

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM HERMENÊUTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

ADRIANO GERALDO CORDEIRO DA SILVA

**INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA ALTA MODERNIDADE: UMA
CRÍTICA AO PODER DISCRICIONÁRIO NA APLICAÇÃO DO
DIREITO.**

JUIZ DE FORA

2012

ADRIANO GERALDO CORDEIRO DA SILVA

**INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA ALTA MODERNIDADE: UMA
CRÍTICA AO PODER DISCRICIONÁRIO NA APLICAÇÃO DO
DIREITO.**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos-UNIPAC como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais

Área de Concentração: Hermenêutica.

Orientador: Professor Doutor Lúcio Antônio Chamon Junior

JUIZ DE FORA

2012

ADRIANO GERALDO CORDEIRO DA SILVA

**Interpretação Jurídica na Alta Modernidade: Uma Crítica ao Poder Discricionário na
Aplicação do Direito**

Dissertação apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos-UNIPAC como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito e Hermenêutica Jurídica

BANCA EXAMINADORA

Doutor Lúcio Antônio Chamon Junior (Orientador)
Universidade Presidente Antônio Carlos-UNIPAC

Doutora Elena de Carvalho Gomes
Universidade Presidente Antônio Carlos-UNIPAC

Doutor Bruno Amaro Lacerda
Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Aprovada em ____/____/____

Dedico esta construção às árvores de ipê amarelo do sítio, às flores, cães, andorinhas,
borboletas, micos, sapos, esquilos...

AGRADECIMENTOS

À UNIPAC, por ser instrumento da oportunidade.

A todos os mestres que compartilharam o conhecimento.

Ao orientador Prof. Lúcio Antônio Chamon Junior que com enorme paciência e respeito trouxe a luz que norteou a caminhada segura.

Às Mulheres que fazem arder, em meu peito, a chama do amor: Mônica, Camila e Mariana.

RESUMO

A complexa estrutura da Sociedade Moderna tem alimentado um descompasso entre a organização social e as normas que a sustenta. Não obstante ser imprescindível um sistema legislativo atento à evolução do corpo social espera-se do Estado uma resposta que seja capaz de operacionalizar a harmonia entre seus membros. Muito além de um conteúdo legislativo válido, sua eficácia é determinante nesse desiderato. O estudo realizado pretende lançar uma visão principiológica que argumentará a interpretação do Direito, demonstrando sua construção e reconstrução jurídico-filosófica e a influência que exerce sobre a decisão judicial. Apesar de não ter aspecto cogente, a construção doutrinária está a exigir do aplicador do Direito uma reinterpretação na forma de aplicar a norma, ampliando seu entendimento e rompendo definitivamente com eventuais atavismos positivistas. Espera-se, dentro desse contorno, demonstrar que uma interpretação constitucionalmente adequada passa pela particularização do caso, suas circunstâncias e reconstrução argumentativa no bojo do processo. Enfim, busca-se dentro da linha de pesquisa “Perspectivas da realização do Direito no contexto social e político contemporâneo”, demonstrar a necessidade de uma mudança paradigmática no interpretar, compreender e aplicar o Direito.

Palavras-chaves: Interpretação Judicial. Discricionarietà. Impossibilidade.

ABSTRACT

The complex structure of modern society has fueled a mismatch between the social organization and norms that sustains it. Despite being an essential system of legislative attention to the evolution of the social body, is expected by the State an answer that is able to operationalize the harmony among its members. Beyond a valid legislative content, their effectiveness is crucial in this intention. The study made intends to launch a principled view that will argue the Law interpretation, showing its construction and legal-philosophical reconstruction and the influence over the judicial decision. Although no cogent point, the doctrine construction is to require from the Law applicator a reinterpretation in the way to implement the standard, increasing their understanding and breaking definitely with any positivist atavisms. It is expected, within this boundary, showing that an constitutionally adequate interpretation passes through the particularization of the case, their circumstances and rebuild in the wake of the argumentative process. Finally, it is intended, within the research line "Prospects for the implementation of Law social and political context", to demonstrate the needs a paradigm shift in interpreting, understanding and applying the Law.

Keywords: Judicial Interpretation. Discretion. Impossibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 DO LEGALISMO COMO FATOR PREPONDERANTE DO ENGESSAMENTO QUE DIFICULTA À MODERNA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: REFLEXÕES.....	16
1.1 Do Positivismo Jurídico.....	16
1.2 A exigência de abertura do Direito: o pensamento da Modernidade.....	19
1.3 A Moderna Interpretação Judicial e sua necessidade.....	21
2. A INTERPRETAÇÃO COMO ELEMENTO DE ADEQUAÇÃO DO DIREITO NO IDEAL DEMOCRÁTICO	24
2.1 A contribuição de Kelsen.....	26
2.2 Desafios à hermenêutica jurídica	30
2.3 O caminho da interpretação do Direito	31
3. ELEMENTOS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO EM RONALD DWORKIN: INTEGRIDADE E CONSTRUTIVIDADE	34
3.1 O Direito como Integridade.	35
3.2 Princípio da Integridade no Direito.....	39
3.3 As Políticas e os Princípios.....	43
3.4 As consequências do Direito como Integridade.....	44
3.5 O problema da discricionariedade.....	46
4. FONTES DO DIREITO NO ATO DE INTERPRETAÇÃO LIGADA À PRÁXIS JURÍDICA.....	51
5. O JUIZ COMO ELEMENTO DE REALIZAÇÃO INTERPRETATIVA DO DIREITO: DISCRICIONARIEDADE EM QUESTÃO NA ÓTICA DE HABERMAS. 59	59
5.1 A contribuição de Habermas.....	60
5.2 A relação Hermenêutica, realismo e positivismo.....	61
5.3 O realismo legal	63
5.4 A Interpretação Constitutiva	65
5.5 Por uma visão deontológico-argumentativa do Direito.....	68

6. PONTOS E CONTRAPONTOS DA DISCRICIONARIEDADE – CONTEXTUALIZANDO COM O PENSAMENTO DE CHAMON	71
CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAS.....	86

INTRODUÇÃO

Pensar o Direito é desafio que se reconstrói diariamente. É consabido não ser possível fazê-lo tão somente por meio de meros conteúdos conceituais, como frias e insensíveis fórmulas pré-ordenadas. Impõe-se, em verdade, que se conjugue a reflexão jurídica elementos da vida real, dos fatos sociais: possibilita-se, assim, ultrapassar o formalismo, o enrijecimento e a inércia da letra fria.

Enfocar a interpretação judicial, em especial no momento de sua construção processual, que culminará na entrega da prestação jurisdicional, faz ressurgir antigos questionamentos que sopesam as diversas teorias. Em especial, questiona-se as teorias que vinculam a aplicação do Direito ao rigor terminológico da norma positivada. Neste diapasão, separa-se o fato (a vida) e o Direito (a norma) em vez de vê-los um como elemento do outro.

A rígida vinculação à norma se mostra insuficiente já no momento em que é deflagrado o ‘procedimento’, quando se realiza a separação entre o Direito material e o processual. Em outras palavras, retira-se o Direito do mundo da abstração, da esfera da mera ficção jurídica, o ‘mundo ideal’ e se deságua no mundo ‘real’, para instrumentar o processo de aplicação ao caso concreto.

Para se alcançar a efetividade da tutela jurisdicional, temas como igualdade, efetividade, dignidade, celeridade, justiça social, estarão sempre em voga nas academias jurídicas. Não só: estarão perceptíveis nas críticas que a sociedade constrói na perspectiva de garantir a construção de normas justas, contemporâneas com o contexto social, sobretudo dotadas de eficaz aplicação e interpretação quando da análise e aplicação ao caso concreto.

