



Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento¹

Legal formalism: rise, decline and rebirth

Formalismo jurídico: ascenso, declive y renacimiento

Lucas Fucci Amato²

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8923-8300>
E-mail: lucas.amato@usp.br

Resumo

Este artigo pretende apresentar uma tipificação de estilos de interpretação do direito, associando-os à jurisdição constitucional. Na tipologia proposta, são classificados quatro modelos hermenêuticos: o formalismo jurídico clássico, associado ao privatismo e ao liberalismo oitocentista; o antiformalismo, vinculado à emergência do Estado social; a idealização interpretativa do direito, identificada na segunda metade do século XX; o formalismo jurídico contemporâneo. Particularmente, em referência a este último modelo, defende-se que várias tendências atuais de teoria do direito têm convergido para recuperar a importância de elementos associados a uma visão formalista do direito, como a deferência a significados literais dos textos normativos, estruturação silogística e inferência dedutiva na argumentação ou mesmo a pesquisa do histórico legislativo. Indica-se como essa prática pode afinar-se a uma abordagem procedimental do controle de constitucionalidade.

Palavras-chave

formalismo jurídico; interpretação jurídica; teoria do direito; argumentação jurídica; jurisdição constitucional.

¹ AMATO, Lucas Fucci. Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 2, n. 1, p. 255-285, jan./jun. 2022.

² Livre-Docente pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), com estágio pós-doutoral na Universidade de Oxford, Inglaterra, e estágio doutoral na Harvard Law School, Estados Unidos. Autor de *Inovações Constitucionais: direitos e poderes*, entre outras obras. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7721471179237026>.

Sumário

1. Introdução. 2. Formalismo jurídico clássico. 3. Antiformalismo. 4. Idealização interpretativa do direito. 5. Traços de um formalismo jurídico contemporâneo. 6. Conclusão.

Abstract

This paper intends to present a typology of styles of legal interpretation, associating them with the role of constitutional jurisdiction. In the proposed typology, four hermeneutic models are classified: classical legal formalism, associated with privatism and nineteenth-century liberalism; anti-formalism, linked to the emergence of the social state; the interpretive idealization of law, identified in the second half of the 20th century; contemporary legal formalism. Particularly, in reference to this last model, it is argued that several current trends in jurisprudence have converged to recover the importance of elements associated with a formalist view of law, such as deference to literal meanings of normative texts, syllogistic structuring and deductive inference in reasoning or even the research of the legislative history. It indicates how this practice can be fine-tuned to a procedural approach of constitutional review.

Keywords

legal formalism; legal interpretation; jurisprudence; legal argumentation; judicial review.

Contents

1. Introduction. 2. Classical legal formalism. 3. Antiformalism. 4. Interpretive idealization of law. 5. Features of a contemporary legal formalism. 6. Conclusion.

Resumen

Este artículo pretende presentar una tipificación de estilos de interpretación del derecho, asociándolos a la jurisdicción constitucional. En la tipología propuesta se clasifican cuatro modelos hermenéuticos: el formalismo jurídico clásico, asociado al privatismo y al liberalismo decimonónico; el antiformalismo, ligado al surgimiento del estado social; la idealización interpretativa del derecho, identificada en la segunda mitad del siglo XX; el formalismo jurídico contemporáneo. En particular, en referencia a este último modelo, se argumenta que varias tendencias actuales en la teoría jurídica han convergido para recuperar la importancia de elementos asociados a una visión formalista del derecho, como la deferencia a los significados literales de los textos normativos, la estructuración silogística y la inferencia deductiva en la argumentación, o incluso la investigación de la

historia legislativa. Indicase cómo esta práctica puede ajustarse a un enfoque procesal del control de constitucionalidad.

Palabras clave

Formalismo jurídico; interpretación jurídica; teoría del derecho; argumentación jurídica; control de constitucionalidad.

Índice

1. Introducción. 2. Formalismo jurídico clásico. 3. Antiformalismo. 4. Idealización interpretativa del derecho. 5. Rasgos de un formalismo jurídico contemporáneo. 6. Conclusión.

1. Introdução

Com a positivação do direito nos Estados liberais modernos, afirmou-se durante o século XIX a hegemonia de uma visão formalista de interpretação jurídica. Tal prevalência veio a ser contrastada ao longo do século XX por correntes que propugnaram pela consideração de finalidades e valores como tarefa judicial necessária para dimensionar o sentido das normas aplicáveis na solução de controvérsias. Nas últimas décadas do século passado, desenvolveram-se abordagens que procuraram circunscrever e conferir objetividade a esse tipo de juízo teleológico e axiológico, remetendo-o a visões morais mais abrangentes que a jurisdição poderia progressivamente desvelar e desenvolver. Entretanto, o ceticismo sobre a neutralidade de tal racionalização dos ideais incorporados à ordem jurídica redundou em propostas teóricas que acabaram por recuperar elementos classicamente associados ao formalismo jurídico, como a deferência ao significado literal dos textos normativos, o papel da inferência dedutiva e a estruturação silogística da argumentação voltada à decisão judicial.

Este texto procura caracterizar de maneira tipológica esses estilos de interpretação do direito, indicando suas bases na teoria jurídica e apontando suas implicações para a jurisdição constitucional. Além da menção a autores representativos de cada corrente teórica, são indicados casos paradigmáticos que ilustram a discussão sobre o papel institucional do Judiciário. São apontados, especialmente, casos históricos da experiência americana, o que se justifica por dois fatores: pela proximidade que nela se revelou entre a prática jurisdicional e a reflexão teórica aqui abordada; pela similaridade daquele modelo de controle judicial de constitucionalidade (difuso) com a institucionalidade republicana brasileira.

2. Formalismo jurídico clássico

O movimento de centralização do poder que culminou com a emergência do Estado territorial moderno redundou em configurações políticas absolutistas e coloniais. O Estado recolheu os conflitos e as formas de juridicidade dispersas na sociedade, afirmando seu monopólio da jurisdição e da violência legítima. A ambição foi marginalizar a autodefesa, deslegitimando o exercício arbitrário das próprias razões, a não ser nos limites estritos e situações excepcionais estabelecidos pelo próprio Estado. É verdade que ordens jurídicas diversas do direito estatal continuaram a se desenvolver, porém com desvantagem em termos de seus próprios meios de execução forçada – poderiam apelar para boicotes, expulsão ou perda de *status* de seus membros, e mesmo para a violência, porém sem a legitimação associada ao aparato estatal; isto é, sem contar com uma disposição à obediência apoiada por um consenso geral pressuposto. Ademais, tais ordens passaram a contar com reconhecimento restrito pela ordem estatal – apenas nos limites da autonomia da vontade privada, por exemplo (WEBER, 1978, p. 54-62, 311-338).

A centralização do poder, ao mesmo tempo em que viabilizou a identificação do direito a um corpo de textos emanados da autoridade de um soberano, gerou a pressão – historicamente tracionada pelas revoluções liberais e independências nacionais entre os séculos XVII e XIX – pela autocontenção do poder por meio do próprio direito estatal. Assim é que as experiências do direito costumeiro e as demandas do direito natural deram margem a uma positivação de direitos naturais, na forma de declarações de direitos, códigos e constituições. A delimitação das fontes formais de direito (relacionadas aos poderes do Estado e, em seus limites, à autonomia privada), a abstração dos casos concretos em regras e princípios tipificados e a elaboração de conceitos e doutrinas acabaram por fornecer um repertório de critérios estritamente jurídicos que passaram a limitar o próprio arbítrio estatal. Essa foi a ambição máxima de formalistas nos Estados Unidos (como Langdell), na França (com a tendência polemicamente chamada de “escola da exegese”, formada pelos comentaristas do Código Civil organizado por Portalis) e na Alemanha (com a jurisprudência dos conceitos que emergiu da escola histórica de Savigny e redundou nas obras de Puchta, Windscheid e Jhering em sua primeira fase).

A despeito de sua diversidade interna e comparativa, essas diferentes correntes fornecem paradigmas para uma caracterização típica do formalismo jurídico clássico. O formalismo jurídico clássico indicava a concepção de que a interpretação do direito seria estritamente técnica (apolítica e amoral) (i), pois

estruturada a partir de premissas silogísticas evidentes e plenamente determinada por inferência lógico-formal, especialmente dedutiva (ii), partindo das proposições de um sistema axiomático completo e coerente de dispositivos normativos (iii): regras plenamente delimitadas em sua hipótese de incidência e consequência devida (iv), formuladas em palavras com significados fixos (v) e tidas como decorrências de alguns conceitos primeiros (os “princípios” de cada sistema jurídico e de seus ramos) (vi), que por sua vez corresponderiam a instituições intrínsecas a tipos indivisíveis (vii) dentro de uma lista exaustiva de formas possíveis de organização social (viii). Daí que de rótulos genéricos e abstratos como “propriedade”, “devido processo”, “liberdade” ou “república” se pretendesse inferir um regime completo de regras específicas, valores privilegiados pelo sistema e doutrinas explicativas de seus ramos e concretizações. Esses conceitos e instituições seriam pilares deste ou daquele tipo de sociedade e opções consagradas em uníssono pela respectiva comunidade política.

