária, a fim de sustentar a justificação de usos e de sentidos de expressões da linguagem que tenderiam a ser vistos usualmente como contraditórios.⁴ Tal problema é muito relevante, quando se trata justamente de averiguar aplicações de normas ou critérios de seguimento de regras.

É claro que as decisões judiciais não devem ser cegas aos contextos, nem aos aspectos de cada situação, e que o risco de se configurarem contextos de maneira arbitrária está posto em qualquer âmbito discursivo no qual critérios de aplicações de regras estejam envolvidos. Mas há outro risco que apontamos aqui: se a matriz hermenêutica é incompatível com a lógica de normas sobre determinados direitos, há erosão dos princípios que sustentam as aspirações sociais por justiça e reparação, uma vez que o sentido das normas é torcido para assegurar privilégios e o da manutenção de formas de dominação. Nesse ponto, o atropelo da coerência se torna sobretudo um desafio ético e jurídico, não apenas uma questão semântica.

Na conjuntura atual da prática jurídica, influenciada por um discurso sobre a prevalência de princípios e valores sobre as regras, é possível verificar a adoção de soluções que escapam à coerência e à consistência normativas, expressando voluntarismo inspirado em algum conteúdo tendencialmente solipsista de justiça

⁴ Lidar com o problema do *gerrymandering* se torna central para propostas teóricas como a de uma *pragmática normativa*, defendida por Robert Brandom (1994). Nossa ideia aqui é retomar algumas de suas elaborações a respeito de como normas se enraizam em práticas, mas para compreender algumas especificidades da discursividade jurídica.

substantiva⁵

Há, ainda, uma dimensão anterior e radicalmente importante do problema, para além das manifestações sobre questões discutidas. É algo não revelado nos processos, que escapa às fundamentações das decisões, mas com um papel fundamental no processo decisório, e nos interessa identificar: os motivos internos (trata-se, aqui, não dos fundamentos jurídicos, mas dos motivos para a ação) que levam à utilização de um tipo de retórica e de decisão.

Essas motivações não são problematizadas, já que o campo retórico legitimado nos processos judiciais exclui a possibilidade de explicitação dos pressupostos ideológicos de quem argumenta. Ocorre que se o sistema de justiça se converter em um campo aberto de luta ideológica, essa dimensão das motivações das decisões deverá se abrir ao controle crítico da sociedade. Dito de outro modo, se o Judiciário, o Ministério Público, a Advocacia privada e pública e a Defensoria Pública se assumirem como atores explicitamente políticos, e se passarmos a aceitar como legítimo o padrão decisório cordial, politicamente engajado, a consequência natural é que o sistema venha a ser cobrado politicamente, cada vez com mais intensidade. Para que se tenha mais clareza sobre o que chamamos de padrão decisório cordial politicamente engajado, veja-se este trecho de uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal:

É o que vou procurar fazer aqui, assentando, desde o início, três pré-compreensões que considero muito importantes para o desenvolvimento do meu raciocínio. A primeira: **o Estado brasileiro é grande demais, é extremamente ineficiente e, com frequência, pratica políticas públicas inadequadas e sem qualquer tipo de monitoramento. Acho que essa é uma primeira observação que considero relevante.** A segunda: os resultados de 2017, divulgados essa semana, da Prova Brasil, que integra o sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica, foram desoladores. No teste de matemática, apenas 5% dos alunos se situam na faixa adequada; e, em português, que alguém poderia ter esperança de que fosse melhor, os resultados foram piores: apenas 1,7% dos alunos se situam na faixa adequada.[...] Terceira premissa: **por convicção filosófica, sou mais favorável à autonomia e à emancipação das pessoas do que ao paternalismo e às intervenções heterônomas do Estado, salvo nas hipóteses em que se considere essa intervenção absolutamente indispensável.** [...] Essas são as minhas premissas às quais acrescento um quarto comentário: o fato de eu considerar, como vou considerar, o ensino

⁵ Solipsista no sentido de se referenciar em um individualismo irrefletido, assumido dogmaticamente como visão de mundo, e que implica algum desprezo pela alteridade.

domiciliar como compatível com a Constituição não significa que eu esteja dizendo que eu considero esta opção melhor ou pior, porque acho que esse juízo não é meu. Apenas esclareço que eu procurei educar os meus próprios filhos dentro de uma escolarização formal. Acho que uma boa escola é importante para uma criança. Porém, eu respeito as opções e as circunstâncias de quem opte por um caminho diferente (Brasil, STF, 2018, p.12, grifo nosso).

Outra decisão exemplar desse tipo de prática, essa do Superior Tribunal de Justiça, é a seguinte:

A divergência reside [...] na hipótese de pagamento de dívida de natureza não alimentar e consiste em definir se a impenhorabilidade está condicionada apenas à garantia do mínimo necessário para a subsistência digna do devedor e de sua família ou se, além disso, há que ser observado o limite mínimo de 50 salários mínimos recebidos pelo devedor. Ao suprimir a palavra 'absolutamente' no *caput* do art. 833, o novo Código de Processo Civil passa a tratar a impenhorabilidade como relativa, permitindo que seja atenuada à luz de um julgamento principiológico, em que o julgador, ponderando os princípios da menor onerosidade para o devedor e da efetividade da execução para o credor, conceda a tutela jurisdicional mais adequada a cada caso, em contraponto a uma aplicação rígida, linear e inflexível do conceito de impenhorabilidade.

Esse juízo de ponderação entre os princípios simultaneamente incidentes na espécie há de ser solucionado à luz da dignidade da pessoa humana, que, diga-se de passagem, resguarda tanto o devedor quanto o credor, e mediante o emprego dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Penso que a fixação desse limite de 50 salários mínimos merece críticas, na medida em que se mostra muito destoante da realidade brasileira, tornando o dispositivo praticamente inócuo, além de não traduzir o verdadeiro escopo da impenhorabilidade, que é a manutenção de uma reserva digna para o sustento do devedor e de sua família. [...] Portanto, mostra-se possível a relativização do § 2º do art. 833 do CPC/2015, de modo a se autorizar a penhora de verba salarial inferior a 50 salários mínimos, em percentual condizente com a realidade de cada caso concreto, desde que assegurado montante que garanta a dignidade do devedor e de sua família (Brasil, STJ, 2020, s.p., grifo nosso).