A busca de novos paradigmas, notadamente na questão relativa à prestação jurisdicional, perpassa pela análise do caso concreto. Ora, a prestação tem como função precípua a manutenção da ordem jurídica como corolário da ordem social. Destarte, os novos paradigmas exigem da mesma prestação jurisdicional uma visão ampliada que contemple a efetividade da norma, impondo, principalmente na *práxis*, um alargamento dos vínculos normativos. Em outras palavras, exigem os novos paradigmas a atenção sobre questões metafísicas que transcendam concepções unicamente normativas, rompendo, assim, com atavismos positivistas exacerbados. Uma nova prestação jurisdicional se torna possível: ela irá garantir, não apenas a realização do Direito e a manutenção da ordem social, mas, também,

privilegiará o momento histórico-social vivenciado pela sociedade com uma justiça consoante desejos desta mesma sociedade.

Na formulação contemporânea do Direito, é de se esperar que a norma vigente alcance as expectativas e as experiências vivenciadas pela sociedade. Tal constatação nos remete à responsabilidade do legislador de elaborar normas que sejam também contemporâneas, que atendam aos multifacetados aspectos da nova sociedade e se mostrem tão dinâmicas e eficazes a ponto de sustentar a evolução social. Ao mesmo tempo, exige-se das mesmas normas uma estrutura que não permita que eventuais superações já construídas pelos próprios tribunais, por meio dos instrumentos e institutos utilizados para garantir a efetividade, possam 'endurecer' ou dificultar a esperada resposta.

Importante ressaltar a tarefa desempenhada pela jurisprudência na busca dessa adequação, o que tem minimizado a 'crise' entre o Direito e a sua aplicação justa. Afinal, a jurisprudência se apresenta como uma busca de adequações que atendam aos valores humanos. Decerto, os valores não podem ficar à deriva em razão do engessamento da norma e da mente daqueles encarregados da árdua tarefa de julgar.

Por certo, essa crise impõe que sejam repensados os fundamentos do Direito em todos os seus campos de atuação, em todas as suas dimensões e vertentes. Requer, por fim, que todo o mundo jurídico possa enfrentar os 'novos' problemas surgidos na 'nova sociedade', para que o Direito assegure, dentro de sua realização, garantia e segurança às relações interpessoais e jurídicas.

Dessa crise do Direito e de sua função, nos contornos dos fundamentos que abordam o "Direito moderno", extrai-se que o Direito tradicional se mostra despido de sentido em razão da inadequação que apresenta frente ao mundo atual: exigente, ampliado e dinâmico. O foco, notadamente no que concerne à sua legitimação, agora impõe um exame que vai além da norma posta, mas que alcance e responda aos anseios da sociedade e suas crescentes demandas, cada vez mais complexas, evitando o descompasso entre a vontade da norma e o seu objetivo, preservando a sua intenção de ser instrumento de pacificação social.

Há de se apresentar, portanto, um Direito tão eficiente e moderno quanto o ente social para o qual tal Direito ditará suas regras.

Para tal, há de se oferecer ao Direito o caminho da hermenêutica, da interpretação. Conforme a tendência atual, a hermenêutica possibilita o Direito na formulação de interpretações judiciais mais eficazes, capazes de acompanhar a velocidade da evolução social, sem perder a necessária vinculação ao espírito da lei. Interpretando a norma. Abre-se a

chance de o julgador transcender, diante da peculiaridade de cada caso concreto, os limites da norma reguladora para realizar a justiça. Por fim, a hermenêutica tem elementos suficientes para que o Direito seja uma resposta contemporânea e condizente com a discussão social, assegurando a integridade e validade do Direito discutido, tarefa que deverá ser enfrentada pelo julgador na *praxis* jurídica.

A hermenêutica, portanto, revela-se no contexto deste trabalho como possibilidade de realização de um Direito mais eficaz e justo, conseqüentemente. Sustentado no pensamento de Dworkin¹, presume-se que, não obstante ser o sujeito humano súdito do Direito, eventualmente os textos jurídicos emudecem ou se tornam obscuros, o que será superado por meio de um exercício de ‘interpretação construtiva’, exercido pelo mesmo humano em situação, em sua relação com o mundo e com as coisas.

A Hermenêutica, na reflexão contemporânea, ocupa um lugar privilegiado, pois, investiga os pressupostos que fundamentam o fenômeno da compreensão de uma obra artística, filosófica ou jurídica. Deste modo, a Hermenêutica procura refletir a Verdade não mais como algo absoluto e definido, mas como consequência da interpretação dos eventos e do mundo no qual o homem faz diversas experiências.

A crise vivenciada pelo Direito, como dito nas lições de incontáveis mestres, pode ser definida como uma crise que se manifesta na produção de sentidos do mundo e é nessa produção que deve se concentrar a busca de soluções que deverá passar não só pela revisão do próprio Direito, regulando novos ramos dos Direitos tradicionais que permeiam o novo contexto evolutivo e relacional dos grupos sociais, mas também fornecendo mecanismos que possibilitem uma efetiva resposta aos conflitos, condizente com as premissas que o Direito e a moderna sociedade estão a exigir.

É esta ideia que alimenta os argumentos que serão aqui delineados e que também serão tratados sob a perspectiva de outros diversos pensadores do Direito de forma a contextualizar o pensamento moderno acerca da interpretação judicial e da impossibilidade do uso da discricionariedade do juiz, notadamente a teoria discursiva de Habermas.

O ponto nevrálgico que permeia esse exercício hermenêutico reside exatamente nos limites e nas perspectivas que sustentarão a interpretação a ser dada, que não poderá deixar de buscar, para fins de coerência, a ‘integridade política’ e a ‘integridade no Direito’. Conseqüentemente, logra a afirmação que sintetizará a construção do raciocínio a ser perseguido no desenvolvimento do presente estudo de que, como bem salienta Chamon

¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Junior, o Direito não pode ser assumido de maneira apoblematizada como aquilo que os juízes decidem que seja o Direito, já que não se concebe seja sua aplicação arbitrária, sob um viés decisionista próprio do Positivismo, ou seja, não poderá se sustentar na discricionariedade do julgador.

Nesse sentido, buscaremos na sofisticação das respostas dadas por Dworkin os meios de compreender o Direito moderno e a práxis dele decorrente, notadamente na lição de que o Direito há que ser compreendido como fruto de um processo histórico de reconhecimento, um processo referido a um único autor, que é a própria comunidade política, nos propondo a perceber que ele deve ser compreendido como uma obra em cadeia que vem sendo construída e reconstruída historicamente pela comunidade e, como prática interpretativa que é, não pode ser reduzido a convenções ou acordos realizados no passado, muito embora tais acordos e convenções se façam relevantes na interpretação do próprio Direito, por não se conseguir esgotar seu sentido complexo.

Ainda como elemento dessa complexidade, enfrentando o judiciário um determinado problema que exija solução de uma forma ou de outra, mesmo sustentando por normas que antevejam situações semelhantes ou possíveis, mesmo sentindo o julgador estar correto, enquanto não identificado os princípios que embasam tais ‘providências’ não poderá ele estar certo de que são suficientes ou se estão sendo aplicados consistentemente².

Para tanto, no capítulo primeiro, serão abordados os problemas relacionados ao positivismo e a necessidade do rompimento definitivo com seu hermetismo, buscando o necessário contraponto na Teoria do Discurso que dá legitimidade e validade à norma, favorecendo a atividade interpretativa. Já no segundo capítulo, elaborar-se-á a construção de um elo entre a norma, sua legitimidade e aplicação, levantando a problemática surgida do choque do tradicionalismo da ‘teoria das fontes’ com o constitucionalismo moderno, a partir de quando se dará destaque à ‘teoria da integridade’ como elemento de interpretação do Direito, presente no capítulo terceiro.

Visitadas tais teorias, o capítulo quarto tratará da interpretação como elemento de adequação do Direito no ideal democrático como forma de permitir a construção de normas jurídicas válidas. O Direito surgirá como fonte de legitimidade para o enfrentamento das dificuldades surgidas na *praxis* jurídica, conforme se salientará no quinto capítulo para, no capítulo seguinte, estudar a figura do juiz como determinante para a realização do Direito, destacando a impossibilidade do uso do poder discricionário na busca da correção de sua

²DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo São Paulo: Martins Fontes, 2003, p 25.

decisão e, com foco na discricionariedade. Por fim, no último capítulo serão registradas contextualizações acerca do tema, registrando situações experimentadas por nossos pretórios bem como a forma com que foram enfrentadas pelos julgadores.