Para fins analíticos, reduzamos esses oito traços básicos a quatro ideias-força que caracterizam as vertentes clássicas do formalismo jurídico. Primeiramente: sobre o caráter apolítico e amoral da interpretação jurídica (i) – e, portanto, da tomada de decisão que dela decorre (UNGER, 2017, p. 97-98) –, vale notar o quanto a autonomia do processo interpretativo depende de uma série de autonomizações do sistema jurídico (UNGER, 1979, p. 58-68): a delimitação do direito como um corpo de normas (a) distinguidas pela autoridade que as emanou (fontes formais), (b) sistematizadas por um discurso especializado que toma tais decisões como dado inegável (a doutrina ou dogmática jurídica) e (c) concretizadas sucessivamente por profissionais especializados (carreiras jurídicas), (d) a partir de discursos que têm lugar em determinadas arenas decisórias institucionalizadas (como o Poder Judiciário).

A segunda ideia central para um perfil típico do formalismo jurídico clássico diz respeito ao caráter axiomático, silogístico e dedutivo da interpretação (ii, iii e vi). Tal concepção pode ser ilustrada pela caracterização do processo de racionalização formal do direito liderado pela Pandectística alemã (a jurisprudência dos conceitos que informou a codificação do direito privado lá concluída em 1900). Essa racionalização formal – isto é, o fechamento da aplicação do direito em premissas autocontidas em um sistema autônomo (em relação a outras normas sociais, morais, políticas ou religiosas) – ocorreu em três movimentos (WEBER, 1978, p. 654-658). Primeiro, por meio da análise e abstração das generalizações jurídicas: as razões relevantes para a decisão de um caso concreto foram reduzidas a alguns “princípios” ou proposições jurídicas.

Segundo: sintetizaram-se as doutrinas jurídicas substantivas. Finalmente, sistematizaram-se as proposições e doutrinas. O caráter altamente abstrato do direito era o escudo de sua autonomia, permitindo a derivação analítica das soluções jurídicas a partir de um sistema fechado de proposições. A racionalização mais perfeita nesses termos formais é exemplificada pelos postulados que guiavam os sistematizadores e codificadores germânicos: 1) cada decisão jurídica concreta resulta da subsunção de uma situação de fato a uma proposição normativa; 2) essa dedução realiza-se de modo suficiente com os instrumentos conceituais da lógica jurídica; 3) o direito é ou deve ser considerado como se fosse um sistema completo de proposições jurídicas; 4) o conteúdo que não puder advir desse raciocínio é juridicamente irrelevante; 5) o direito regula toda conduta e toda conduta é juridicamente relevante: ou como cumprimento da norma, ou como infração, ou como imposição de sanção.

Em terceiro lugar, caracterizam tipicamente o formalismo a exigência de formulação das normas como regras condicionais e a crença no significado fixo de suas palavras (iv e v). Tais traços podem ser ilustrados pela tendência que polêmica e retrospectivamente foi chamada de “escola da exegese” na França (comparar BONNECASE, 1933; HALPÉRIN, 2017). Central para a caracterização dessa tendência foi a positivação do artigo 4º do Código Civil de 1804, que proibiu a denegação da justiça a pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei. Então se afirmou um princípio crucial do Judiciário moderno, impedido que está de consultar o legislador para saber qual seria a vontade deste na solução de um caso individual concreto não claramente disciplinado na legalidade geral e abstrata disponível.

A responsabilidade última no processo de concretização normativa fica alocada ao juiz, que, portanto, precisará formular uma regra individual e concreta, com hipótese e consequente bem definidos, por mais indeterminadas que sejam as disposições normativas mais gerais e abstratas que lhe estão à mão. A circunscrição desse poder jurisdicional vinha pelo compromisso interpretativo em obedecer à vontade da lei (interpretando-a literalmente) e à vontade do legislador (pesquisando o processo legislativo, isto é, os trabalhos preparatórios da codificação, no caso do direito civil) (HESPANHA, 2012). Daí uma noção de referência semântica: de que os fatos verificados em um caso determinado precisariam estar de alguma forma previstos e disciplinados pelo legislador – não sendo meros exemplos de eventos particulares que se encaixariam nos termos universais da norma legislada (ver, criticamente, MACCORMICK, 2008, p. 77-78). Vale lembrar que a desconfiança com relação ao poder dos juízes levou a França

ter um controle de constitucionalidade apenas político e preventivo (por meio do Conselho de Estado); somente em 2010 entrou em vigor a possibilidade do controle *a posteriori* de constitucionalidade (de leis que já entraram em vigor), pela via de exceção no contencioso administrativo ou judicial (BOURGET, 2020).

Finalmente, para completar a caracterização típica do formalismo com um quarto traço definidor, temos como uma decorrência da racionalização formal do direito o pressuposto de que os termos universais, gerais e abstratos das formulações normativas integrar-se-iam em um sistema capaz de caracterizar de maneira unívoca qual a configuração das instituições basilares da sociedade – as formas de contrato e propriedade, tributação ou separação de poderes admitidas –, sendo que esses blocos institucionais indivisíveis comporiam um tipo fechado de sociedade dentro de uma lista exaustiva (vii e viii): por exemplo, uma sociedade livre e moderna, em contraposição a uma sociedade autoritária ou despótica (UNGER, 2017, p. 12-14, 32).

Quais as implicações dessa visão de interpretação jurídica para a jurisdição constitucional? Para responder a tal indagação, é importante observar que todo o imaginário formalista oitocentista é marcado pelo privatismo: por uma prevalência do direito privado sobre o direito público. As declarações de direitos incorporadas às constituições eram vistas como promessas políticas não controláveis jurídica e judicialmente; e seu principal conteúdo visava a assegurar, de um lado, a limitação do arbítrio do Executivo (diante da supremacia legislativa, e contando com o caráter imparcial e passivo do Judiciário) e, de outro, os direitos civis, entendidos como direitos privados a serem assegurados pela legislação civil, comercial e penal (MOYN, 2010, cap. 1; WALDRON, 2012).

Nos Estados Unidos, por exemplo, a prática do controle judicial de constitucionalidade não se rotinizou antes do fim do século XIX – muito depois do paradigmático caso *Marbury v. Madison*, de 1803 (5 U.S. 1 Cranch 137). Durante cinco décadas, a Suprema Corte se absteve de aplicar a “lógica” do juiz Marshall para invalidar a legislação federal (AMATO, 2018, p. 306-307; ver TRIBE, 1977), o que só veio a fazer no desastroso caso *Dred Scott v. Sandford* (60 U.S. 393), de 1857, em que o tribunal negou a competência do Congresso para proibir a escravidão nos territórios federais e firmou o entendimento de que descendentes dos escravos africanos importados ao país, mesmo que já fossem libertos, não poderiam gozar da proteção da cidadania, da constituição e do Judiciário dos Estados Unidos. A guerra civil americana teve como controvérsia central o problema da escravidão e culminou com a décima quarta emenda à Constituição

em 1868, que previu a cláusula da “proteção igual”. Entretanto, em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537), a Suprema Corte interpretou que tal cláusula era compatível com a segregação racial, segundo o mote “separados, mas iguais”. Só na década de 1950 essa interpretação foi superada.

Todavia, o caso mais paradigmaticamente associado ao formalismo jurídico é *Lochner v. New York* (198 U.S. 45), de 1905, no qual a Suprema Corte americana considerou inconstitucional (diante da liberdade de contrato implícita na cláusula constitucional do devido processo) uma lei que limitava a jornada de trabalho diária e semanal. Tal decisão ilustrou o quanto uma opção política – a afirmação de uma irrestrita liberdade de contrato, contra qualquer disciplina estatal em benefício da parte mais vulnerável – foi justificada como decorrência inexorável dos termos constitucionais. Ao interpretar o princípio do “devido processo” (previsto na quinta e décima quarta emendas à Constituição) e tomar como sua decorrência uma cláusula geral de liberdade, aplicada à seara contratual privada, o tribunal deu-lhe um conteúdo amplíssimo, desconsiderando qualquer conflito com outros interesses ou valores. Assim, realizou uma aplicação não pacífica de termo geral a caso específico, como se tal caso (o caráter ilimitável da jornada de trabalho, se não pelo acordo das partes) estivesse por definição incorporado no significado do termo geral (liberdade). A postura formalista, portanto, implicaria negar a escolha entre premissas suplementares plausíveis e negar a indeterminação dos textos normativos – a margem de escolha que subsiste mesmo a partir da determinação básica de sentido das palavras que os compõem (SCHAUER, 2011, p. 67-72).