É de se notar que ambas as decisões abandonam sua vinculação ao

sentido mais evidente ou usual da norma legal como critério privilegiado de julgamento. Prevalece a percepção pessoal do julgador sobre o funcionamento do Estado e sobre a liberdade individual, no primeiro caso, e sobre o direito dos credores de haver seus créditos, devido a uma noção impressionista de dignidade, no segundo. Essa, diga-se de passagem, está sendo fundamento para penhorar verbas alimentares em favor de agentes do sistema financeiro.

Diferentemente de casos em que se decide contra a lei em nome de um bem ou valor maior, como a saúde, nesses dois não é nítida a ideia de que se está fazendo justiça para vulneráveis. Não há, portanto, vinculação direta entre o tipo de consequência que justifica a decisão e a prática de desconsideração da regra. Tanto para preservar o interesse de quaisquer credores, como um banco, por exemplo, quanto para permitir que crianças sejam educadas fora das escolas, o que importa, nos dois exemplos, é o padrão de julgamento com prevalência da percepção pessoal de justiça e da flexibilização da imperatividade da norma. Esse padrão resulta no ajuste da decisão ao resultado desejado, segundo uma percepção pessoal do justo, colocando a norma em segundo plano, ainda que, no caso da interpretação direta de normas constitucionais possa haver maior margem interpretativa, dada a forma e a estrutura do texto normativo.

Havendo adoção do fundamento da decisão no plano das escolhas pessoais ideológicas⁶, os destinatários da decisão deixam de exercer a crítica sobre ela. Além disso, o conflito ideológico explícito, sem o limite imposto pelo primado do apego aos sentidos normativos constitucional e legal, é algo próprio do campo estritamente político, no modelo institucional do Estado Democrático de Direito.

É certo que as condicionantes ideológicas (Heywood, 2010; Bobbio *et al.*, 1997) que determinam os motivos pelos quais os operadores do sistema de justiça argumentam e decidem de uma forma específica, dependem, por um lado, de um conjunto de valores, de práticas e de procedimentos que expressam a subjetividade de cada um; por outro, de posições dentro de antagonismos sociais historicamente configurados. Entretanto, a dogmática jurídica limita a possibilidade de fundamentação ao campo retórico propriamente jurídico. Sendo assim, no modelo brasileiro, deve-se decidir em atenção ao sentido das normas jurídicas.

Analisar essa dimensão ideológica da decisão é algo bastante complexo, mas, sendo bem-sucedida a iniciativa, pode permitir uma abordagem crítica

⁶ Usamos a palavra ideologia no sentido de sistemas de ideias conexas com a ação, que compreendem um programa e uma estratégia para a atuação. Nesse sentido, as escolhas ideológicas são informadas por preferências pessoais sobre como se organiza uma ordem política e social.

do *ethos* do decisor. Afinal, em que medida é desejável que um juiz impregne sua atuação com as próprias preferências político-ideológicas substantivas? Ainda que toda decisão seja resultado de um trabalho hermenêutico e, portanto, ontologicamente subjetiva, em nossa tradição, a expressão dessa subjetividade tem sido contida pelos limites de sentido que as leis impõem a quem as aplica (Atienza, 2003; Alexy, 2001) e pelas premissas, positivadas e implícitas, de funcionamento das instituições do sistema de justiça.

Com base nessas ideias, podemos articular algumas hipóteses sobre motivos que levem a essa prática. A primeira, no enfoque descritivo, envolve considerar de quais pressupostos teóricos e políticos implícitos às decisões os atores do sistema de justiça se utilizam, ao decidir de forma cordial. Essa prática decisória revela uma visão individualista da justiça, na qual o sujeito é detentor de direitos, a despeito da coletividade; ou seja, a despeito de fazer parte de uma comunidade política na qual propriedade, liberdade, vida e linguagem são todas expressões relacionais, dependentes da sua experiência comunitária, da sua vivência comum. É, ainda, uma prática que submete à lógica das trocas praticamente todos os direitos. Em síntese, é uma visão neoliberal da justiça, na qual o individualismo metodológico é tomado, de maneira radical, como princípio de inteligibilidade dos fenômenos.

Do ponto de vista técnico, o argumento da relatividade do sentido das normas tem como pressuposto a afirmação de que o sujeito possui “direito subjetivo” a prestações estatais e à afirmação de plena autonomia da vontade (Barzotto, 2005).

Aqui encontramos a segunda reflexão a respeito de qual ideia de justiça preside esse tipo de postura. A atuação proativa do Judiciário resulta em atividade prototelegiferante ou quase legislativa. Tem-se, aqui, uma analogia com o conceito de decisão quasi judicial do sistema estadunidense. Nesse, decisões tomadas fora do Judiciário⁷ possuem, praticamente, a eficácia de uma decisão judicial.⁸ No caso das decisões que modificam, revogam ou superam normas, o Judiciário produz comandos que, na prática, têm eficácia de lei.

Ora, se a fronteira entre o propriamente jurídico e o propriamente político se torna virtualmente invisível, a legitimidade e a autoridade do sistema de justiça se veem significativamente afetadas. Afinal, é o Judiciário que deve ser o maior fiador do princípio de que vivemos sob o Estado de Direito, ou seja, sob leis.

⁷ No sistema estadunidense, algumas decisões administrativas, tomadas por agências em procedimentos de arbitragem, são chamadas de “*quasi-judicial decisions*”. (*JUSTIA Legal Dictionary*. Verbete “quasi-judicial”. Disponível em: <https://dictionary.justia.com/quasi-judicial>. Acesso em: 27 de maio de 2025).

A legitimidade dessa autoridade decorre diretamente da prática cotidiana que acata o sentido de lei como comando que rege todos de forma imperativa (um governo de leis, em oposição a um governo de homens). Se o Judiciário modifica ou revoga leis, com base em percepções substantivas de justiça, a percepção é a de que sua atuação não se distingue daquela do Parlamento ou do Executivo, abrindo-se a críticas e ataques tipicamente direcionados àqueles campos de poder.⁹

Esse padrão cordial de decisões resulta de alguns fatores ideológicos constitutivos dos operadores típicos do sistema de justiça, a saber: 1) autocompreensão de pretensa superioridade moral em relação ao sistema político, aí considerados os Poderes Executivo e Legislativo; 2) desconhecimento ou desconsideração do valor da igualdade formal regrada como critério decisório, em favor da convicção sobre algum conceito substantivo de justiça; 3) desconhecimento ou desconsideração das consequências e dos impactos político-administrativos das decisões, em termos de sua coerência e coesão; 4) desconhecimento ou desconsideração das possibilidades de que esse tipo de decisão possa perpetuar ou agravar cenários de desigualdades, com a manutenção de condições precárias de vida, sobretudo para os mais vulneráveis.