Desta forma, esperamos que as questões levantadas neste trabalho possam colaborar para consolidar a impossibilidade do uso do poder discricionário pelo juiz, demonstrando que será a interpretação discursiva do próprio Direito a fonte que fornecerá a melhor resposta, consagrando o ideal democrático e, como ensina Dworkin, consagrando o exercício da autopurificação na busca do Direito além do Direito.

1. DO LEGALISMO COMO FATOR PREPONDERANTE DO ENGESSAMENTO QUE DIFICULTA À MODERNA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: REFLEXÕES

Atualmente, o cenário jurídico é dominado pelo exacerbado formalismo e legalismo, que ora privilegia, ora permite o reino da desigualdade. Nesta perspectiva, observa-se, no mesmo passo, que os Direitos subjetivos, notadamente os Direitos humanos, vêm sendo sistematicamente aviltados.

A natural evolução e socialização do homem fizeram surgir a ideia e o ideal de liberdade. Desde a Modernidade, vê-se na justiça e na lei a forma de alcançá-la. Na verdade, observa-se que, desde então, o cumprimento das normas determinaria o alcance da justiça: só seria possível, portanto, o Direito, na fiel aplicação do texto normativo aos fatos.

Neste ponto da evolução do Direito, destaca-se o surgimento da Escola Exegética. Observando a fidelidade aos códigos, destaca-se na Escola que o juiz não poderia se esquivar do julgamento – *non liquet*. Para tal, o juiz vinculava sua interpretação a um processo literalmente mecânico, racional e gramatical, atada à vontade do legislador, cultuando a lei que teria o condão de antever as hipóteses de aplicação, sejam presentes, passadas ou futuras. Por isso, as codificações eram consideradas certas, perfeitas e se bastavam (dogma da completude), não concedendo espaço para interpretações por parte do julgador.³

Assim, “o ordenamento jurídico é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma tirada do sistema⁴”, de onde encontrará a solução para cada caso.

1.1 Do Positivismo Jurídico

Especialmente a Teoria Pura do Direito, do austríaco Hans Kelsen, de natureza normativista, exalta o significado da norma jurídica, que é o eixo em torno do qual gira a sua

³Bobbio denominava essa forma inflexível de vinculação de “fetichismo da lei. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições da filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. São Paulo: Ícone, 1995, p. 64.

⁴BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. São Paulo: UNB, 1982, p. 115.

concepção geral sobre o Direito. O real ou concreto é representado pelo elemento normativo. Testemunha-se, ainda hoje, na *praxis*, o uso desmedido da teoria pura do Direito, seja na atuação apaixonada de profissionais, seja na entrega da prestação jurisdicional pelos juízes, quando sustentada na premissa de que todo Direito se origina do Direito positivo e o que não estiver nele contido não está no ‘mundo’.

A atitude de apego exagerado às formalidades legais, sem preocupação com a justiça, é uma herança do positivismo jurídico desenvolvido no século XIX e que, por sua vez, foi uma aplicação de um preceito antigo, enunciado por Platão e desenvolvido por Aristóteles, segundo o qual ‘um governo de leis é melhor do que um governo de homens.’⁵

Para Bergel⁶, o positivismo jurídico consiste em reconhecer valor unicamente às regras de Direito positivo e em reduzir todo o Direito às regras vigentes em data época e todo Estado, sem se preocupar em saber se é justo ou não.

O Direito nesta concepção é uma disciplina autônoma que se identifica com a vontade do Estado do qual é a expressão, razão pela qual não pode haver conflito entre o Direito e Estado. O referido autor lembra que o positivismo reduz o Direito a um fenômeno estatal e frequentemente à arbitrariedade do poder ou à política da força e possui como origem as incertezas geradas pela diversidade dos Direitos positivos e pela impressão de que toda ideia imutável e universal do justo é, em consequência, artificial.

O positivismo jurídico constitui um grande polo doutrinário na área da Filosofia do Direito, que reúne diversas correntes que se unem por alguns pontos em comum e se diversificam em outros. Contrapõe-se a outro polo fundamental de ideias - jusnaturalismo -, que também se divide internamente. O denominador comum das correntes positivistas registra afirmações e negativas. Afirma-se que o método jurídico é o empírico, pelo qual o investigador deve observar a realidade concreta. Dado real - ao qual o cientista deve ater-se - é o núcleo onde se processam as dissensões. Norma jurídica, código, fato social, fato natural, psicológico, decisão judicial, eis algumas de suas identificações. Nega-se a validade de princípios metafísicos, de valores absolutos, de princípios que sejam eternos, imutáveis e universais.

Desta forma, de acordo com o positivismo racionalista, o Direito é elaborado mediante atividade intelectual-lógica. Dos conceitos, através de deduções, chegam-se às

⁵DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52.

⁶BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvao. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15.

proposições jurídicas e, a partir destas, às decisões judiciais. O Direito não depende do mundo social, pois é apenas ordenamento lógico. Semelhante a esta modalidade, revela-se o chamado positivismo jurídico legal, para quem *lei* e Direito são equivalentes e toda lei é válida desde que elaborada em processo regular.

Esse sistema estático, fechado e restrito ao código proposto pela Escola da Exegese, que é considerado o ápice do positivismo jurídico, não se coadunava com as perspectivas que a modernidade estava a exigir. Historicamente, a modernidade tem naquela época seu marco, ligado que está aos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Qualquer sistema que não os considerasse já que não seria capaz de acompanhar o processo evolutivo dos povos, a ciência moderna, os novos padrões econômicos, dentre outros fatores.

Vê-se que o dogma da completude não é capaz de se sustentar ante à moderna sociedade e à moderna concepção do Direito, capaz de assumir a existências de espaços ainda não preenchidos pela norma que, não obstante, encontrarão na interpretação principiológica a solução que contemplará os valores sociais, entendendo a lei não como um fim em si mesmo, mas como meio de concretizar o estado democrático de Direito hoje vivenciado⁷.

A realização da justiça, elemento essencial e meio de manutenção da pacificação social, deve permear o pensamento do julgador. Contudo outra questão surge: Como construir uma sentença justa e legal? Como conciliar os códigos comunicacionais do Direito (legal/ilegal) com os da moral (justo/injusto) assegurando legalidade e justiça ao jurisdicionado?

Enorme dificuldade se instala já na busca do conceito de justiça, pois não há um consenso entre os doutrinadores. A escala diversificada de valores que compõe a noção de justiça não permite, é fato, um consenso quanto à sua definição, estando sua abordagem vinculada a aspectos que deitam reflexos na lei, na ética, na política e na moral.

É certo que o conceito de justiça se situa no campo das especulações jurídico-filosóficas como bem dimensiona a tradição de Aristóteles e Platão, que o fazem indagando valores da virtude moral, do agir para o bem, de viver como reclamam a probidade e a moral, seja nas relações sociais, familiares ou política, garantindo que a tirania e a sanha dos inescrupulosos não prevaleçam e os mais fracos não pereçam.

⁷Em sua teoria democrática, Bobbio se apoia justamente no entendimento da transparência, da legalidade e da legitimidade dos procedimentos, das 'regras do jogo', entre as quais se destacam as leis, a serem decididas em processos regulares e amplamente participativos, o que significa a exigência da cidadania ativa, a realizar-se por meio dos mais variados processos. BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. 3. reimpressão. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer – Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. páginas introdutórias, comentário de Celso Lafer.

Entretanto, há no julgamento do caso concreto a prevalência da lei e do princípio da legalidade, que não podem ser olvidados, não significando, todavia, que somente esses pressupostos sejam levados em consideração, já que haverá de ser conjugado com a concepção do ser humano que ocupa a posição de Réu, enfim, com fins na equidade e na Lei, sendo esta boa e justa.