A acusação de formalismo esteve aqui associada à complementação do texto constitucional por premissas ideológicas não explicitadas nem problematizadas, disfarçadas sob o pretexto de única solução correta autorizada pelas palavras das normas aplicáveis. Essas premissas ideológicas assentavam-se sobre a ideia de um sistema pré-político de direitos naturais privados, entrincheirados na constituição contra qualquer tentativa de regulamentação, restrição e intervenção estatal (UNGER, 2004, p. 64). Foi preciso nesse sentido o comentário crítico do juiz Oliver Wendell Holmes, Jr., em voto dissidente: a Constituição americana não deveria ser vista como endosso de uma teoria econômica específica (seja a favor do *laissez faire*, seja do paternalismo estatal) nem de uma visão particular de sociedade (como o libertarismo associado ao darwinismo social de Spencer).

Tal imaginário formalista e liberal concebia os direitos privados como base inequívoca da liberdade e trunfo capaz de derrotar qualquer tentativa de “intervenção” estatal, caso dos direitos trabalhistas, vistos como interferência

indevida sobre a liberdade contratual e a propriedade empresarial (ou o “devido processo”). Apenas o realismo jurídico dos anos 1920 e 30 colocaria em xeque a ortodoxia liberal estabelecida (HORWITZ, 1992). Garantir um Estado mínimo para alavancar a máxima autonomia individual deixou de ser estratégia verossímil quando se minou a crença na existência de uma ordem jurídica natural, pré-política, uma conformação do direito imanente ao mercado e apenas distorcida pela ação estatal; e quando se constatou que a ação governamental era necessária para desbaratar concentrações de poder econômico, para promover a descentralização da iniciativa e para compensar relações sociais assimétricas.

3. Antiformalismo

As primeiras manifestações de uma prevalência prática do direito positivo sobre a avaliação moral por referência a um direito natural guardaram uma ambivalência: embora procurasse resumir o estudo e a aplicação do direito à interpretação de textos normativos emanados de autoridades (estatais), o formalismo jurídico clássico tomava seu método do jurracionalismo. Se antes se elaboravam sistemas filosóficos-morais individualistas, representados por uma lista de deveres e direitos naturais, com as revoluções liberais essa lista encontrava-se agora positivada. Portanto, atendo-se ao direito positivo, era possível reprisar a ambição de abordar o direito com um sistema axiomático, aplicável por inferência puramente dedutiva e com a pretensão geometrizante de circunscrever âmbitos bem marcados de atribuição de direitos, deveres, poderes e responsabilidades a sujeitos de direito determinados.

O próprio positivismo jurídico em seu sentido mais estrito surgiu como uma reação não apenas ao jusnaturalismo, mas também ao formalismo. Isso é verdade com Bentham, que identificou uma arbitrariedade em se pretender criar e aplicar o direito por referência a abstrações como a figura dos direitos naturais garantidos pela razão ou pelo costume; daí a proposta de criar uma verdadeira ciência da legislação, que substituísse o anacronismo do *common law* (direito consuetudinário-jurisprudencial) por critérios utilitaristas para a confecção de leis capazes de maximizar o bem-estar coletivo. É verdade também para a proposta metodológica de John Austin, que delimitou o positivismo analítico como um estudo puramente descritivo do direito posto, identificado por referência a comandos legislativos habitualmente obedecidos, instituidores de deveres amparados por sanções, o que tornou a questão da validade (descrição do direito tal como ele é) independente do juízo de valor (sobre como o direito deveria ser).

Ao lado dessas reações britânicas, os Estados Unidos e a Europa continental assistiram, entre fins do século XIX e início do século XX, à emergência de diversas correntes antiformalistas: as escolas do direito livre (Kantorowicz) e da livre investigação científica do direito (Gény), a jurisprudência dos interesses (Heck, Jhering), várias correntes associadas à sociologia jurídica empírica (Ehrlich) e o realismo jurídico americano (Holmes, Dewey, Frank, Cohen, Pound, Llewellyn, Cardozo), entre outras vertentes afins de pensamento jurídico. Algumas delas buscaram ao máximo reduzir o direito a dados empíricos (especialmente psicológicos) e à análise lógica conceitual – é o caso do realismo jurídico escandinavo (Ross, Hägerström, Olivecrona). Outras – e este é o ponto que mais nos interessa aqui – focaram a questão da indeterminação da linguagem jurídica.

Um dos pontos de partida para abordar tal questão foi a discussão do papel do silogismo e da inferência dedutiva na aplicação do direito. Evidenciou-se que há uma margem de escolha tanto para a formulação da premissa normativa (regra geral e abstrata aplicável ao caso) quanto para a descrição da premissa fática como uma exemplificação particular dos termos universais da norma. Por exemplo, pode-se ter que delimitar qual é o campo de normas aplicáveis ao caso e resolver conflito entre mais de um dispositivo incidente; ou se pode ter que formular uma regra indutivamente, a partir de uma série de casos registrados no histórico jurisprudencial. Claro, uma vez feitas essas escolhas das premissas, segue a conclusão do silogismo: a solução normativa (em regra, individual e concreta) para o caso (LLEWELLYN, 1931, p. 1252-1253). Assim, a lógica intervém como ferramenta experimental e flexível para encontrar normas gerais e descrever fatos particulares que sirvam como premissas para uma conclusão que pode haver sido vagamente antecipada, às vezes ao lado de soluções rivais possíveis (DEWEY, 1924, p. 22-24). Há, portanto, uma margem para “escolhas éticas” em uma interpretação funcional, finalística e axiológica do direito (COHEN, 1931). Além de incidirem na solução de antinomias e na colmatação de lacunas, essas opções políticas também se apresentavam na adoção de interpretações mais restritivas ou extensivas. Assim, sugeria-se que, quando os juízes “são chamados a dizer o quanto as regras existentes devem ser estendidas ou restringidas, devem deixar o bem-estar da sociedade fixar a trajetória, sua direção e sua distância” (CARDOZO, 1921, p. 67).

A necessidade recorrente de se adicionar juízos valorativos não plenamente predeterminados e programados pelas normas jurídicas aplicáveis, para determinar o próprio sentido e alcance dessas normas, foi bem exposta nesta argumentação de Pound (1923, p. 653-654): a prevalência da “liberdade de

contrato” sobre a “legislação social”, por exemplo, pode ser vista como uma exigência da “natureza do governo livre”, como uma idealização de dada tradição institucional nacional. E então juízes podem assumir que “o Estado que governa melhor é o que governa menos”. Mas esse pressuposto ideológico de fundo pode ser descrito como uma semântica que toma seu significado da estrutura de uma sociedade agrícola, “que precisa de pouco controle social”. Conforme a economia política muda para uma sociedade urbana e industrial, a estrutura subjacente mina a semântica da sociedade livre e o que é tomado como seus “requisitos” normativos. Como observou Pound (1923, p. 654), “[q]uando tais figuras ideais adquiriram certa firmeza na tradição judicial e profissional, elas são parte do ‘direito’ tanto quanto os preceitos jurídicos”.

As vertentes antiformalistas do direito, como o próprio realismo americano, desenvolveram-se em um momento de crescimento da Administração Pública e de prevalência do direito público sobre o direito privado (DAGAN, 2018), traços característicos do Estado social no entreguerras e no pós-segunda guerra mundial. Essa expansão do Executivo alargou a interface de fricção com o Judiciário, como se notou nos Estados Unidos com os embates entre o presidente Franklin Roosevelt e a Suprema Corte nos anos 1930. Instando os juízes a relevarem as opções valorativas feitas no processo interpretativo – em vez de fazê-las veladamente e impô-las sob o pretexto da inexorabilidade linguística –, os realistas pregaram em geral a autocontenção judicial e a deferência à política e à legislação, em combate ao ativismo judicial que, à luz do formalismo dos direitos privados entrincheirados na constituição, havia julgado como inconstitucionais as medidas estruturantes do Estado social (ver SOLAR CAYÓN, 2002, p. 135-153).