4 EXPLICAÇÕES DIFÍCEIS E MOTIVOS DAS CONDUTAS

Apesar das evidentes limitações de um tipo de explicação culturalista, isso é o possível de se atingir, quando se trata de compreender ações humanas.

O problema da produção de um quadro explicativo potente foi enfrentado metodologicamente por Max Weber, quando aborda explicação causal possível das condutas. Ele propõe o dever de investigar as motivações do indivíduo que se comporta desta ou daquela forma, buscando o sentido do fato social em dado momento, para produzir uma explicação compreensível:

Chamamos 'motivo' à conexão de sentido que para o ator ou o observador aparece como o 'fundamento' com sentido de uma conduta. Dizemos que uma conduta que se desenvolve como um todo coerente é 'adequada pelo sentido', na medida em que afirmamos que a relação entre seus elementos constitui uma 'conexão de sentido' típica (ou,

⁹ Um dos desdobramentos dessa hipótese, que está além das pretensões do presente estudo, é a investigação sobre como os atores compreendem os eventuais desdobramentos políticos, econômicos e simbólicos desses julgamentos.

como costumamos dizer, 'correta'), a afirmação dos hábitos mentais e afetivos médios (Weber, 1996, p. 10).

Por exemplo: dados obtidos por meio da observação em sessões no Poder Judiciário ou de entrevistas com atores do sistema de justiça não permite demonstrar uma relação causal necessária entre o modo de ver o mundo e o tipo de decisão de cada julgador, mas permite indicar tendências, implicações e regularidades.

Esse tipo de explicação é aproximativa, probabilística. É, em certo sentido, o possível de se atingir no campo da investigação histórica; apenas um grau de probabilidade que nos contente como explicação dos fatos. Recorremos a ela aqui como ferramenta heurística, de modo a articular a maneira como diretrizes ideológicas ou concepções da realidade se manifestam no modo como decisores orientam sua conduta como atores do sistema de justiça.

A ideia de “motivo para a ação” é, portanto, útil para investigar a aplicação dos conceitos de justiça e de escolhas relacionadas a um modo de organização da economia e das políticas. Motivo, para Weber, é “a conexão de sentido que, para o agente e para o observador, se apresenta como o ‘fundamento’ com sentido do seu comportamento.” (*Id*, 11) Como já notamos, tais conexões podem mesmo permanecer implícitas, o que não reduz sua efetividade na orientação da conduta do agente.

5 OS PADRÕES REGRADO E CORDIAL

Calcados nessa perspectiva weberiana, pretendemos organizar um argumento sobre a relação entre o padrão decisório cordial e uma certa concepção de justiça. Nosso interesse predominante, relativo à análise do problema, é a identificação de um modo de se compreender a realidade e um tipo de padrão decisório. Provisoriamente, mostra-se útil postular dois tipos ideais de caráter: decisor (neo)liberal e decisor comunal (ou comunitarista). Apesar da saturação dos termos encontrados na literatura para nomear cada um, a ideia é distinguir entre um modo de decisão, no qual se compreende o agente moral atomizado e individualista, e outro, no qual se compreende um agente submetido à lógica da coletividade, da comunidade política, em outras palavras, à lógica do social que o precede historicamente e lhe permite ser como tal.

Evidentemente, não pretendemos que essas características sejam

identificadas de forma estanque, como se fosse um critério inequívoco para separar sujeitos concretos. Ao contrário, o entendimento é de que pode haver a predominância de uma determinada forma de compreender a realidade social, a política e o Direito, que leva o decisor a acionar um certo repertório de tópicos e não outro. Portanto, decisores podem se aproximar mais de um ou de outro tipo ideal, inclusive, um mesmo decisor pode, a princípio, oscilar entre esses polos, por assim dizer. Interessa, aqui, entender que tipos ideais permitem reconhecer padrões de ação social, possibilitando sustentar uma hipótese diagnóstica – chamemo-la assim – a respeito da colonização da racionalidade neoliberal nas mais diferentes esferas da vida (Dardot; Laval, 2016).

Uma clivagem tipológica reveladora, na prática do sistema de justiça brasileiro, é, assim, aquela que opõe a compreensão de que as regras merecem deferência de parte do julgador à compreensão de que deve prevalecer, no fim das contas, a visão substantiva de justiça que ele possui sobre um problema. Em outra chave de compreensão, pode-se dizer que são dois modelos hermenêuticos rivais: um procedimentalista e outro substancialista (Ciarlini, 2013, *passim*).

Dessa clivagem, emerge a definição de dois modelos de decisores: o padrão regrado é aquele segundo o qual o julgador dá prevalência ao sentido *prima facie* da norma como critério normativo privilegiado da decisão.

Em oposição, o padrão cordial indica que o julgador tende a ajustar a interpretação a sua percepção de justiça substantiva. Nesse caso, utilizamos a palavra “cordial” para expressar essa propensão ao ajuste, à sinuosidade da interpretação. O uso do termo *cordial* é, como já deixamos explícito, uma referência ao trabalho clássico de Sérgio Buarque de Holanda (1981), e o utilizamos aqui num sentido preciso que nos permite destacar, dentro daquele “fundo emotivo” e daquele “horror às distâncias” que lhe dava conteúdo originalmente, o quanto o tal “desejo de estabelecer intimidade” é um anteparo, uma estratégia defensiva diante do *comum*, e que tem como efeito a manutenção de estruturas de dominação constituídas.¹⁰

Uma das formas de explicação sobre os motivos que levam decisores a julgarem segundo um determinado modo ou padrão passa pela especulação culturalista sobre a formação geral do caráter do homem brasileiro, caminho trilhado por Sérgio Buarque de Holanda em *Raízes do Brasil*. Mesmo que o conceito de “homem cordial” não seja imune a críticas, relacionadas à falta de fundamentos empíricos sobre os modelos de sociedade esboçados em *Raízes do Brasil* (Holanda, 1981), ele é útil para compreender o sentido da ação dos atores do sistema de justiça.

¹⁰ Nesse sentido, várias das polêmicas às quais a categoria de “homem cordial” deram ensejo dentro do pensamento social brasileiro não se aplicam aqui.