Essa moderna visão exige um novo modelo de judiciário, onde o julgador deve ter como escopo realização da ‘justiça’ de forma diferenciada, onde não basta aplicar a Lei posta, mas complementá-la no momento da aplicação, preservando-lhe a essência, mas privilegiando o caso concreto, construído dialeticamente no bojo do processo.

1.2 A exigência de abertura do Direito: o pensamento da Modernidade

A sociedade é dotada de uma ordem jurídica que varia no tempo e espaço que vai se adequando ao momento histórico, social e filosófico que experimenta e é materializada por meio de regras obrigatórias de conduta, emanadas de seus corpos legislativos. Apesar das distorções que apresentam quanto a seu foco e incidência, uma concepção global do Direito é indispensável tanto ao estudo quanto à elaboração das normas jurídicas, evitando engessamentos e atavismos às regulamentações pontuais.

[...] Ora, o jurista deve ser um regente de orquestra, apto a dominar e coordenar todos os instrumentos do Direito: a solução jurídica não pode provir do som, por vezes discordante, de uma disposição isolada, mas depende para sua compreensão, para sua aplicação e sua execução dos princípios, das instituições, dos conceitos e dos procedimentos técnicos da ordem jurídica geral. O jurista não pode ser nem um mero autônomo, condenado à aplicação servil de uma regulamentação exageradamente meticulosa, nem um aprendiz de feiticeiro que desencadeia consequências desordenadas e imprevistas por ignorar a dependência e a inserção da regra de Direito em seu contexto [...].⁸

É no exercício de interpretação de tais regras que se busca determinar o alcance e o sentido das expressões do Direito. Quando a ciência jurídica estiver em descompasso com as transformações sociais esse processo impede o império de um positivismo absoluto.

⁸BERGEL. Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15.

Mas conjugado ao princípio da ‘individualidade’ está o da ‘racionalidade’, que deve norteá-lo. Sem a razão tudo é desarmonia. A razão, contudo, não pode ser monopolizada por governos, ideologias, leis ou seus intérpretes, por mais esclarecidos que sejam, sob pena de vermos as diferenças servirem de arrimo a injustiças.

A racionalidade, nesse contexto, deve nortear a capacidade de ponderar, de refletir, de percepção não só da Lei, mas do outro e do contexto social e, nesse diapasão, sustentar o progresso.

A percepção do outro, da universalidade e da individualidade como essenciais à formação de uma comunidade de seres humanos, do senso comum que provoca a compreensão de que a interconexão de tudo e todos é que sustenta a harmonia e leva ao homem a noção de causa e efeito, deve ser parceira constante no exercício de interpretação e aplicação da lei ao caso concreto.

A Lei está intimamente ligada à evolução social, política e econômica, sendo que os dias atuais se mostram profícuos em transformações, adequações, metamorfoses, adaptações, enfim, numa incessante evolução. Tais mudanças deságuam em novos fatos sociais passíveis de regramento por imporem mudanças de costumes, valores e moralidade que modificam as relações interpessoais,

Essa exuberância contemporânea faz, ao mesmo tempo, com que haja um descompasso entre a legislação e as novas relações, cabendo ao juiz a importante tarefa de atuar como agente transformador sempre que houver um disparate entre o Direito e a realidade social.

Mesmo admitindo a hipótese da existência da norma, o mundo jurídico atentar-se sobre a possibilidade de tal normatização não atender aos anseios da sociedade, por apresentar um distanciamento com a realidade social. Apresentando-se desta maneira, a norma, em desarmonia com a realidade social, exigirá do julgador um constante exercício de ‘adequação’, evitando que as decisões do operador jurídico sejam injustas, ou socialmente inadequadas.

Deve-se, de fato, reconhecer a importância de repensar o Direito em seus constitutivos principiológicos. Destaca-se, sobretudo, o ideal de justiça. A ideia de justiça está indissolavelmente ligada a valores sociais e elementos transcendentais que permearão a lei e o Direito, seja em sua elaboração, seja em sua operação ou interpretação.

A elucidação dada por Chamon Junior⁹ merece destaque:

A modernidade do Direito, isto é, o caráter moderno do Direito, refere-se, sobretudo, a uma dessacralização do mundo-da-vida, a uma conseqüente racionalização discursiva, a uma diferenciação funcional dos sistemas e a uma superação convencionalista da justificação da Sociedade e, por conseguinte, do próprio Direito, questões essas a serem assumidas de maneira reflexiva e co-implicada.

...

Apelar, em última instância, a argumentos sedutores a supostamente fazerem assumir a sociedade como fundada numa “tábua de valores” a todos comuns, não consegue desvelar a sempre árdua tarefa de levar a frente o projeto constitucional moderno de reconhecimento de iguais liberdades fundamentais a todos.

Frisa o conceituado mestre a necessidade de uma compreensão adequada da legitimidade do Direito e de sua interpretação, ressaltando que o princípio da legalidade não leva ao positivismo, e apesar deste estar expresso no texto constitucional “é perfeitamente coerente com outras leituras que não a positivista”¹⁰.

1.3 A Moderna Interpretação Judicial e sua necessidade

A organização social outorga ao poder judiciário, na busca da concreção de seus fins, a tarefa de aplicar a lei ao caso concreto. Procura garantir não só o acesso á justiça, mas acima de tudo, uma ordem jurídica justa.

Ao se referir à interpretação jurídica, Chamon Junior afirma:

Segundo Kelsen, a interpretação seria um ato, uma atividade intelectual que seguiria o processo de criação do Direito em um movimento que iria do escalão superior a um inferior, da pirâmide normativa. Isto é, quando se movesse abaixo da pirâmide normativa, tal movimento seria acompanhado pelo processo chamado de interpretação: a criação de uma norma inferior só poderia ocorrer se conhecêssemos os sentidos possíveis das normas jurídicas e elegêssemos um desses sentidos enquanto autoridade cuja competência tenha sido conferida por uma norma hierarquicamente superior. É a interpretação, portanto, que permitiria a aplicação do Direito, pois aplica-lo é mover de um nível superior a um inferior dentro da noção de hierarquia normativa.¹¹

Assim, a norma hierarquicamente superior, regularia o ato de criação da norma inferior, mas não de maneira absoluta: haveria sempre certa indeterminação que deve ser preenchida pelo aplicador. Dita indeterminação normativa é que iria, justamente, permitir à

⁹CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**: Contribuições a uma Reconstrução da Dogmática Penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006. Nota do autor.

¹⁰CHAMON JUNIOR. **op. cit.** p. 39.

¹¹CHAMON JUNIOR. **op. cit.** p. 42.

interpretação a função de fornecer o conjunto de leituras possíveis da norma, enfim, a interpretação será um ato pelo qual seria construída, fixada, uma moldura que deveria ser preenchida pelo ato de aplicação.

Ainda em Chamon Junior encontramos arremate às críticas de inadequação da interpretação autêntica, ao revelar:

...devemos acrescentar que a ‘teoria da interpretação’ de Kelsen retira da ciência do Direito uma zona de seu próprio objeto de investigação. Ora, até mesmo a utilidade e funcionalidade da Teoria Pura poderia ser posta em cheque: se cabe à ciência do Direito revelar, descobrir as leituras normativas existentes, qual seu sentido se o juiz pode, no ato de aplicação, nega-la e alcançar distinta solução?¹²

Vê-se, assim, que a teoria de interpretação de Kelsen, ao menos em seus contornos clássicos, não reúne elementos suficientes e válidos para se justificar, posto que portadora de anacronismos insuperáveis.

Chamon Junior¹³ traz importante investigação acerca da legitimidade dos processos de criação de normas jurídicas e sua validade frente uma teoria discursiva que tem como elemento preponderante a tensão que se instala quando o tradicionalismo da teoria das fontes no Direito se choca com o constitucionalismo moderno.

A solução para a problemática perpassa por uma reinterpretção dos costumes, jurisdição e legislação - Fontes do Direito – tendo como marco o caráter principiológico, plural e democrático para que sejam alcançados os ideais de igualdade e liberdade justificadores da norma sob a ótica jurídica moderna.