Thayer (1893, p. 135) já enfatizava que o escopo do Poder Judiciário era determinar, para fins da específica questão controversa sob seu juízo, se aquele dado exercício de poder era proibido pela constituição. “Ao fazê-lo a corte deveria cumprir sua tarefa sem privar outro departamento de seu poder próprio, ou limitá-lo dentro do alcance próprio de sua discricionariedade.” Assim, quando apresentadas na arena judicial, essas questões não demandam um juízo amplo, mas apenas a consideração de se a opção tomada recai dentro “daquela ampla margem de consideração que lhes cabe apenas no juízo prático de um corpo legislativo”. Dentro daquela margem, a legislação ou a reforma constitucional “devem ser autorizadas a ter livre curso”. Sobre as opções tomadas pelo legislador, o juiz não haveria de interferir.

Entretanto, o movimento político do pós-guerra escalou o Poder Judiciário para o papel de estuário de diversas demandas coletivas que os Poderes políticos tiveram dificuldade em processar. Para ficarmos no contexto americano, a alusão mais significativa é à pressão exercida pelo movimento de direitos civis da população negra que culminou com as decisões da Suprema Corte nos casos *Brown I e II* (*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483; 349 U.S. 294), em 1954 e 1955 (KLARMAN, 1994). Superando a interpretação anterior do princípio da igualdade perante a lei, que reconhecia como constitucionalmente aceitável a segregação racial (desde fossem fornecidas políticas públicas de igual qualidade aos diferentes grupos étnicos), a Suprema Corte passou a considerar inconstitucional o sistema educacional com escolas segregadas. Entretanto, a mera declaração de inconstitucionalidade foi ineficaz, de modo que a Corte tomou para si, subsequentemente, a tarefa de coordenar a reestruturação administrativa do sistema escolar americano, com vistas à dessegregação e integração racial.

A própria mentalidade publicista e administrativista que marcara o papel dos realistas na estruturação do Estado social chegava agora ao âmbito judicial. Até a década de 1980, a prática das injunções estruturais levou o Judiciário daquele país a determinar a reforma de diversas organizações e políticas (prisões, escolas, hospitais, distritos eleitorais) que se encontravam em dissonância com direitos fundamentais – notadamente, com o tratamento igual. Entretanto, fricções institucionais, mudanças políticas e os déficits organizacionais do Poder Judiciário para realizar tais intervenções estruturais, mas pontuais (em vez de simplesmente aplicar a lei, ou determinar sua inconstitucionalidade), levaram, desde então, a uma marginalização desse tipo de atuação jurisdicional (AMATO, 2018, p. 142-147; TUSHNET, 2003; WEAVER, 2004).

4. Idealização interpretativa do direito

A revelação da indeterminação na interpretação jurídica – isto é, da recorrente necessidade de se fazer atribuições valorativas e finalísticas para determinar o direito aplicável, sem que as regras pré-formuladas exauram essas opções de sentido – conduziu a uma preocupação com o arbítrio judicial. Se tal constatação originalmente esteve ligada à pregação da autocontenção judicial – uma vez que, em se tratando de opções políticas, os juízes deviam deferência às decisões tomadas pelos Poderes políticos representativos –, é certo que a conclusão também autorizava um ativismo judicial que expressamente proclamasse suas

preferências e beneficiários, aumentando o protagonismo dos juízes na defesa de determinados interesses, valores e programas.

Por outro lado, após a segunda guerra mundial assistiu-se ainda a uma expansão global do controle de constitucionalidade (seja pela instituição de cortes constitucionais, seja pela ampliação dos sistemas de controle difuso) e das pautas de direitos humanos e fundamentais associadas ao jusnaturalismo (BOMHOFF, 2013; GINSBURG, 2008; MOYN, 2010; 2015). Daí resultou uma prática interpretativa que poderia ser caracterizada como um “formalismo transcendental” (UNGER, 2017, p. 55-56): “formalismo” pelo apelo retórico a preceitos abstratos postos em textos normativos; “transcendental” por pretender daí extrair um amplo conjunto de princípios racionais que estariam pressupostos pelo direito positivo e conduziriam à delimitação do que é moralmente devido na decisão judicial e do que é moralmente admitido enquanto escolha política razoável.

Uma espécie de consenso liberal-socialdemocrata nos países do Atlântico Norte, especialmente, pareceu sinalizar um conteúdo axiológico mínimo comum às diversas ordens jurídicas. Parcela importante do pensamento jurídico passou a demandar, então, que as opções valorativas e os juízos finalísticos requisitados na aplicação do direito – notadamente quando se trata de normas constitucionais, comumente vagas e indeterminadas – fossem constrangidos e justificados pela remissão a uma visão moral-política mais abrangente, que fornecesse um parâmetro de objetividade ao exercício da jurisdição, limitando assim o subjetivismo dos intérpretes. Pela centralidade que tal projeto confere à construção de uma concepção normativa abrangente a partir dos ideais incorporados à ordem jurídica, podemos também identificá-lo como uma tendência de idealização do direito (SARGENTICH, 2018, cap. 7).

Assim é que, sobretudo ao redor das décadas de 1960 e 1980, assistiu-se ao aprofundamento e à disseminação de teorias que revalorizam o papel da retórica e da argumentação no direito e que defendem a adoção de determinados parâmetros valorativos na interpretação. Tal é o caso tanto das vertentes mais normativas de análise econômica do direito, que discernem a eficiência como valor central a ser buscado na aplicação das normas (POSNER, 2010), quanto das teorias de princípios. Quanto a estas, valem três menções especiais.

A primeira observação diz respeito à própria heterogeneidade de tais modelos teóricos principiológicos, como aqueles de Dworkin e Alexy. Embora refiram-se especialmente a duas experiências constitucionais contemporâneas – a

prática do Tribunal Constitucional Federal alemão e a experiência do *common law*, especialmente estadunidense –, é certo que não se pode dizer que haja um modelo unívoco de interpretação jurídica estabelecido nesses países. A heterogeneidade de suas práticas é muitas vezes subestimada em nome da recepção teórica da obra de um ou outro autor que tenha construído sua reflexão tomando por base aspectos dessas experiências jurídicas (ver SILVA, 2005; NEVES, 2013).

A segunda consideração diz respeito ao quanto a teoria de Dworkin despreendeu-se de sua preocupação inicial com a distinção entre regras e princípios (DWORKIN, 1967) e passou a propor uma vinculação muito mais ambiciosa entre interpretação jurídica e filosofia moral-política. O ponto central dessa conexão é o modelo de interpretação construtiva ou reformadora, chave do interpretativismo dworkiniano, que visa a explicar os desacordos teóricos sobre o que o direito requer, mesmo quando os intérpretes concordam sobre os fatos provados e normas aplicáveis.

Analiticamente, segundo aquele modelo, podemos distinguir três etapas do exercício interpretativo (DWORKIN, 1986, cap. 2). A primeira é a fase “pré-interpretativa” e exige a seleção do material bruto para a interpretação: por exemplo, conjuntos de regras e casos paradigmáticos que já são consensualmente tomados como objeto típico da interpretação. Trata-se aqui dos “fundamentos de direito” (DWORKIN, 1986, p. 4).

Na etapa interpretativa propriamente dita, o intérprete precisa justificar os principais elementos daquela prática identificada na etapa pré-interpretativa. A etapa interpretativa é o momento dos juízos sobre a adequação (*fit*) das justificativas às práticas; é a hora da justificação com os apelos valorativos. É preciso identificar o “*point*” valorativo em jogo na prática avaliada, explicitando os valores subjacentes aos “fundamentos de direito”. O intérprete atribui um valor à prática “descrevendo algum esquema de interesses ou objetivos ou princípios que se pode considerar que a prática promova, expresse ou exemplifique” (DWORKIN, 1986, p. 52). A interpretação deve dimensionar os valores ou propósitos de modo que representem os padrões normativos (identificados na etapa “pré-interpretativa”) à melhor luz da prática social valorativa da qual eles são parte. Em outros termos, essas normas devem ser lidas como especificações do valor que mais proximamente as justifique. Esse é o critério para a prevalência relativa de um valor sobre outro.

Finalmente, na etapa “pós-interpretativa” ou “reformadora”, o “intérprete ajusta o seu senso daquilo que a prática ‘realmente’ exige para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa” (DWORKIN, 1986, p. 66). Nessa etapa pós-interpretativa há maior grau de controvérsia, mas é nessa hora que o intérprete precisa finalizar uma concepção internamente coerente nos seus argumentos. É possível mesmo rejeitar parte dos fundamentos de direito discernidos na etapa pré-interpretativa, se eles não forem sustentáveis dentro da teia de coerência valorativa atribuída àquela ordem jurídica. Mas não se pode deixar de argumentar como um intérprete do direito, que encontra nele os fundamentos de suas decisões – por contraste com o legislador, mais livre para criar direitos e obrigações, e para reformar o direito discricionariamente. Tampouco assim procedendo o juiz estaria criando um direito; estaria apenas descobrindo direitos preexistentes – isto é, amparados no registro de decisões passadas e nos valores que a comunidade já sustenta como princípios (ainda que tais direitos não estivessem claramente explicitados e delimitados em uma regra formalizada em legislação ou precedente judicial).