É no Capítulo V de *Raízes do Brasil* que Holanda trabalha o conceito de cordialidade no sentido específico sob o qual foi amplamente recebido na tradição do pensamento social brasileiro. O capítulo é apresentado em partes, como também o são os demais. A quarta parte é intitulada especificamente “O ‘homem cordial’”. Em várias passagens, Holanda vai construindo o conceito de cordialidade, sem apresentar uma forma totalizante e sintética. O núcleo de sentido da cordialidade pode ser expresso, em suas palavras, da seguinte forma:

Já se disse, numa expressão feliz, que a contribuição brasileira para a civilização será de cordialidade - daremos ao mundo o ‘homem cordial’. A lhaneza no trato, a hospitalidade, a generosidade, virtudes tão gabadas por estrangeiros, que nos visitam, representam, com efeito, um traço definido do caráter brasileiro, na medida, ao menos, em que permanece ativa e fecunda a influência ancestral dos padrões de convívio humano, informados no meio rural e patriarcal. [...] certa incapacidade, que se diria congênita, de fazer prevalecer qualquer forma de ordenação impessoal e mecânica sobre as relações de caráter orgânico e comunal, como o são as que fundam no parentesco, na vizinhança e na amizade (Holanda, 1981, p.106-107).

Em nota de rodapé inserida na segunda edição, ao retorquir Cassiano Ricardo, que havia tomado a ideia de cordialidade no seu sentido coloquial, Holanda explica que ela diz respeito à negação do formalismo e não significa concórdia, podendo mesmo a inimizade ser uma manifestação dessa cordialidade, evidenciando que o foco é a ação ser informada pelo sentimento, algo da esfera do íntimo, familiar e privado (Holanda, 1981).

Em sentido próprio, a cordialidade para Holanda significa um modo de agir antitético à noção de igualdade republicana, portanto é um obstáculo ao desenvolvimento segundo o padrão moderno de sociedade. Aqui fica evidente que há, subjacente ao argumento apresentado no livro, um modelo de sociedade desejado, democrática e republicana. Essa característica da obra é evidenciada no prefácio de Antônio Cândido, incorporado na edição de 1969, e no ensaio “O significado de *Raízes do Brasil*”, de 1967, onde se lê que o livro é um “clássico de nascença” (Cândido. Prefácio. *In*: Holanda, 2016).

Já o padrão decisório cordial supõe, por exemplo, que visões sobre piedade, caridade e algum sentido de justiça solipsista substantivo podem prevalecer sobre o sentido textual das normas, revelando-se decisionista. Na atuação do sistema de justiça, esse padrão se caracteriza pelo uso pouco

cuidadoso das palavras, o que denota a noção fraca de regra como padrão universal de conduta, aplicável a todos indistintamente, de forma isonômica, democrática e republicana. Em consequência, as normas jurídicas tornam-se frágeis como mecanismos de afirmação da igualdade cidadã e do tratamento justo dos indivíduos pelo Estado. Fortalece-se, assim, uma relação do sujeito com o Direito e com o Estado, a qual é desprovida de sentido de pertencimento e de solidariedade (Freitas e Silva, 2017).

Não é o caso de discutirmos a legitimidade de argumentos de ordem externa ao Direito, justificadores de soluções hermenêuticas cordiais, mas sim, de apenas registrar esse fato. A justificativa para a desconsideração da regra ou sua pretensa derrotabilidade recai, frequentemente, na constatação das injustiças sociais, no argumento da corrupção na administração pública e na incompetência administrativa dos agentes políticos e dos gestores. A despeito de concordarmos com algumas dessas afirmações, no âmbito do que tratamos aqui, é suficiente reconhecer o padrão decisório cordial e o protagonismo judicial. Sendo a imagem do Brasil fortemente marcada pela ideia da cordialidade, o Poder Judiciário igualmente reflete esse tipo de relação com as regras, fruto do complexo cultural no qual estamos imersos.

Um princípio ético do praticante das profissões jurídicas é: estar sob o primado das leis pressupõe o compromisso de submeter a convicção pessoal sobre o que é justo ao reconhecimento de que as leis têm um sentido próprio e de que, por vezes, aplicá-las pode não coincidir com aquela convicção. Com a construção da tipologia do “padrão regrado”, em oposição ao “padrão cordial” de decisão, o que temos em mente é, por um lado, um modo de decidir que assume o compromisso com o sentido *prima facie* das leis e, por outro, uma forma que toma as leis mais como um dos elementos transitivos no processo de julgar, como objetos contingentes à deliberação do julgador.

É preciso, pois, tentar aceder ao mundo de significações que conformam a compreensão mais geral do decisor e questionar se uma determinada ordem normativa, orientada teleologicamente em certo sentido, pode conviver com um modo de interpretação que fragiliza ou, em certos casos, anula a própria razão de ser, já que, como sabido, a compreensão precede a interpretação ou o processo de decisão (Winch, 2020).

6 TIPOLOGIAS DE FUNDO: DECISORES NEOLIBERAIS E DECISORES COMUNAIS

Além da classificação com base na metodologia decisória proposta, decisões regradas e cordiais, há uma outra classificação, agora de natureza substantiva. Postulamos que há dois tipos de decisores, segundo as premissas ideológicas sobre o modo de organização desejável para a comunidade política: *decisores neoliberais* e *decisores comunais*. Essa distinção nos serve para refletir sobre os modelos hermenêuticos utilizados quando da interpretação das normas, sobretudo aquelas sobre direitos sociais, e a compatibilidade de seu sentido geral com um tipo de interpretação.

6.1 O modo neoliberal de decidir

O neoliberalismo, como forma de vida política, inclina-se a um modo de ver o mundo, que se apresenta como pressuposto de uma determinada tipologia de decisão. O que caracteriza essa tipologia é a argumentação fundada nos valores do individualismo, da competição e do mérito, caros a essa visão de mundo. Na decisão desse tipo, exortam-se recorrentemente conceitos como: austeridade, liberdade individual, mercado como ambiente eficiente de regulação das relações humanas e sujeito, agente moral que tem direitos, a despeito da sociedade, expresso na noção de direito público subjetivo. Aparentemente, esse repertório de valores – no Direito, eles se tornam normativos por fundamentarem as decisões judiciais – é incompatível com os pressupostos normativos de decisões que envolvem direitos sociais. Funcionalmente, eles são dependentes de um enfoque solidarista, coletivista e distributivista para sua adequada efetividade. Se estivermos certos, esse padrão decisório é contrário aos valores constitucionais e pode, no limite, comprometer a própria efetividade de direitos, os quais somente fazem sentido se interpretados com base em um determinado conjunto de pressupostos.