No concernente à busca de paralelos entre modernidade/interpretação, Chamon Junior elucida:

O que vale ressaltar é que todas as interpretações e propostas aqui oferecidas somente podem ser compreendidas e assumidas quando se compreende a praxis do Direito Constitucional enquanto garantidora das condições de produção de legitimidade na Modernidade. Afinal, somente mediante uma interpretação discursiva dos Direitos fundamentais, isto é, do próprio Direito, é que podemos livra-lo de dificuldades interpretativas que muitas vezes o rondam como fruto de uma confusão entre Direito e Moral, bem como entre Direito e o mundo objetivo e subjetivo. E todas estas questões somente serão superadas quando encaradas diante do pano-de-fundo subjacente de maneira adequada e levando adiante o próprio projeto da Modernidade. É assim que podemos compartilhar com DWORKIN e afirmar que o Direito se autopurifica, que o Direito, enquanto esforço interpretativo, tem uma ambição para si mesmo, qual seja a busca incessante de um Direito além do Direito, enquanto práxis crítico-hermenêutica do alcance da correta interpretação, partindo da melhor teoria política acerca do Direito moderno, em cada caso, e

¹²CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. Contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 45.

¹³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Política: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

perante a força gravitacional que os precedentes realizam. Tal é a nossa tarefa, sempre em crise, de interpretar o Direito nesses novos tempos de uma Alta Modernidade que se enxerga como contingente e plural, humana e, por isto mesmo, precária.¹⁴

Essa reinterpretação/reconstrução tem a função de estabelecer o necessário liame entre a legitimidade da norma que sustentará sua legalidade, que não esteja sustentada na subjetividade, mas no princípio do discurso como pressuposto de validade das normas (razão comunicativa), aí se encontrando juridicidade autêntica. Assim teríamos, quanto à forma jurídica, a presença de aspectos normativos sociologicamente organizados.

E aqui está o paradoxo do Direito: o fato de que sua legitimidade depende de sua forma, de uma forma jurídica que, na Modernidade, se construiu normativa e sociologicamente alicerçada nos princípios de igualdade e liberdade, num processo de diferenciação funcional. Embora tais princípios de liberdade e igualdade sejam princípios normativos, não se pode pretender fundá-los para além do próprio Direito, isso é, para além de sua forma jurídica moderna, razão pela qual, no que tange ao Direito, somente podemos, na Modernidade, falar em tal forma, o que implica também dizer que tais princípios sejam assumidos pela comunidade jurídica ainda que numa decisão simbólica de uma Assembléia Constituinte que, paradoxalmente, tem que decidir por tal juridicidade (forma jurídica) quando (ou porque) não poderia de outra forma decidir legitimidade.¹⁵

Esse contexto, atrelado à moderna concepção de que a lei é válida indistintamente a todos, a todos obrigando, concede a necessária aceitabilidade à norma que irá assegurar a ‘estabilidade’ social por meio de sua força coercitiva, afastando, desta forma, a tensão entre sua validade e capacidade fática, ou seja, faticidade e validade, como encontramos em Habermas e em Dworkin, quando de sua investida à integridade do Direito, cuja necessária abordagem faremos no próximo capítulo.

Antes, entretanto, reforçemos o alcance da hermenêutica como condição fundamental de aplicar e entender o Direito.

¹⁴CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio, **Teoria Geral do Direito Moderno**: por uma reconstrução crítico discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 192.

¹⁵CHAMON JUNIOR. **op. cit.** p 105.

2. A INTERPRETAÇÃO COMO ELEMENTO DE ADEQUAÇÃO DO DIREITO NO IDEAL DEMOCRÁTICO

A hermenêutica é um dos temas polêmicos da filosofia do direito contemporânea. Hans-Georg Gadamer, em sua obra *Verdade e Método*, assevera que a hermenêutica não é um método para se chegar à verdade e que o problema hermenêutico não é, por sua vez, um problema de método. Segundo Gadamer a hermenêutica não seria uma metodologia das ciências humanas, mas uma tentativa de compreender as ciências humanas.

A tarefa hermenêutica se desdobra numa tarefa ambiciosa: a da interpretação e da compreensão não apenas do(s) sentido(s) já dado(s), mas igualmente dos processos de criação de sentido(s). Assim, corroboram-se as abordagens realizadas até então: a aplicação do Direito não pode se limitar a uma tarefa descompromissada, norteadas por mero pragmatismo que o reduz a conclusões absolutizantes.

Mas, o que significa hermenêutica? Tem este conceito uma definição pacífica? Como proceder a uma elucidação de sua temática? Apesar de, no sentido largo, interpretação ser sinônimo de hermenêutica, vale lembrar a lição de Dilvanir José da Costa:

(...) no sentido amplo, interpretação é sinônimo de hermenêutica. Mas tecnicamente é juridicamente se distinguem. Enquanto interpretação é o próprio ato de extrair o sentido exato da lei, de traduzir a vontade social, a hermenêutica é a ciência, a teoria e a doutrina da interpretação¹⁶.

A interpretação, pois, tem como pressuposto a hermenêutica e esta lhe confere os valores e princípios fundamentais que irão embasar o sentido e o alcance das normas, como é assente na doutrina¹⁷.

Um ponto comum na definição de hermenêutica reside no fato de que sempre há uma tensão entre um texto (*lato sensu*) e o sentido que alcança sua situação concreta. Para Lênio Streck, tal fato demonstra que é possível regulamentar o processo hermenêutico, cuja

¹⁶ COSTA, Dilvanir José da. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 69.

¹⁷ Maria Helena Diniz afirma que a hermenêutica é “teoria científica da arte de interpretar”, conjunto de princípios e normas que norteiam a interpretação é uma ciência. Para Eros Roberto Grau a interpretação das leis é, na verdade, uma “prudência”, é “o saber prático, a phrónesis, a que se refere Aristóteles”. (Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. Vol. 1. 18. ed, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 64; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 3 ed, 2005, p. 35.

finalidade se liga às condições de conhecimento do humano acerca das coisas. Mas a regulamentação, em si mesma, pode levar a uma crise no interior da hermenêutica, sobretudo no tocante ao problema da fundamentação do saber. De acordo com Streck: “A crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria no início do século XX”¹⁸.

Pensar na interpretação jurídica como um conjunto de métodos é uma ideia errônea e afastada da ideia central do conjunto normativo, que em si mesmo, encerra todo o seu significado, não necessitando de interpretação subjetiva para existir. Buscar o sentido de algo é bem diferente de criar um sentido para algo.

A questão, que já se mostra difícil na definição, não é amenizada no momento da aplicação do Direito pelo julgador. Na escolha da melhor expressão da norma, no exercício da jurisdição, o juiz deverá encontrar a alternativa adequada ao caso concreto, ultrapassando a pressão provocada pelos conflitos e a tensão interna do ordenamento, para encontrar uma posição que seja juridicamente aceitável, que não seja expressão de racionalismo causal, mas dos valores sustentados pelo exercício hermenêutico e da construção dialeticamente realizada no bojo do processo.

O raciocínio jurídico, mesmo sendo sujeito a regras e a prescrição que limitam o poder de apreciação do juiz na busca da verdade e na determinação do que é justo, pois o juiz deve amoldar-se à lei, não é uma mera dedução que se ateria a aplicar regras gerais a casos particulares. (...) Se acaso uma legislação francamente iníqua não lhe permitir, por uma ou outra razão, exercer o seu ofício em conformidade com sua consciência, o juiz é moralmente obrigado a renunciar a suas funções. Pois ele não é uma simples máquina de calcular. Contribuindo, com seu concurso, para o funcionamento de uma ordem iníqua, ele não pode isentar sua responsabilidade.¹⁹

Nessa senda, o exercício da magistratura está jungido a perspectivas que ultrapassam o simples pragmatismo, exigindo mais sensibilidade que apego exacerbado à norma. O magistrado incorpora uma missão que deverá alcançar os verdadeiros valores e princípios de forma a afastar a tensão que surge no ato de interpretação da norma, assim cumprindo o comando do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que reza que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

¹⁸ STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 431.