Interessa a ideia de que os “fundamentos de direito” – os dispositivos normativos aplicáveis – não esgotam na verdade o direito; são apenas indícios para a procura do que a comunidade valoriza politicamente em termos de princípio perene, e não de utilidade circunstancial. História institucional e argumentação moral combinam-se para revelar o direito como prática social normativa. “O direito não se exaure em qualquer catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre áreas determinadas do comportamento. Nem em qualquer lista de autoridades e seus poderes sobre cada parte de nossas vidas”; pelo contrário, o direito é definido pela atitude “interpretativa, autorreflexiva direcionada à política no sentido mais amplo” (DWORKIN, 1986, p. 413), ou seja, o direito é a observação das instituições sociais segundo uma exigência normativa de justificação coerente por referência a princípios.

Como ideal regulativo, Dworkin apresenta a figura de um juiz capaz de construir uma teoria moral abrangente sobre o corpo de direito aplicável a seu julgamento. “Ele deve desenvolver tal teoria referindo-se alternativamente a filosofia política e detalhe institucional”, e a orientação normativa correta deve ser o resultado da geração de “possíveis teorias que justifiquem diferentes aspectos do esquema” e do teste delas “diante da instituição mais ampla” (DWORKIN, 1975, p. 1085). Na prática, porém, essa é uma tarefa coletiva da jurisprudência, cabendo a cada órgão decisório entender o sentido consolidado em determinado registro histórico de decisões (DWORKIN, 1982).

Finalmente, uma terceira consideração diz respeito a importante ponto de divergência entre os modelos de Dworkin e Alexy (COSTA NETO, 2015). Dworkin pressupõe que, de partida e em abstrato, se tenha uma delimitação intrínseca clara dos âmbitos de proteção de cada direito, como se o sistema jurídico fosse substancialmente completo e coerente – na linha da exigência de “integridade” do direito (DWORKIN, 1986, p. 176-275); como se fosse possível em tese se estabelecer uma hierarquia de valor ou ordem de prioridade entre os diferentes direitos fundamentais. A consequência lógica desta visão é negar que haja colisão entre direitos, já que eles viriam predefinidos em seus precisos conceitos e estreitos e bem delimitados âmbitos de proteção. Essa visão das limitações intrínsecas é rejeitada por Alexy (2008, cap. 6); ela pressupõe uma unidade metafísica e diminui a clareza justificatória na prática jurídica, a exposição pública de razões na determinação de quais são as exceções admitidas a um direito no caso concreto. Essa, por outro lado, é justamente a demanda que o sopesamento visa a atender.

Mas, então, quais as implicações, para a jurisdição constitucional, de uma prática interpretativa idealizadora do direito? Os formalistas clássicos desenvolveram uma racionalização puramente formal do direito, buscando reduzir a justificação decisória às regras pré-programadas pelo legislador ou consolidadas jurisprudencialmente, e contando com critérios estritamente lógicos para solução de antinomias. O custo dessa prática interpretativa foi velar as opções valorativas feitas na colmatção de lacunas ou na adoção de interpretações mais extensivas ou restritivas das normas aplicáveis. Os antiformalistas voltaram-se a explicitar tal tipo de escolha política, enquanto seus sucessores buscaram apresentar parâmetros mais objetivos para a solução de colisões de princípios, por exemplo. Desse modo, haveria um critério moral mais abrangente para justificar as opções interpretativas (Dworkin), ou mesmo se teria um método de sistematizar a ponderação casuística (Alexy), diminuindo a arbitrariedade dos juízos valorativos e finalísticos.

Especialmente em vista da concepção dworkiniana, críticos apontam o quanto remeter os juízos finalísticos, demandados para uma aplicação contextual do direito, a concepções abrangentes de moralidade política simplesmente implica uma escolha ideológica – ou seja, uma valoração de valores –, que inflaciona e sobrecarrega a deliberação judicial, como se esta contasse com uma objetividade intrinsecamente superior à argumentação legislativa e aos processos decisórios eleitorais, representativos e burocráticos em curso em outros âmbitos do Estado (KENNEDY, 1976; UNGER, 2004; WALDRON, 1999). Embora se reconheça a

necessidade de a jurisdição constitucional – especialmente as cortes supremas ou constitucionais – arbitrarem impasses decisórios agudos que surgem na democracia representativa contemporânea, sugere-se que tal arbitragem deveria legitimar-se mais politicamente, pela autoridade do órgão jurisdicional, do que pelo apelo a uma visão filosófica abrangente que estivesse univocamente embutida na ordem jurídica dada (UNGER, 2017, p. 68-73). Tal crença subestimaria o quanto qualquer ordem jurídica é em si mesma uma consolidação precária e reversível de compromissos parciais de valor e interesse.

5. Traços de um formalismo jurídico contemporâneo

Em vista desse tipo de crítica sobre o desbalanceamento na relação entre os Poderes agudizado por estilos de interpretação jurídica que inflacionam o papel da interpretação judicial na decisão de demandas pouco programadas pelo direito posto, têm surgido nas últimas décadas, a partir de diferentes linhagens da teoria do direito, concepções que recuperam traços associados ao formalismo jurídico. Tais reflexões aludem ao quanto juízos finalísticos e valorativos que os juízes são instados a formular precisam reter uma aderência ao direito posto e dependem de uma formalização que extraia, das fontes autoritativas do direito, normas estruturadas na forma de regras, aplicáveis por subsunção a partir de uma argumentação que se possa apresentar silogisticamente, seguindo, portanto, inferências dedutivas.

Essa preocupação percorre inclusive as teorias da argumentação jurídica, que manifestam o caráter retórico do discurso jurídico, sem desconsiderar os parâmetros lógico-formais que validam o processo interpretativo. A própria teoria de Alexy, referida no tópico anterior, reconhece que, na falta de uma regra geral e abstrata pronta para a aplicação, o intérprete precisa formular uma tipificação normativa que justifique sua decisão no caso concreto. Na solução de conflito de princípios segundo a regra metodológica da proporcionalidade, como resultado da ponderação, constrói-se uma regra, esta sim razão definitiva e suficiente para um juízo concreto, isto é, fundamento imediato de uma norma de decisão. Dessa forma, resulta da ponderação de princípios (que sinalizam direitos ou obrigações *prima facie*) a determinação de obrigações definitivas, na forma de regras com cláusulas de exceção: deve ser *x*, a menos que no caso concreto outro princípio tenha maior peso. Um princípio jamais é razão definitiva para uma decisão; apenas é material para a construção de tal razão como uma regra (ALEXY, 2008, p. 107-108; NEVES, 2013, p. 68-69).

A importância da formalização ou estruturação do raciocínio interpretativo e a recuperação, crítica e seletiva, de outros elementos associados à tradição do formalismo jurídico caracterizam algumas versões contemporâneas de pensamento jurídico. Indiquemos três delas.

Uma dessas versões, representada por Roberto Mangabeira Unger (2004, p. 141-147; 2017, p. 53-58), autor vinculado aos Estudos Críticos do Direito, aproxima-se do antiformalismo ao sugerir que a interpretação dos textos normativos depende da atribuição de propósitos a tais textos; entretanto, o elemento formalista é reafirmado na preocupação com a deferência aos significados literais dos dispositivos autoritativos, interpretados à luz das expectativas compartilhadas e dos papéis sociais cultivados naquela área da sociedade que o direito visa a regular. Afirma-se, assim, a pretensão de um juízo finalístico mais contextual, analógico, problemático e concreto – por oposição à sistematização abstratizante dos ideais jurídicos recomendada por teorias que atribuem à jurisdição o desvelamento de uma filosofia moral coerente subjacente a determinada ordem jurídica.

Outro elemento classicamente atribuído ao formalismo é a interpretação histórica – ou seja, a pesquisa do processo legislativo. Nesse sentido, Unger (2004, p. 72-77) sugere que a investigação empírica do debate parlamentar pode ajudar a discernir aquelas leis ou dispositivos que foram resultantes de pressões particularistas de grupos de interesse ou de outras estratégias parciais para a obtenção de maiorias; uma vez sancionadas, essas normas mereceriam ter uma interpretação restritiva, havendo um papel argumentativo, por exemplo, para o princípio da igualdade perante a lei, o qual os juízes deveriam invocar para limar eventuais distorções arbitrárias que os Poderes políticos tenham entrincheirado na legislação. Esse discernimento, que mostra o quanto a disputa de interesses e o discurso sobre ideais combinam-se tanto na arena legislativa de criação política do direito quanto na arena judicial de aplicação técnica das normas positivadas, teria sido alcançado por juristas que utilmente elaboraram uma distinção sobre o cabimento de modalidades mais extensivas ou mais restritivas de interpretação.