6.1.1 Mudança epocal, globalização e neoliberalismo

A ideologia neoliberal tem sua raiz na passagem do período pós Segunda Guerra para o da economia globalizada e deriva de processos políticos, econômicos e tecnológicos que promoveram modificações na realidade social e econômica. As transformações ocorridas a partir da década de 70 resultaram em mudanças no modo de organizar a economia e a sociedade. Houve, como sabido, transformações políticas e econômicas, provocadas pelas crises do petróleo de 1973 e de 1979, que alteraram radicalmente a possibilidade da manutenção da vigente atuação estatal providenciária (Piketty, 2024), dando fim ao período de redução de desigualdades nas duas décadas posteriores à Segunda Guerra Mundial (Piketty, 2014; Saad Filho, 2018).

Algumas características do funcionamento social se alteraram radicalmente e produziram condições para que o modo de produção e a expressão da vida política conformassem o que hoje se conhece como neoliberalismo. A globalização e o capitalismo meritocrático liberal (Milanović, 2020) são os quadros estruturais, nos quais se desenvolveu um modo político e de subjetivação que chamamos de neoliberal.

O efeito dessas crises se deu em concomitância com o desenvolvimento tecnológico informacional, ensejando a criação das redes globais de trocas econômicas em tempo imediato e o advento das redes de comunicação, que tornaram possível a criação das redes sociais. Esses fenômenos resultaram em uma alteração da própria estrutura na qual as relações sociais ocorrem, criando um espaço de subjetivação que propende, fortemente, o agente moral ao individualismo competitivo (Keen, 2009, *passim*).

E é nesse contexto da globalização e do neoliberalismo acrescido do impacto das transformações nas comunicações que o sistema de justiça tem de efetivar os direitos previstos na Constituição Federal. São especialmente problemáticos os direitos fundamentais sociais de caráter prestacional, como direitos à saúde, à educação e à moradia, pelo fato de, pela própria natureza, serem fruídos conforme as possibilidades materiais de prestação estatal. Logo, são direitos submetidos às limitações da escassez de recursos (Freitas Filho, 2021).

As mudanças econômicas e sociais das últimas décadas, decorrentes desses processos, trouxeram o agravamento da exclusão social e aumentaram as desigualdades de acesso aos bens materiais, culturais e simbólicos, necessários ao exercício digno da cidadania (Freitas Filho, 2010).

Outro aspecto importante da globalização é a repercussão das mudanças econômicas na dimensão temporal dos acontecimentos. Como fenômeno decorrente da constante evolução tecnológica, tal repercussão, ressaltada por Castells (1999), resultou na compressão do tempo e do espaço, de tal forma que os limites geográficos não são mais barreira às relações econômicas. Assim, corriqueiramente, a informação, o transporte e o fluxo do capital passaram a se dar em escala global, com tudo acontecendo de forma quase imediata.

Como o sistema de justiça e as burocracias do Estado têm seus membros formados segundo um paradigma liberal, as decisões são tomadas de forma a observar a soberania interna do Estado, desconsiderando as implicações mercadológicas globais. O conceito de soberania, adstrito aos limites geopolíticos, é insuficiente para explicar o fenômeno jurídico e para operar um sistema de resolução de conflitos no mercado mundializado.

Com esta breve descrição da conjuntura na qual os Poderes atuam, três importantes efeitos para os cidadãos merecem ser destacados: primeiro, a implementação de mercados livres globalizados trouxe consigo uma dramática acentuação das desigualdades econômicas e sociais no interior das nações e entre elas. Segundo, o impacto da globalização foi mais significativo para os que menos se beneficiam dela; os agentes de mercado dos países desenvolvidos têm enorme vantagem comparativa em relação aos países em desenvolvimento. Terceiro, o impacto político e cultural da globalização teve importância crescente em relação aos problemas sociais vigentes.

Há, portanto, uma estreita relação entre o modelo de organização econômica globalizado e a resposta político-ideológica neoliberal, a qual radicaliza o individualismo competitivo. Em outras palavras, ressentido com promessas frustradas de bem-estar, o cidadão passou a desconfiar do Estado e a agir como um sujeito que compete com os demais pela autorrealização dos desejos de acesso aos bens e aos serviços no mercado, porém sob as regras do consumismo, não mais da cidadania (Dardot; Laval, 2016).

Quanto ao espaço do trabalho formalizado, o avanço da economia global não garante, unicamente por mecanismos de mercado, um futuro com postos de trabalho, mesmo flexíveis, compatíveis com as necessidades econômicas mínimas dos cidadãos. Ao redor do mundo, a lógica do fracionamento da cadeia produtiva adotou bolsões de trabalho barato, sem aumentar, necessariamente, o nível dos salários. Implementar políticas públicas e manter a governabilidade nessas condições são tarefas de difícil consecução, especialmente em relação a uma variável do problema: a virtualização da realidade.

Vê-se, portanto, que a Economia impacta decisivamente o Direito,

afetando alguns de seus conceitos clássicos: soberania, legalidade, hierarquia das leis, direitos subjetivos, igualdade formal, cidadania, equilíbrio dos Poderes, segurança e certeza jurídicas. A globalização provocou desconcentração, descentralização e fragmentação do poder, alterando a escala dos conflitos e seu perfil. O processo de globalização e a adoção do modelo neoliberal de vida ampliaram e acentuaram os contrastes entre a pobreza e a riqueza, a miséria e a opulência, o centro e a periferia. Do ponto de vista hermenêutico, trata-se de um movimento que leva à individualização radical do agente moral.

6.1.1.1 *Individualismo e virtualização da vida*

A transformação tecnológica dos aparelhos celulares e o desenvolvimento da capacidade de armazenamento e de leitura de informações na rede mundial de computadores ensejaram a criação de plataformas e redes sociais, a exemplo do *Facebook*, do *Twitter*, do *Instagram* e do *WhatsApp*.

Por um lado, segundo a lógica de Da Empoli (2022), as redes sociais acirraram a perspectiva individualista da vida, tornando os vínculos de pertencimento desenraizados de uma espacialidade física, na qual a pessoa é condicionada por um mundo de sentidos que leva a um tipo determinado de subjetividade. Rua, bairro e cidade, por exemplo, são referências que conferem identidade e produzem vínculos de pertencimento e de solidariedade. No mundo virtual, essas escalas físicas, formas genuínas de pertencimento, não fazem sentido. Por oposto, o que é valorizado é ser global, é pertencer a grupos que se identificam em escala crescente, sem relação com a fisicalidade da vida na comunidade real.

Da Empoli trata essa rede de comunicação em uma perspectiva espiral, com um exemplo da política:

No mundo de Donald Trump, de Boris Johnson e de Jair Bolsonaro, cada novo dia nasce com uma gafe, uma polêmica, a eclosão de um escândalo. Mal se está comentando um evento, e esse já é eclipsado por um outro, numa espiral infinita que catalisa a atenção e satura a cena midiática (Da Empoli, 2022, p. 18).