¹⁹ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direitos**. Trad. Maria Ermantina Galvão. S. Paulo: Martins Fontes, 1996.

A atividade hermenêutica permeia todo o exercício dos operadores do direito, principalmente, a atuação do magistrado, que é o responsável pela função de “dizer o direito”, ou seja, de aplicar a norma jurídica ao caso concreto.

O magistrado durante a sua atuação para encontrar a solução do conflito existente no mundo dos fatos, aplica a norma jurídica, mas para isso deve buscar o sentido das normas. Como afirma Tércio Sampaio Ferraz Junior, “a determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista que o decidir conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica”.

Eros Roberto Grau²⁰ entende que a interpretação do direito não pode ser dissociada da sua aplicação, afirma que interpretar é “dar concreção (concretizar) ao direito”, reconhecendo para tanto, como único intérprete, verdadeiramente, autêntico o Juiz, que é o responsável pela construção da norma decisão.

Ao impor os fins sociais e o bem comum como pilares da aplicação da lei pelo juiz traz, a reboque, total indeterminação quanto ao conteúdo desses dois elementos, possibilitando juízos de verificação de extrema subjetividade, devendo esta, contudo, ser exercida como pressuposto do exercício da liberdade e elemento da construção da aplicação e interpretação do Direito.

Tais noções são preciosas para o entendimento do alcance daqueles pilares talhados na Lei de Introdução, condizentes com as propostas de liberdade e interpretação que buscamos sustentar.

2.1 A contribuição de Kelsen

O estudo da teoria de pura do Direito é abordagem essencial de modo a permitir problematizar e destacar a evolução do exercício de interpretação, sendo mesmo elemento paradigmático do presente estudo, sem que represente um paradoxo à moderna visão do Direito que se quer destacar, já que, apesar de não ser a única fonte de análise, a norma posta será sempre a matriz de verificação frente ao caso concreto.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 24 e 34.

Em Kelsen²¹ temos que a norma fundamental é a baliza que dará validade a todo o ordenamento, perpassando a verificação de validade, enquanto ordenamento, pelo crivo da norma constitucional, ou seja, pela fidelidade e correlação entre a norma infraconstitucional e a constitucional. Estaria aí, na verificação de consonância com a célula *mater*, a aferição de eficácia do ordenamento jurídico.

Em sua teoria, ao tratar da interpretação, buscando revelar a sua essência²² denota que na utilização do Direito por um órgão jurídico é necessário fixar o sentido da norma a ser aplicada, por meio do processo de interpretação, sendo esta uma operação mental própria do processo de aplicação da norma, sempre com sustentação na hierarquia e subordinação, assim compreendida:

A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e Lei, ou Lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula – como já se mostrou – o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar.²³

Ressalta o Autor o fato de que esta determinação nunca é completa, já que a norma do escalão superior não pode antever todos os aspectos pelos quais ela potencialmente será aplicada e até mesmo uma ordem mais pormenorizada tem que permitir ao aplicador do Direito uma margem de adequação, que é própria da “relativa interpretação”:

...Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível te de deixar aquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súbito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.²⁴

Assinala, ainda, que essa indeterminação pode estar intencionalmente (indeterminação intencional) prevista na norma:

Assim, o estabelecimento ou fixação de uma norma simplesmente geral opera-se sempre – em correspondência com a natureza desta norma geral – sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas. Uma lei de sanidade determina que ao manifestar-se uma epidemia, os habitantes de uma cidade têm de, sob cominação de uma pena, tomar certas disposições para evitar um alastramento da doença. A autoridade

²¹KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

²²KELSEN, Hans. **op. cit.**, p. 463.

²³KELSEN. **op. cit.**, p. 464.

²⁴KELSEN. **op. cit.**, p. 464.

administrativa é autorizada a determinar estas disposições por diferente maneira, conforme as diferentes doenças. A lei penal prevê, para a hipótese de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou outra a determinar a medida dos mesmos – podendo, para esta determinação, ser fixado na própria Lei um limite máximo e um limite mínimo.²⁵

Por fim, surge o que denomina de ‘indeterminação não intencional’ que é aquela que tem origem na consequência não intencional da norma em face da possível pluralidade de significações possíveis a uma determinada palavra, ou seja, estar a interpretação condicionada às várias significações do termo utilizado no texto da norma ou quando da existência de leis que, concomitantemente vigentes, estabelecem, sobre o mesmo fato jurídico, normas divergentes, seja total ou parcialmente.

Entretanto, percebe-se que tal situação provoca não um ‘elastecimento’ na interpretação, mas possibilita alcançar a interpretação teleológica, as bases que sustentam a lei para que se realize um alinhamento na interpretação que não discrepe da vontade da autoridade legisladora.

Assim esclarece:

Que a chamada vontade do legislador ou a intenção das partes que estipulam um negócio jurídico possam não corresponder às palavras que são expressas na lei ou no negócio jurídico, é uma possibilidade reconhecida, de modo inteiramente geral, pela jurisprudência tradicional. A discrepância entre vontade e expressão pode ser completa, mas também pode ser apenas parcial. Este último caso apresenta-se quando a vontade do legislador ou a intenção das partes correspondem pelo menos a uma das várias significações que a expressão verbal da norma veicula.²⁶

Percebe-se que, independentemente da forma de interpretação a ser manejada (relativa, intencional ou não intencional) importa para Kelsen é saber se ela se dá de forma a fugir dos limites impostos pela lei – moldura - já que, se apoiada na lei, é admissível, mesmo que culmine em mais de uma interpretação.

Se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torna Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no acto do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei

²⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 465.

²⁶ KELSEN. **op. cit.**, p. 466.

representa – não significa que ela é a norma individual, mas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma legal.²⁷

Por tal razão esclarece que no uso da teoria usual a interpretação da lei aplicada ao caso concreto, somente poderia fornecer, não obstante a multiplicidade de hipóteses, “apenas uma única solução correta (ajustada) e que “justeza” (correção) jurídico-positivista desta decisão é fundada na própria lei”²⁸ e, nessa hipótese, o aplicador do Direito faz uso de seu entendimento (razão), mas não de sua vontade, já que exercita tão somente um “ato intelectual de clarificação e de compreensão”. A escolha, assim, será sempre dentre as hipóteses previstas pelo Direito positivado, em um Direito preexistente.

É, pois, tarefa do julgador saber qual, dentre as possibilidades que o quadro do Direito apresenta, irá aplicar, sendo uma problemática de política do Direito e não de teoria do Direito, atribuindo-se ao legislador a incumbência de criar as leis justas/certas.

Ainda tangenciando a teoria da validade e interpretação kelseniana, encontramos a distinção entre interpretação autêntica: que é aquela dada pelo órgão aplicador (judiciário, legislativa ou executivo), e a científica: que é a dada pelo cientista do Direito.

Para o autor, na interpretação autêntica o juiz poderia ultrapassar o Direito positivo para arrimar sua decisão em elementos de moral, justiça, juízos sociais de valor, sempre arrimado em sua convicção, valores e convencimento. Decidido que seja, dá ele à norma uma interpretação que tem função de lei, tornando obrigatória uma conduta não presente dentre aquelas interpretações que compunham a moldura.

A propósito, importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.²⁹

É sensível a discrepância que tal interpretação apresenta frente à sua própria teoria positivista, razão pela qual não resistiu às críticas, dentre as quais a que informa que aquela função que é própria da interpretação científica, responsável por revelar a “quadro de leituras possíveis”, não pode prever, anteceder e vislumbrar todas as hipóteses possíveis, mesmo que no campo da abstração; que somente no caso concreto, com sua particularidades, se pode

²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes. 1999, p. 467.

²⁸ KELSEN. **op. cit.**, p. 468.