Eles traçaram uma distinção entre dois tipos de direito: o direito da busca de vantagens e o direito do interesse coletivo. (Em princípio, uma distinção semelhante poderia ser feita dentro do direito criado por juízes, embora a oportunidade para a busca de vantagens seja maior no processo legislativo.) Eles propuseram, com efeito, que a interpretação jurídica, incluindo a interpretação judicial, adotasse o método da preservação dos contratos para o primeiro tipo e o

método das políticas públicas finalísticas para o segundo. Eles apresentaram listas de sinais práticos característicos pelos quais é possível discernir as duas variantes do direito: o quanto de detalhes particularísticos um corpo normativo possui; o quão ricos os registros legislativos se mostram na expressão clara de interesses e acordos de grupo; e, sobretudo, o quão prontamente podemos encontrar na lei indícios da busca de vantagens, tais como obstáculos à entrada no mercado. Eles sustentaram que a vantagem de reconhecer o processo legislativo de busca de vantagens pelo que ele realmente era residia na esperança de isolá-lo, impedindo sua extensão analógica e contendo seu avanço processual. (UNGER, 2004, p. 76-77)

Uma segunda versão de um formalismo jurídico contemporâneo pode ser identificada na tradição do positivismo de H.L.A. Hart, retomada por Frederick Schauer. Hart (2007, cap. 7) posiciona em um extremo o raciocínio a partir de exemplos, por meio do qual a autoridade constitui e comunica padrões tradicionais. É o caso da jurisprudência. O juízo aqui é de analogia entre os casos decididos e o novo caso apresentado para a solução da autoridade. Em outro extremo, temos o raciocínio a partir de descrições verbais. É o caso da legislação. O juízo aqui consiste em reconhecer fatos particulares como instâncias de aplicação de conceitos classificatórios universais, subsumindo os fatos à norma.

Hart (2007, cap. 7) observa que qualquer grande grupo social depende de um sistema jurídico estruturado a partir de padrões gerais de conduta, formulados como regras, princípios ou *standards*; afinal, o principal instrumento de controle social não pode ser uma infinidade de diretivas individuais e concretas, dirigidas a cada indivíduo e a cada conduta. Daí emerge a generalidade e abstração predominante das normas jurídicas – ou seja, sua referência a classes ou categorias de pessoas, atos, coisas e circunstâncias. Toda a discussão de Hart sobre o tema da interpretação jurídica visa a formular uma posição moderada ou intermediária entre o formalismo e o ceticismo (ou “realismo”) sobre a capacidade de determinação das regras. Hart dá razão aos formalistas quanto ao “núcleo de certeza” das regras: há de fato casos fáceis em que é incontroverso se identificar se a regra se aplica ou não; por outro lado, Hart (2007, p. 17) concede que “todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas”. Aqui tem razão a denúncia realista de que a aplicação do direito não é mera operação mecânica e totalmente determinada. Afinal, “[n]ada pode eliminar esta dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvida, quando nos empenhamos em colocar situações concretas sob as regras gerais”

(HART, 2007, p. 134). Portanto, há exageros em adotar qualquer posição unilateral: tanto o formalismo quanto o ceticismo antiformalista. Afinal, “embora cada regra possa ser de teor duvidoso em certos pontos, é, na verdade, uma condição necessária de um sistema jurídico existente que nem toda regra esteja sujeita a dúvidas em todos os pontos” (HART, 2007, p. 166).

Schauer (2011), similarmente a Hart, identifica duas posições extremas sobre a interpretação do direito. Um particularismo absoluto implicaria considerar cada caso em suas singularidades, buscando a justiça material, a resposta mais contextualmente adequada para aquelas pessoas e aquela situação concretamente consideradas, levando-se em conta todos os fatores para se produzir a melhor decisão possível no mérito. O preço cobrado seria certa invasão das esferas de poder e competência – desestabilizando a divisão de trabalho entre criação legislativa e aplicação judicial, por exemplo – e certa inconsistência do direito, dada a impossibilidade de universalizar padrões de tratamento igual de casos suficientemente semelhantes.

Já um formalismo absoluto implicaria resumir toda e qualquer aplicação do direito à derivação a partir de regras, enquanto razões dotadas de autoridade (pois reconhecidas como derivadas das fontes institucionais do direito) e enquanto argumentos padronizados, que dispõem de certa rigidez acontextual: pela generalidade e abstração de sua formulação, as regras comportam uma linguagem que previne a contemplação de qualquer fato e princípio relevantes para uma aplicação particular da regra – só os fatos e valores mais imediatamente vinculados ao significado do enunciado normativo contam como justificação. Decisões exclusivamente baseadas em regras são o contrário de decisões perfeitamente sensíveis ao contexto, ao caso concreto e a suas particularidades. Em contrapartida, oferecem maior previsibilidade, controle público da fundamentação decisória, respeito a divisões de poder e tendência à justiça formal. Maior racionalidade e universalidade.

A ideia de um “formalismo presumido” (SCHAUER, 2011) parte da constatação de que é um juízo contextual e revisável quando adotar a posição formalista (universalista) e quando adotar o juízo particularista. Um mesmo sistema jurídico tenderá a uma ou outra técnica em diferentes áreas e diferentes problemas. Quando se adotam considerações valorativas ou finalísticas, modera-se o constrangimento linguístico de padrões formalizados em regras, pois os propósitos são inevitavelmente plásticos, flexíveis; não podem ser reduzidos a formulações canônicas, guardando uma sensibilidade particularista.

A ideia de dar um peso a princípio superior (ainda que reversível) aos padrões universais textualizados em fontes formais do direito significa uma preferência relativa pelos resultados gerados pela interpretação literal da regra mais próxima do domínio decisório em questão, interpretação esta só excepcionalmente derrotável por referência a razões mais remotas ou indeterminadas, atribuídas como justificativa subjacente aos padrões decisórios mais formalizados e diretamente aplicáveis (SCHAUER, 2012). Tal posição implica não só um formalismo moderado, mas também a defesa de certo positivismo, no sentido de reconhecer que há fontes formais do direito, determinadas circularmente pelo reconhecimento de autoridades indicadas por essas mesmas fontes. As regras também são formalizações de valores subjacentes; temperá-las por apelo a outros valores ou finalidades exige superar uma presunção em favor da programação decisória (a imputação de determinada consequência normativa a determinada hipótese fática) pré-estabelecida (pelo legislador, pela administração pública, pelas partes privadas, pela jurisprudência). “E se de fato há uma prioridade do resultado gerado por um conjunto limitado de regras válidas [susceptíveis a um teste de *pedigree*], o que emerge é um sistema que talvez possa ser mais bem descrito como de *positivismo presumido*” (SCHAUER, 1991, p. 203). Claro, o grau em que cada sistema jurídico existente resolve fazer prevalecer tal presunção é uma questão empírica. Mas sua justificativa está assim bem representada em oposição a sistemas jurídicos menos diferenciados, que se mostrem mais abertos a critérios morais de avaliação das regras e que favoreçam juízos mais holísticos dos casos controversos (com base inclusive em normas sociais, morais, religiosas etc.), em detrimento de juízos filtrados por regras previamente formalizadas e postas como distintivamente jurídicas.

Os modelos explicativos do formalismo e do positivismo presumidos envolvem o reconhecimento da sub e sobreinclusividade das regras (SCHAUER, 1991, p. 31-34). Regras são generalizações não apenas no sentido de tipificarem condutas e se referirem a classes de pessoas, mas também no sentido de servirem *em geral, em regra*, como boas razões para dar ao evento previsto em sua hipótese fática o tratamento prescrito em seu consequente normativo. Aqui, as regras prescritivas, em suas generalizações normativas (de imputação de certas consequências a dados fatos e condutas), funcionam de forma homóloga às regras descritivas, com suas generalizações probabilísticas de causas e efeitos. Assim, as regras são um instrumento valioso para sistemas jurídicos complexos. Elas são generalizações “entrincheiradas” (SCHAUER, 1991, cap. 3) – isto é, contam com uma forte presunção relativa a favor de sua aplicação e impõem maior ônus

argumentativo a soluções que mobilizem razões contrárias, as quais devem ser especialmente “pesadas” para superarem ou ultrapassarem a força das regras.