Andrew Keen critica o efeito de atomização ou de separação do indivíduo de um sentido de vida comunitário, isto é, da experiência que um mundo de

contatos presenciais ou reais proporciona. Segundo ele, o advento das redes sociais, da forma como foram criadas e na forma como funcionam, tornam as pessoas separadas, divididas e destituídas dos sentidos de solidariedade e de alteridade, parte do que ele chama de “efeito de vertigem e desorientação” (Keen, 2012, *passim*).

Por outro lado, como a mercantilização das redes é dada pelo nível de respostas dos sujeitos aos estímulos de comunicação veiculados, a forma e o conteúdo das mensagens tendem a excitar sentimentos primais de paixão, para demonstrar aquilo que se convencionou chamar de “engajamento”. A globalização – que flui em sentido contrário aos da identidade/pertencimento gerados nas ruas e bairros –, em sua expressão neoliberal, levou termos e argumentos da Economia a se generalizarem de forma hegemônica em discursos especializados dos diferentes domínios da vida contemporânea e na própria experiência cotidiana.

A questão do individualismo radical tem sido abordada por vários autores. Um dos críticos é Richard Sennett (2020), autor que tem chamado atenção para a dimensão cooperativa da experiência social exitosa da humanidade. Seus livros mais conhecidos abordam a ideia da cooperação como uma troca, na qual as partes se beneficiam e lançam foco para o fato de que algumas realizações humanas somente são possíveis devido a nossa capacidade de organização em comunidade, de forma empática e solidária. Ele utiliza o exemplo da oficina e da execução de uma peça musical para mostrar que o efeito do trabalho em conjunto não é a soma dos trabalhos individuais, mas algo qualitativamente diferente disso. A execução de uma peça musical é realização única, produzida como resultado harmônico das execuções individuais sincrônicas (Sennett, 2020).

O modo de vida neoliberal enceta, além do princípio do individualismo radical, outras ideias chave, que o legitimam. Por um lado, a individuação acompanha a ideia de que o sujeito deve ser um agente de sua própria potencialidade profissional. Por outro, na dimensão coletiva, são acionados conceitos como a austeridade fiscal e a moralização da dívida.

6.1.1.1.1 Austeridade, dívida e autoempreendedorismo – instrumentos retóricos de legitimação

A austeridade, como reforço retórico da imposição da inexorabilidade da forma política neoliberal (Mattei, 2023), aparece acompanhada da ideia de “dívida” como um vínculo moral do sujeito à estrutura social (Graeber, 2023). Essa

forma de organização social retira qualquer sentido de orientação humanamente significativa da dimensão do trabalho e das relações sociais, já que sua dimensão relacional praticamente não existe. O sujeito passa a ser um cidadão a despeito dos outros sujeitos, não propriamente em uma relação derivada ou imersa em vínculos comunitários (Taylor, 2000). A expressão da autenticidade e da individualidade do sujeito é condicionada à pertença comunitária. Viver e raciocinar sobre questões morais é um exercício sempre relacional, no âmbito do qual nossa identidade se expressa (Taylor, 2011). O espaço da existência virtual nega essa dimensão do encontro, e essa postura de extremo individualismo é acompanhada da mudança dos padrões de interação social, ocorrendo de forma sempre breve, despersonalizada e descontinuada.

Branko Milanović (2020) sintetiza esse derretimento do modelo “trabalho como emprego”, afirmando que os trabalhadores se tornam peças totalmente intercambiáveis. As pessoas trocam de trabalho em semanas ou meses ou fazem atividades de trabalho intermitente ou sem vínculo, como garçons, que trabalham por diária. Nessa realidade, todos são indiferenciados, pois não há tempo para se evidenciar características pessoais. Isso seria o ápice, o ideal do que a economia neoclássica pode pretender já que, nela, os sujeitos são totalmente intercambiáveis, apenas diferenciados por algumas características gerais.

Nesse cenário, a capacidade do Direito para regular a Economia e as relações sociais, em direção a uma sociedade justa e solidária, pauta valorativa inscrita na Constituição Federal, torna-se mínima; perde, dessa forma, importância como instrumento de governo. Saturar a ordem normativa com afirmações genéricas de direitos e com exortação de valores não permite a formulação de normas e de práticas instituintes de direitos concretos (Hardt; Negri, 2016).

De outro ponto de vista, se a ordem normativa tenta regular amiúde os novos modos de interação, deixa evidente sua ineficácia, uma vez que as condições de exercício da autoridade soberana não estão presentes. Há inúmeros exemplos dessas condições, entre os quais podemos mencionar: 1) submissão do Estado à vontade de empresas transnacionais no contexto da instalação de plantas industriais, com disputa fiscal sobre qual estado ou região oferece mais incentivos (Hass; Bones, 2011); 2) tentativa das chamadas *big techs* de impor ao Brasil (como aos demais Estados) a oferta de serviços em desconformidade com as leis locais, evidenciando a disputa sobre a soberania nacional (Vittorazzi, 2025).

Em síntese, as condições políticas, econômicas e sociais, nas quais surgiu o Direito como o conhecemos e como se manteve até o século XX, não

mais subsistem. Nem o Estado liberal-burguês nem o Estado-providência são, hoje, o modo vigente de organização sócio-político-econômico.

Entre esses dois e com foco em uma hermenêutica possível, talvez possamos falar em um modo comunal, não em uma acepção corrente, mas de fundamentos políticos e filosóficos.

7 O MODO COMUM

A questão que se põe é sobre qual prática hermenêutica seria possível e desejável no cenário de adjudicação constante e crescente das políticas públicas no Brasil, com suas contradições econômicas e sociais e sob a égide da hegemonia de um modo de vida neoliberal. Uma resposta ética possível talvez resida na operatividade do conceito de “comum”, caso práticas instituintes, inspiradas em valores coletivistas, proponham soluções jurídicas mais próximas daquilo que a Constituição enuncia como valores de liberdade, de justiça e de solidariedade.

O foco é a complexa relação entre o viés comunitarista e o welfarista da hermenêutica dos direitos sociais constitucionais e uma visão hegemônica neoliberal sobre a economia e a política, a qual subordina a efetividade de direitos a argumentos de ordem contábil de austeridade.

As matrizes de compreensão da realidade político-jurídica da sociedade brasileira serão estudadas, aqui, em uma abordagem crítica contemporânea, embasada no conceito de “comum” proposto por Hardt e Negri, reelaborado por Dardot e Laval.