²⁹ KELSEN. **op. cit.** 394.

alcançar a interpretação adequada, haja vista que, como afirma Chamon Junior³⁰, a perspectiva kelseniana falha ao pretender extrair, mediante um ato de conhecimento, resultados universais e atemporais e, lembrando Cattoni de Oliveira³¹, que não há métodos capazes de renovar ou descrever um quadro de verdades objetivas, não-históricas e descontextualizadas.

2.2 Desafios à hermenêutica jurídica

As obras clássicas, que por gerações fecundaram a evolução jusfilosófica, trazem respostas adequadas à evolução que ainda hoje se opera. As teorias críticas do Direito sempre tiveram o papel de estabelecer reflexões que levem em conta os padrões sociais e a formação social, objetivando atingir novas experiências para problemas antigos, novos paradigmas e práticas distintas das então existentes que possam representar uma resposta suficientemente adequada às expectativas dessa nova sociedade.

A dificuldade que se apresenta com maior notoriedade tem sido a de operacionalização dos frutos das críticas, no afã de se alcançar as soluções dos problemas enfrentados, o que tem mantido as discussões teóricas no campo da especulação pura, sem efetividade plausível no mundo prático real.

É sensível o fato de que a adequação necessária dessas duas instâncias (teoria e prática) deságua no Direito alternativo que tem sido instrumento hábil de consolidação da democracia e de transformação do Direito em todas as suas instâncias.

Vilani³², ao abordar o processo de construção da cidadania moderna (destacando as gerações de Direitos que emergiram nas democracias pluralistas contemporâneas à luz dos pensamentos políticos republicano, liberal e socialista) mostra, que a evolução social e política está sempre atrelada a um Direito que lhe dá corpo, sentido, direção, destacando que “a cidadania, na modernidade, é um processo de criação e ampliação de Direitos, típico das sociedades democráticas liberais ocidentais”.

³⁰CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. Contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 45.

³¹CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 30 ss.

³²VILANI, Maria Cristina Seixas. Cidadania Moderna: Fundamentos e Desdobramentos Históricos. Belo Horizonte: In: **Cad. Ciênc. Soc.** v.8, n. 11, Dez. 2002. p. 47-64.

Com foco em tais pensamentos políticos, destaca a tradição liberal que privilegia os interesses privados, o indivíduo; que a tradição republicana tem no civismo o interesse público que prevalece sobre os anseios coletivos, sendo que a “dedicação à coisa pública, isto é, o civismo, é exaltada como a maior virtude” e, por fim, a tradição socialista, que “defende a igualdade como maior virtude da boa sociedade”, encontrando na propriedade privada dos meios de produção “a razão e a origem das desigualdades entre os homens”.

Entretanto, o mundo contemporâneo tem revelado sistemas políticos liberais que não se valem, para definir seus fundamentos, de uma adesão total a uma dessas tradições em especial, mas pela ênfase de um ou outro desses elementos, notadamente por demonstrarem uma preocupação com o coletivo em detrimento do individualismo e da ‘felicidade pessoal’.

Na era moderna, diversas correntes de pensamento têm combinado diferentemente o público e o privado, os interesses individuais e os ideais coletivos, na busca da melhor maneira de conceber a vida social, com destaque para Habermas em *Três Modelos Normativos de Democracia*, obra de 1995. A cidadania moderna, pois, é fruto de um processo histórico que fez surgir novas classes de Direitos tais como os metaindividuais e os relativos ao patrimônio genético.

Conforme nos ensina Habermas, a única maneira de construir normas jurídicas válidas é pela democracia, o que fica evidente em sua teoria do discurso, onde se assegure a todos que possam ser alcançados pelas normas participar e prestar seu assentimento, assumindo o papel de coparticipantes e coautores de sua construção. Privilegia-se o princípio constitucional da igualdade. A co-dependência entre as autonomias privada (garantia de Direitos enquanto liberdades subjetivas: liberdade de crença, de pensamento, Direito à propriedade...) e pública (liberdades políticas: Direito de associação e manifestação, liberdade de imprensa, ao voto e de se candidatar), ressaltada por Chamon Junior, dá a necessária legitimidade a tal critério.

2.3 O caminho da interpretação do Direito

Frente aos novos desafios, o Direito e sua aplicação, sobretudo pelo judiciário, não pode ser entendida de outro modo senão como interpretação. Há de se ressaltar que essa afirmativa alarga os horizontes da hermenêutica: não é, portanto, apenas a compreensão

significativa de termos obscuros, mas compreender o entorno social no qual a norma se torna eficiente e eficaz. Interpretação do Direito e aplicação do Direito são dois lados de uma mesma moeda, uma só operação.

Assim, quando o intérprete se depara com as normas ou fatos jurídicos, não faz tal procedimento senão no quadro da realidade. Enfoca-se, portanto, como se apresenta ao longo deste trabalho, que a hermenêutica se torna caminho para uma operação jurídica mais adequada à realidade contemporânea, uma vez que não se limita a uma mera compreensão dos textos e dos fatos. Parte, na verdade, da compreensão de textos normativos e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finda com uma escolha que seja mais adequada a ele, tendo, em ambas as etapas, a coerência como ponto crucial.

A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto, Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. Aí, a distinção entre as normas jurídicas e a norma de decisão. Esta é definida a partir daquelas. Todos os operadores do Direito o interpretam, mas apenas uma certa categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma da decisão. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão-somente como produção das normas jurídicas, para dela extrair a norma da decisão do caso, é aquele que Kelsen chama de intérprete autêntico, o juiz.³³

É necessário sublinhar que o Direito, em sua aplicação e normatividade, deve sempre se abrir à inovação, às transformações do discurso normativo para que ela corresponda, de melhor modo, às transformações da sociedade contemporânea. Não há como determinar o Direito apenas como um conjunto de regras, de leis, já que ele é, verdadeiramente, um organismo dinâmico. Para manter sua dinamicidade, há de ser contemporâneo à realidade, interpretativo, naturalmente.

Evidente, que a interpretação não se faz de modo arbitrário, pois se vincula, sempre, aos textos normativos e aos próprios fatos que lhe dão seu substrato. A própria atuação do juiz se dá num campo cujos limites se emolduram na legalidade. Eros Grau afirma que a verdadeira discricionariedade do juiz e, portanto, a aplicação hermenêutica, ocorre quando se volta ao texto normativo e aos fatos, formulando juízos de legalidade.

A hermenêutica autêntica do Direito opera uma inserção do Direito na realidade que ele ordena. Haverá de ser uma intermediação, como é a própria função de Hermes na mitologia grega, entre o caráter genérico de uma norma jurídica e sua aplicação na particularidade das relações. Na universalidade da norma encontra seu respaldo; na

³³ GRAU, Eros Roberto. Interpretação do Direito. in: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 472.

particularidade do fato, determina-se seu sentido. Na singularidade do resultado justo, seu objetivo primordial.

São íntimos os temas interpretação judicial e democracia, estando as conquistas individuais, sociais, políticas e metaindividuais a alicerçar o compromisso de aplicação dos valores e princípios fundamentais consagrados na constituição, não podendo o julgador, na sua tarefa de aplicar o Direito ao caso concreto levado à sua apreciação, se valer de arroubos absolutistas que atentem contra as conquistas históricas que sustentam nossa realidade. Tais premissas destacam quão tormentoso pode se tornar o exercício de interpretação judicial. Fundamentado no pensamento de Ronald Dworkin, pode-se, entretanto, presumir elementos que tornem tal questão menos árdua, conforme se pode ver, em linhas gerais, no capítulo seguinte.

3. ELEMENTOS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO EM RONALD DWORKIN: INTEGRIDADE E CONSTRUTIVIDADE

A moderna concepção do Direito, como qualquer fundamento científico, perpassa por momentos históricos da evolução humana e social. De fato, o Direito não pode ser considerado algo externo à sociedade, uma vez que é construído por seus membros por meio de processos institucionalizados.