Entretanto, dada a imprevisibilidade inerente à criação de regras (ao desenho legislativo, ao desenho de regulamentos e políticas públicas, ou mesmo à consolidação jurisprudencial), haverá sim casos que, embora se coloquem como instâncias concretas da hipótese de incidência genérica prevista em uma regra existente, não teriam como melhor solução aquela prevista na regra. Este é um problema de sobreinclusão das regras: elas servem como razões inclusive em situações nas quais não seriam o melhor parâmetro de avaliação do caso. Nessas situações, cabe adotar uma interpretação restritiva. Por outro lado, há casos que seriam bem resolvidos segundo a solução prevista em determinada regra, mas que não se enquadram em sua hipótese de incidência. Este é um problema de subinclusão das regras, demandando uma interpretação extensiva.

A regra, por si só, é uma razão para decidir que em geral exclui a consideração de outras razões. No entanto, esse juízo acerca da sub ou sobreinclusão das regras implica indagar sobre a razão subjacente à regra (seu princípio, política, valor ou finalidade justificadora). Argumentar a partir dessa razão implicaria restringir a aplicação da regra, deixando de usá-la em casos nos quais à primeira vista ela incidiria, ou estender a aplicação da regra a casos que *a priori* ela não cobriria. Reconhecer tais situações não implica desconhecer a existência e a força limitadora das regras (enquanto formalizações linguísticas de normas) como parâmetros de julgamento, ainda que não absolutos e definitivos diante de outras avaliações (não regradas). Por outro lado, resolver recalibrar, a cada aplicação, as generalizações contidas nas regras jurídicas seria solapar o direito como um sistema (sobretudo) de regras e desfigurar a interpretação jurídica como um juízo distinto da avaliação puramente moral, econômica ou política.

Finalmente, um terceiro paradigma de um formalismo jurídico contemporâneo está na alusão à teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick (2008). Tal teoria concede três pontos principais contra o formalismo jurídico. Primeiro: a ideia de que o discurso jurídico visa ao convencimento ou à persuasão de um auditório racional, não se resumindo à demonstração da verdade de axiomas exatos (ver PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005). Em segundo lugar, MacCormick (2008, cap. 12) reconhece que a universalidade é excepcionável, que as regras admitem graus e que sua aplicabilidade pode não ser absoluta; em outros termos, embora contem com uma presunção (relativa) a favor de superarem quaisquer outras razões, as regras também têm uma dimensão de peso – são

superáveis, excepcionáveis, derrotáveis (como discutido por Schauer). Em terceiro lugar, em apoio ao antiformalismo, reafirma-se que o argumento finalístico é adequado para a escolha entre diferentes possibilidades interpretativas de um dispositivo normativo (MACCORMICK, 2008, cap. 6). A justificação de qualquer decisão jurídica deve repousar em proposições universalizáveis, que, por sua vez, se justificam em vista de suas “consequências”; mas quais consequências são admissíveis como razões justificadoras na argumentação jurídica? Não toda a cadeia de efeitos previsíveis de uma decisão, avaliados por algum critério de custo/benefício; para essas avaliações, o Judiciário é menos capacitado que as assessorias técnicas do Executivo e do Legislativo. Quanto aos prováveis efeitos comportamentais próximos que uma decisão pode gerar, esses são de difícil estimativa e só podem ter um papel subsidiário como justificação decisória; por outro lado, quanto mais provável (no duplo sentido, de suportado por evidências e estatisticamente previsível) o efeito comportamental estimado, maior o peso do argumento. Por fim, certamente devem ser consideradas as consequências ou implicações jurídicas de uma decisão para além das partes envolvidas, o que decorre da exigência de universalizabilidade das razões práticas que podem contar como justificativas jurídicas (desde que devidamente ancoradas nas fontes do direito). Em outros termos, o teste é se essa justificativa poderia ser hipoteticamente transformada em uma regra ou princípio geral do sistema jurídico, sem com isso implicar a legalização de condutas absurdas, irrazoáveis ou simplesmente incoerentes com os valores daquele direito (ou daquele ramo específico do direito).

Por outro lado, MacCormick recupera um tripé associado a visões formalistas do direito. Dois pilares são o silogismo e a lógica dedutiva. Ainda que sejam apresentados de maneira mais informal e desestruturada, os raciocínios jurídicos – das partes e do juiz – seriam reconstruíveis na forma do silogismo hipotético. A dinâmica de apresentação de razões e argumentos dentro da solução de disputas apresenta a combinação de racionalidade formal e de racionalidade material que preside o processo interpretativo, argumentativo e decisório no direito. Formuladas as razões práticas – os argumentos críticos ou justificatórios de ações ou decisões –, as ferramentas lógicas operam circunscrevendo-as nos limites do raciocínio dedutivo, silogístico e sistemático. A estrutura silogística, por exemplo, molda, enquadra, circunscreve o que é relevante de se considerar para uma alegação, defesa ou decisão a respeito da conduta juridicamente devida. Em parte, o direito é um sopesamento de razões; entretanto, esse sopesamento pode ser formalizado silogisticamente em sua estrutura profunda,

operando então a lógica dedutiva como controle racional da validade da conclusão (MACCORMICK, 2008, p. 71, 236-237).

A terceira coluna a sustentar a recuperação de elementos formalistas na interpretação é a exigência da sistematicidade, que implica conceber cada proposição jurídica (inclusive o dispositivo decisório de um caso concreto) como parte coordenada de um sistema mais amplo – portanto, como uma justificativa universalizável, ou seja, como uma regra. Neste molde, os fatos operativos da premissa maior devem ser universalizáveis: qualquer particularidade relevante para a programação da incidência da regra tem que ser descrita como condição universal, como especificação em tese (mais geral ou mais específica) de seus fatos operativos. Por mais detalhada que seja tal especificação (ou seja, o número de condições descritas na hipótese normativa), ela deve ser posta em termos universais, e não referida exclusivamente a particularidades de um caso concreto. Com essa universalização, a regra pode servir de sinalização para casos futuros e remeter-se a casos passados, reelaborando-os com maior precisão. A universalização garante a sistematicidade do direito e a igualdade de tratamento dos jurisdicionados.

O Estado de direito, afirma MacCormick (2008, p. 117), implica um compromisso de que só valham como razões justificadoras das decisões aquelas que possam ser formuladas como “proposições normativas universais” (do tipo “para todo fato operativo x deve ser imposta a consequência normativa y ”). Tal universalizabilidade resulta no teste da razoabilidade de se tornar determinada diretriz normativa uma regra válida, pertinente ao sistema jurídico positivo, e assim aplicável a todo e qualquer caso semelhante. Claro que o fato x pode ser especificado com amplo detalhamento, configurando uma hipótese de incidência bastante estrita; ainda assim, seus termos devem ser gerais e abstratos, de modo a descreverem uma situação típica, universal, reproduzível, ainda que incomum. A regra geral será válida se sustentada por razões suficientemente persuasivas, e até que seja excepcionada, assim como as hipóteses científicas são verdadeiras até que sejam refutadas; em ambos os casos, trata-se de generalizações sustentáveis precariamente, e não de maneira absoluta (MACCORMICK, 2008, p. 128). Isto é verdade ainda que se trate de uma regra formulada a partir de princípios gerais, ou por analogia e a partir de precedentes. Também os precedentes, ainda quando tratados como vinculantes, não são mais do que persuasivos e funcionam como fontes para a elaboração de regras universalizáveis e excepcionáveis (MACCORMICK, 2008, cap. 8).

6. Conclusão

As vantagens do formalismo estão associadas à segurança jurídica e à isonomia; seus riscos associam-se a uma rigidez dos parâmetros decisórios, já que não se contesta e se reflete explicitamente sobre os fundamentos a eles subjacentes. Por outro lado, posturas antiformalistas buscam a adequação social da solução jurídica, mas apresentam dificuldades em gerar padrões e critérios que permitam a comparabilidade e o tratamento igual dos casos semelhantes. Finalmente, a idealização interpretativa do direito tende a fortalecer o domínio de poder da jurisdição na definição de pautas polêmicas e casos difíceis, avançando sobre a tomada política de decisões coletivamente vinculantes, por remissão a concepções de valor mais abrangentes, tidas como parâmetros de objetividade ancorados em determinada ordem jurídica e em sua comunidade política.

Diante desses custos e vantagens apresentados por tais modelos básicos de interpretação do direito disponíveis na experiência contemporânea, a reflexão teórica mais recente parece estar recuperando, seletiva e criticamente, elementos associados à versão clássica do formalismo jurídico, e os combinando com as preocupações finalísticas e valorativas focalizadas por vertentes diversas da teoria jurídica do século XX. A deferência ao significado literal dos textos normativos, a estrutura silogística da argumentação e o papel da inferência dedutiva na validação dos argumentos, por exemplo, convivem com juízos mais ou menos sistemáticos sobre valores, interesses, finalidades e contextos e não excluem o caráter persuasivo do discurso jurídico – diferente da demonstração da verdade de proposições advindas de um sistema axiomático, como a matemática.