Embora Dardot e Laval possuam extensa produção sobre o tema do “comum”, é no livro *Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI*, de 2017, que eles produzem o esforço mais estruturado de conceituação da ideia.

Central na contestação ao modelo neoliberal de sociedade, o comum é um instrumento de movimentos e de correntes de pensamento que se opõe à ampliação, entre outros, da cultura competitiva e ultraindividualista, vigente na contemporaneidade ocidental. O termo não se reduz a um suposto ressurgimento da ideia comunista, pautada em experiências históricas pregressas, mas sim, se constitui em uma renovada forma de contestação e superação do capitalismo (Dardot; Laval, 2017). Para nosso argumento, o comum aciona sentidos solidaristas, comunitaristas, coletivistas e de autogoverno, conformadores de um pano de fundo hermenêutico que funcionaliza a efetividade dos direitos sociais.

Não há, aqui, uma relação direta com os bens comuns, apesar de esse sentido estar contido no significado mais amplo do comum; não é um bem, um objeto que se possua ou que seja constituído por vontade. Comum é um *princípio político* com o qual se pode constituir os comuns, definindo um campo e um regime de lutas políticas (Dardot; Laval, 2017). Nessa perspectiva, ele não se refere a um princípio moral abstrato, mas a um mecanismo de acionamento de ações solidárias, conjuntas e articuladas politicamente. Seja como substantivo ou como adjetivo, o termo aparece como um centro de significações relativo às lutas políticas e como a própria bandeira de mobilização.

Além disso, sob sua designação, o comum abrange dois tipos de bens que a tradição jurídica romana conceitua de forma diferente, coisas comuns e coisas públicas, designando uma forma responsável e justa de gestão comunitária e democrática de recursos (Dardot; Laval, 2017).

A crítica mais fácil à adoção da ideia da política do comum é remetida ao conhecido texto de Garret Hardin *The tragedy of the commons*, de 1968, no qual, a ação egoísta dos indivíduos tende a esgotar um recurso comum compartilhado, ainda que o resultado seja desastroso para todos os envolvidos. Apoiando-se em Elinor Ostrom, Dardot e Laval defendem que os comuns naturais não são coisas físicas, que se esgotariam. Diversamente, são relações sociais institucionais, regradas, portanto (Dardot; Laval, 2017).

O comum pode, assim, ser instituinte e instituído como uma prática social com sentido, operando em um quadro geral de interpretação da realidade como pressuposto institucional. Nesse quadro inarticulado, mas instituído, as práticas de interpretação da realidade se dão com base na compreensão da necessária relativização da propriedade como direito absoluto, da acumulação como objetivo da vida boa, do individualismo metodológico como instrumento político e da noção jurídica de direito subjetivo público em relação às coisas e aos bens comuns. O pressuposto de Hardin se inverte, na medida em que há, nas diversas sociedades, formas de atuação coletiva solidária e de cooperatividade, as quais não se legitimam pelas regras de mercado ou pelo comando do Estado.

Como princípio paradigmático de um conjunto de práticas, o comum não constitui uma espécie de solo ontológico apaziguador e seguro, e sim, um horizonte aberto de possibilidades. Não é uma forma de gestão, nem defesa de uma produção espontânea de solidariedade, mas uma atividade deliberadamente instituinte, que se constrói na dialética do conflito e das lutas políticas (Dardot; Laval, 2017).

Alinhando seus elementos definidores, pode-se dizer que *comum* é um princípio político de instituição, que reproblematisa os centros de poder na

sociedade. Não é um princípio anarquista, mas um princípio de autogoverno, inspirado nas ideias solidaristas e comunitárias na organização social. Não se trata, pois, da abolição da autoridade ou de quaisquer lideranças, mas de forjar dinâmicas efetivamente democráticas de organização. Assim, o caráter instituinte do comum envolve a manutenção do exercício de sua potência destituente.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hermenêutica constitucional encontra, nos dois modelos típicos apresentados, uma clivagem decisiva na forma como são tratadas questões sobre propriedade, liberdade, identidade e direitos de natureza prestacional. São compreensões de mundo mutuamente excludentes e rivais, quando se trata de decidir, por exemplo, se alguém pode ter os valores de seu salário penhorados em nome do postulado da moralidade intrínseca e absoluta do pagamento de uma dívida, ainda que isso seja contra o sentido literal de uma lei.

No primeiro tipo, serão encontrados argumentos baseados na liberdade de iniciativa e de contratação; na autonomia individual; na suposta eficiência da lógica liberal de funcionamento do mercado e, por fim, na força do pactuado sobre o socialmente justo. No segundo, aparecem argumentos baseados na função social da propriedade; na ideia de limitações à autonomia contratual, decorrente do reconhecimento da vulnerabilidade de uma das partes, e na dimensão coletiva e comunitária da hermenêutica dos direitos constitucionais sociais.

Certos acionamentos retóricos terão relevância dentro de um contexto do procedimento decisório, da coerência conceitual e da lógica interna do discurso de fundamentação da decisão. A coerência tem papel central nessa análise, porquanto uma das características do padrão decisório cordial é submeter o requisito de coerência decisória a concepções substantivas que porventura o decisor tenha. Por exemplo: uma decisão sobre um tratamento de saúde pode assumir que limites orçamentários ou materiais não são normativamente relevantes para se apreciar o problema. Porém, o mesmo tipo de argumento não aparece nas discussões sobre direito à educação. Em primeira análise, sendo ambos direitos sociais, cuja eficácia depende de prestações positivas do Estado e que envolvem custos dimensionáveis de maneira *uti singuli*, um mesmo decisor não pode deixar de considerar os limites orçamentários em um tipo de decisão e considerar em outro. Evidentemente, esse decisor poderia justificar o motivo de tratar de forma desigual situações que parecem possuir elementos

normativamente relevantes similares. Mas, na decisão cordial, o que ocorre é o simples silenciamento de motivações relativas à determinação da relevância das premissas de julgamento.

Em certo sentido, assim como acontece com as pessoas leigas, os decisores são expostos, cotidianamente, aos mesmos meios de informação e desinformação presentes na esfera pública. Assim, eles também reagem, pessoal e institucionalmente, às notícias e às alegações de que os direitos não são efetivos e às reportagens sobre corrupção, sobre incompetência administrativa e sobre desorganização generalizada da máquina que provê serviços públicos. Essa massa de informações, assim como as inclinações ideológicas dos agentes, entra em jogo no processo de elaboração das decisões.

É importante que se investigue sobre os motivos pelos quais deu-se a constituição de um determinado padrão de julgamento no qual, de forma mais ou menos explícita, o decisor adota a posição de realizador de justiça substantiva ou se autocontém e aplica as regras segundo seu sentido *prima facie*. Dessa forma, contribui-se para a reflexão sobre as consequências, em larga escala e de forma duradoura, da adoção desse tipo de decisão para as instâncias política e jurídica. Também se lançam algumas ideias propositivas sobre a adoção de um padrão mais alinhado com a teleologia constitucional dos direitos sociais, o qual, argumentamos, é marcadamente coletivista, solidarista e comunitarista.

Do ponto de vista da responsividade social (*accountability*), admitir que o padrão decisório cordial engajado é parte do novo modo de atuar dos decisores requer compreender, como contrapartida dessa capacidade política, que os atores serão cobrados e criticados politicamente. Entreabre-se, então, a possibilidade de uma reflexão sobre o modelo de funcionamento institucional do sistema de justiça. Afinal, assumir que membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, das carreiras da Advocacia Pública e da Defensoria Pública atuam segundo alguma agenda politicamente ativa significa pensar que podem ser escolhidos e avaliados politicamente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Direito Administrativo*, n. 240 p.1-42, abr./jun. 2005.

BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *Direito & Justiça*, ano 27, v. 31, n. 1, p. 67-119, 2005.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale *et al.* 9. ed. Brasília: UnB, 1997.

BRANDOM, Robert B. *Making It Explicit: Reasoning, Representing and Discursive Commitment*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ED em *Recurso Especial nº 1.874.222/DF*. Processual civil. Embargos de divergência em recurso especial. Execução de título extrajudicial. Penhora. Percentual de verba salarial. Impenhorabilidade (art. 833, IV e § 2º, CPC/2015). Relativização. Possibilidade. Caráter excepcional. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=186475966®istro_numero=202001121948&publicacao_data=20230524. Acesso em: 12 de maio de 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 888.815/RS*. Constitucional. Educação. Direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à efetividade da cidadania. Dever solidário do estado e da família na prestação do ensino fundamental. Necessidade de lei formal, editada pelo congresso nacional, para regulamentar o ensino domiciliar. Recurso desprovido. Relator: Min. Roberto Barroso redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso>.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venâncio Majer., v.1. São Paulo: Paz e terra, 1999.

CHICKEN RUN: DAWN OF THE NUGGET. Direção: Sam Fell. Produção: Aardman Animations. Estados Unidos da América: Netflix, 2023. Streaming.

CIARLINI, Alvaro. *Direito à saúde: Paradigmas procedimentais e substanciais da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DA EMPOLI, Giuliano. *Os engenheiros do caos*. Trad. Arnaldo Bloch. São Paulo: Vestígio, 2022.

DARDOT, Pierre. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DARDOT, Pierre *et al.* *A escolha da guerra civil: uma outra história do neoliberalismo*. Trad. Márcia Pereira Cunha. São Paulo: Elefante, 2021.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica: direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREITAS FILHO, Roberto (org.). *Direito à saúde: questões teóricas e a prática dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2021.

FREITAS FILHO, Roberto e CASAGRANDE, Renato. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. [s.l.] ano 47, n. 187, jul./set. 2010.

FREITAS FILHO, Roberto. Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 44, n. 175, jul./set., 2007, p. 52.

GIDDENS, Anthony. *Política y sociología en el pensamiento de Max Weber*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

GRAEBER, David. *Dívida: Os primeiros 5 mil anos*. Trad. Rogério Bertoni. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2023.

HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. *Bem estar comum*. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2016.

HASSE, Geraldo; BONES, Elmar. Caso Ford: maior batalha de uma guerra que não findou. Sul21. Política. [s.l.], 18 de maio de 2011. Disponível em: <https://sul21.com.br/noticiasultimas-noticiapolitica/2011/05/caso-ford-maior-batalha-de-uma-guerra-que-nao-findou/>. Acesso em: 4 de jul. de 2025.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HEYWOOD, Andrew. *Ideologias políticas: do liberalismo ao fascismo*. Trad. Janaína Marcoantonio; Mariane Janikian. São Paulo: Ática, 2010.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*; Prefácio de Antônio Cândido. 14. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1981.

JUSTIA LEGAL DICTIONARY. Verbetes quasi-judicial. [s.l.], [s.d.]. Disponível em: <https://dictionary.justia.com/quasi-judicial>. Acesso em: 27 de maio de 2025.

KEEN, Andrew. *O culto do amador: como blogs, MySpace, YouTube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

KEEN, Andrew. *Vertigem digital: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando?* Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

MAGNANI, J.G.C. Etnografia como prática e como experiência. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 15, 32/2009, p. 129-156.

MATTEI, Clara. *A ordem do capital: como economistas inventaram a austeridade e abriram caminho para o fascismo*. Trad. Heci Candiani. São Paulo: Boitempo, 2023.

MATTOS, C.L.G. A abordagem etnográfica na investigação científica, *In*: C.L.G.

Mattos; P.A. Castro, Orgs. *Etnografia e educação: conceitos e usos*, 2011, p. 49-83. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em: 26 de maio de 2026.

MILANOVIĆ, Branko. *Capitalismo sem rivais: o futuro do sistema que domina o mundo*. Trad. Bernardo Ajzenberg. São Paulo: Todavia, 2020.

PIKETTY, Thomas. *Natureza, cultura e desigualdades: uma perspectiva comparativa e histórica*. Trad. Maria de Fátima Oliva do Couto. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2024.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAAD FILHO, Alfredo. *Brasil: neoliberalismo versus democracia*. São Paulo: Boitempo, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SENNET, Richard. *Juntos*. Trad. Clóvis Marques. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.

TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: Realizações Editora, 2011.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. Trad. Adail U. Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

VITTORAZZI, Davi. STF forma tese para responsabilizar big techs por conteúdos de terceiros. CNN Brasil. Política. [s.l.], 26 de jun. de 2025. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/stf-forma-tese-para-responsabilizar-big-techs-por-conteudos-de-terceiros/>. Acesso em: 4 jul. 2025.

WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Tradução de José Medina Echavarría; Juan Roura Parella; Eugenio Ímaz *et al.* 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Guanabara: Rio de Janeiro, 1982.

WEBSTER'S UNABRIDGED DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE. New York: Random House, 2001.

WINCH, Peter. *A ideia de uma ciência social e sua relação com a filosofia*. Trad. Rachel Meneguello. São Paulo: Editora Unesp, 2020.