Quais seriam as implicações dessas versões revisadas e contemporâneas de formalismo jurídico para o dimensionamento do papel da jurisdição constitucional? Enquanto uma interpretação idealizante do direito autorizaria os tribunais a remeterem-se a visões morais-políticas abrangentes e, com isso, a intervirem substantivamente no mérito das decisões políticas consolidadas em normas constitucionais, legais e administrativas, um estilo mais formalista de interpretação jurídica parece afinar-se melhor com abordagens procedimentalistas do controle judicial (ELY, 1980; ver, criticamente, PARKER, 1981). Para estas, ao Judiciário caberia apenas policiar as decisões políticas, garantindo que a deliberação parlamentar dê voz e voto a correntes majoritárias e minoritárias e considere equanimemente todos os interesses e pontos de vista no processo decisório. Essa concepção surge do paradigmático voto do juiz Harlan F. Stone no caso *United States v. Carolene Products Company* (304 U.S. 144), julgado pela

Suprema Corte americana em 1938. Aí se afirmava uma presunção geral de constitucionalidade das normas a serem avaliadas pelo Judiciário; para se superar tal presunção, seria necessário demonstrar alguma falha no processo deliberativo e decisório do qual resulta a norma sob avaliação.

Desenvolvendo teoricamente as implicações dessa abordagem do controle de constitucionalidade, Ely (1980, p. 64) cita Unger para observar que os princípios constitucionais dão pouca margem para juízes constrangerem as opções políticas; afinal, com o declínio do direito natural (com sua visão objetiva de uma ordenação racional do mundo), casos concretos revelam “uma mistura do geral inútil com o específico controverso”. Sem poderem se referir à moralidade imanente como verdade revelada (direito natural), os juristas precisam apelar à opinião comum partilhada em diversos tempos e sociedades. Mas, quanto mais concretos os argumentos, menos convincentes; quanto mais vagos, mais indeterminados e abertos a uma variedade de interpretações (UNGER, 1978, p. 93-99, 302-316).

Poderíamos então dizer que casos difíceis são aqueles que colocam em xeque a possibilidade de se decidir segundo o direito atual (válido e aplicável à questão) e dada a moldura jurídica que limita o julgador (suas definições de competência e papel institucional). A solução ideal, nesses casos, é mudar a arena decisória: passar da jurisdição à legislação, à definição de políticas públicas pela administração, à arbitragem, à mediação, ao contrato, à decisão gerencial. A disponibilidade dessas arenas decisórias alternativas e a coordenação procedimental entre elas, para evitar impasses e viabilizar soluções, parecem um ponto central, portanto, na efetivação do Estado de direito nas condições complexas contemporâneas.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMATO, Lucas Fucci. **Inovações constitucionais: direitos e poderes**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

BOMHOFF, Jacco. **Balancing constitutional rights: the origins and meanings of postwar legal discourse**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BONNECASE, Julien. **La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente**. Bordeaux: Delmas, 1933.

BOURGET, Renaud. O controle de constitucionalidade *a posteriori* das leis pelo Conselho Constitucional francês. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 21, n. 2, p. 97-108, 2020. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1819/558>. Acesso em: 25 abr. 2022.

CARDOZO, Benjamin N. **The nature of the judicial process**. New Haven: Yale University Press, 1921.

COHEN, Felix S. The ethical basis of legal criticism. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 41, n. 2, p. 201-220, 1931.

COSTA NETO, João. Rights as trumps and balancing: reconciling the irreconcilable? **Revista Direito GV**, v. 11, n. 1, p. 159-188, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/56800/55336>. Acesso em: 25 abr. 2022.

DAGAN, Hanoch. The real legacy of american legal realism. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 38, n. 1, p. 123-140, 2018.

DEWEY, John. Logical method and law. **The Cornell Law Quarterly**, Ithaca, v. 10, n. 1, p. 17-27, 1924. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2179188?seq=13>. Acesso em: 25 abr. 2022.

DWORKIN, Ronald. Hard cases. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), v. 88, n. 6, p. 1057-1109, 1975.

DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. **Critical Inquiry**, Chicago, vol. 9, n. 1, p. 179-200, 1982.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, n. 1, p. 14-46, 1967.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. *In*: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (ed.). **The Oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 81-98.

HALPÉRIN, Jean-Louis. Exégesis (escuela). **Revista de Derecho Universidad del Norte**, n. 48, p. 263-277, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n48/0121-8697-dere-48-00263.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESPANHA, António Manuel. Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos. Tradução de Andrés Botero-Bernal. **FORUM, Revista del Departamento de Ciencia Política, Universidad Nacional, Sede Medellín**, n. 3, p. 13-51, 2012. Disponível em: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/forum/article/view/32373/32387>. Acesso em: 25 abr. 2022.

HORWITZ, Morton J. **The transformation of American law, 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy**. New York: Oxford University Press, 1992.

KENNEDY, Duncan. Form and substance in private law adjudication. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 8, p. 1685-1778, 1976. Disponível em: <https://duncankennedy.net/documents/Form%20and%20Substance%20in%20Private%20Law%20Adjudication.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

KLARMAN, Michael J. Brown, racial change, and the civil rights movement. **Virginia Law Review**, vol. 80, n. 1, p. 7-150, 1994. Disponível em: <https://wiki.duke.edu/download/attachments/100729519/BROWN%20RACIAL%20CHANGE%20AND%20THE%20CIVIL%20RIGHTS%20MOVEMENT.pdf?api=v2>. Acesso em: 25 abr. 2022.

LLEWELLYN, Karl N. Some realism about realism: responding to Dean Pound. **Harvard Law Review**, v. 44, n. 8, p. 1222-1264, 1931.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2008.

MOYN, Samuel. **Christian human rights**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2015.

MOYN, Samuel. **The last utopia: human rights in history**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

PARKER, Richard D. The past of constitutional theory: and its future. **Ohio State Law Journal**, vol. 42, n. 1, p. 223-259, 1981.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POUND, Roscoe. The theory of judicial decision I. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), v. 36, n. 6, p. 641-662, 1923.

SARGENTICH, Lewis. **Liberal legality**: a unified theory of our law. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

SCHAUER, Frederick. Formalismo. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **A justificação do formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65-116.

SCHAUER, Frederick. Is defeasibility and essential property of law? *In*: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (ed.). **The logic of legal requirements**: essays on defeasibility. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 77-88.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Clarendon, 1991.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

SOLAR CAYÓN, Jose Ignacio. **Política y derecho en la era del New Deal**: del formalismo al pragmatismo jurídico. Madrid: Dykinson, 2002.

THAYER, James B. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, 1893. Disponível em: <http://lcweb2.loc.gov/service/gdc/scd0001/2007/20078131004or/20078131004or.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

TUSHNET, Mark. “Sir, yes, sir!”: the courts, congress and structural injunctions. **Constitutional Commentary**, Minneapolis, vol. 20, n. 1, pp. 189-203, 2003. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=facpub>. Acesso em: 25 abr. 2022.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Conhecimento e política**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna**: contribuição à crítica da teoria social. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Movimento de estudos críticos do Direito**: outro tempo, tarefa maior. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

WALDRON, Jeremy. The decline of natural right. *In*: WOOD, Allen W.; HAHN, Songsuk Susan (ed.). **The Cambridge history of philosophy in the nineteenth century (1790-1870)**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 623-650.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Clarendon, 1999.

WEAVER, Russell L. The rise and decline of structural remedies. **The San Diego Law Review**, v. 41, n. 4, p. 1617-1632, 2004. Disponível em: <https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2973&context=sdlr>. Acesso em: 25 abr. 2022.

WEBER, Max. **Economy and society**: an outline of interpretive sociology. Berkeley: University of California Press, 1978.

Jurisprudência citada

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Marbury v. Madison. **US Reports**, v. 5, p. 137-180, 1964. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep005/usrep005137/usrep005137.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Dred Scott v. Sandford. **US Reports**, v. 60, p. 393-633, 1856. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep060/usrep060393a/usrep060393a.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Plessy v. Fergusson. **US Reports**, v. 163, p. 537-564, 1895. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep163/usrep163537/usrep163537.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Lochner v. New York. **US Reports**, v. 198, p. 45-76, 1905. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep198/usrep198045/usrep198045.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Brown v. Board of Education of Topeka. **US Reports**, v. 347, p. 483-496, 1954. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep347/usrep347483/usrep347483.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Brown v. Board of Education of Topeka. **US Reports**, v. 349, p. 294-301, 1955. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep349/usrep349294/usrep349294.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. United States v. Carolene Products Co. **US Reports**, v. 304, p. 144-155, 1938. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep304/usrep304144/usrep304144.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.