Dworkin afirma que somos súditos do Direito, vassalos de seus métodos e ideais, não obstante não raras vezes os textos jurídicos emudecerem e se tornarem obscuros. Com tais argumentos conclui que “o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva”³⁴, possuindo, a concepção do Direito, bases sólidas numa política de integridade, comunidade e fraternidade, que é examinada quanto às suas consequências para a teoria jurídica abstrata, transportadas para casos concretos.

Registra o autor que é de extrema importância a forma como os juízes decidem os casos, lembrando que “A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou ao mesmo juiz no dia seguinte” e de que as pessoas depositam sua expectativa de ganhos ou perdas “muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que qualquer norma geral que provenha do legislativo”³⁵, vindo a confirmar o que experimentamos hodiernamente nas lides jurídicas.

Por tais razões, mas não só por elas, o juiz, no exercício de suas atribuições, deve decidir de forma a alcançar quem agiu bem, quem cumpriu e quem ignorou suas responsabilidades de cidadão. Não privilegiando a justiça em seu julgamento infligirá um dano moral a um dos membros da comunidade.

Entretanto, no exercício jurisdicional, o modo como a jurisdição é prestada também é relevante, porquanto a prestação deverá ser embasada na forma como pensam que é o Direito e como fazem a análise às três dimensões próprias de cada processo judicial, pois eles trazem questões de fato, questões de Direito e questões interligadas à moralidade política e fidelidade.

Face às diferentes possibilidades e momentos interpretativos distintos dentro do próprio processo, encontramos em sua obra muitos conceitos de interpretação que tramitam

³⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³⁵ DWORKIN. **op. cit.**, p. 03.

desde a ótica do interprete, passando, inclusive, pela interpretação que fazemos do próprio intérprete. Tais noções, apesar da apertada síntese do até aqui traçado, nos permite abordar a integridade como elemento de interpretação do Direito em Dworkin.

3.1 O Direito como Integridade.

Dworkin³⁶ afirma a existência de dois princípios de Integridade Política, sendo um legislativo e outro jurisdicional. A integridade da política no legislativo pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de Leis moralmente coerentes e o jurisdicional exige que a Lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido (moralmente). Vejamos:

Na concepção do autor, o princípio legislativo faz parte de nossa prática política e é sustentado em duas vertentes, sendo a primeira a do questionamento se o pressuposto de que a integridade é um ideal político distinto e se se adapta a essa política e, a segunda, se o princípio legislativo honra a política.

A concepção de que o princípio legislativo é relevante nessas duas vertentes já traz a aceitação de defesa do Direito pelo princípio jurisdicional.

Contudo, há é de se questionar se a integridade se afasta, ou seja, se aquilo que reputamos de moralmente coerente se ajusta de acordo com a política de cada Estado. A tal indagação o autor responde lembrando que em um Estado Utópico a coerência estaria garantida já que ele é sempre perfeitamente justo e imparcial. Já na política comum a integridade deve ser tratada como um ideal independente, pois pode entrar em conflito com esses ideais de justiça e imparcialidade.³⁵

É que, nem sempre, tais virtudes (justiça e imparcialidade) seguem o mesmo caminho, não obstante alguns filósofos sustentarem que, em última instância, uma dessas virtudes deriva da outra. É assim que quando equidade e justiça conflitarem, quando a vontade da maioria restringir a da minoria, no exercício democrático, uma delas deve ser sacrificada à integridade.

Neste sentido, afirma que “nossas práticas políticas aceitam a integridade como uma virtude distinta” (como distintas são nossas origens e princípios) e usa o termo conciliatório

³⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz de Camargos. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 213.

no sentido de descrever Leis que mostram incongruências de princípios e que podem ser justificadas somente com base numa distribuição equitativa do poder político entre as diferentes facções morais (a questão do aborto, por exemplo), lembrando que as questões menores não suscitam tal preocupação, como distinções arbitrárias sobre certas questões (o zoneamento; que se proíba em certas zonas, e não em outras, o estacionamento em um dos lados da rua...). Contudo, quando está em jogo questões de princípios a divisão entre correntes de opinião são rejeitadas.³⁷

Tal raciocínio, contudo, segue um modelo diferente que privilegia cada ponto de vista assegurando voz no processo de deliberação, mas a decisão coletiva deve fundamentar-se em algum princípio coerente cuja influência se estenda aos limites naturais de sua autoridade sendo preciso chegar a um acordo sobre o sistema de justiça a ser adotado, no lugar de um sistema de justiça fundado em concessões.

Entretanto, o consenso quanto à justiça ou injustiça de qualquer solução conciliatória está longe de ser alcançado, como se dá, por exemplo, nas discussões pertinentes ao aborto, onde a comunidade pode estar de acordo com a proposta ao mesmo tempo em que diverge sobre quais das alternativas seria mais e menos justa. Aquele que tem convicção de que aborto é crime terá por suporte a argumentação de que a lei conciliatória produz mais injustiça que uma proibição e menos que uma autorização ilimitada. Aquele que o defende vai inverter essas opiniões.

Os dois lados, assim, têm uma razão de justiça para preferir que uma solução não seja conciliatória.

A questão passa pela procura de uma razão de justiça comum a todos para rejeitar antecipadamente a estratégia conciliatória.

Segundo Dworkin³⁸, não é suficiente dizer que a solução conciliatória é injusta por definição porque trata pessoas diferentes de modo diferente sem boas razões para fazê-lo, quando a justiça exige que os casos semelhantes sejam tratados da mesma maneira, já que no plano da justiça esta estaria sendo feita, mesmo ante ao tratamento diferenciado, pelo menos àquele que for por ele beneficiado, e se vale do seguinte exemplo para escorar essa assertiva:

Suponhamos que só nos seja possível salvar alguns prisioneiros da titânia; a justiça dificilmente vai exigir que não salvemos nenhum, mesmo quando apenas a sorte, e não um princípio, venha a decidir quem será salvo e quem continuará sendo torturado. Rejeitar uma solução conciliatória parece igualmente perverso quando a

³⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz de Camargos. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 216.

³⁸ DWORKIN. **op.cit.**, p. 219.

alternativa for o triunfo geral do princípio ao qual nos opomos. O acordo interno teria salvo algumas pessoas, arbitrariamente escolhidas, de uma injustiça que outros continuarão a sofrer, mas a alternativa teria sido não salvar ninguém. A esta altura, alguém poderia dizer: ainda que em certos casos as soluções conciliatórias possam parecer desejáveis por essa razão, seria melhor que rejeitássemos seu uso de antemão, pois temos razões para creditar que, a longo prazo, novas injustiças distintas serão criadas (e não evitadas) por essas soluções. Mas isso só seria uma predição plausível para os membros de uma maioria de opinião constante e consciente de si mesma, e, se tal maioria existisse, também existiria uma minoria consciente que teria opinião contrária.³⁹

No acordo interno (solução conciliatória) há uma situação de difícil digestão: a mesma solução que salvou alguns deles cria nova injustiça para aqueles que não foram contemplados com a sorte.

A solução conciliatória deve, pois, ser admitida tão somente como uma terceira possibilidade, abaixo da lei e da justiça, ante a possibilidade de inaplicabilidade e ineficácia de uma solução conciliatória específica, como no caso do aborto. Ao lado da justiça e da equidade deverá imperar a integridade.

Registra, que a solução salomônica adotada pelo Estado personificado não representa a coerência exigida pela integridade⁴⁰:

...dizemos que um Estado que adota essas conciliações internas age sem observar princípios, ainda que nenhuma autoridade que tenha votado pela conciliação (ou que a aplique) tenha feito alguma coisa que, a julgar seus atos individuais pelos padrões correntes da moral pessoal, não deveria ter feito. O Estado carece de integridade porque deve endossar princípios que justifiquem uma parte dos seus atos, mas rejeitá-los para justificar o restante. Essa explicação distingue a integridade da coerência perversa de alguém que se recusa a resgatar alguns prisioneiros por não poder salvar todos. Se tivesse salvado alguns, escolhidos ao acaso, não teria violado nenhum princípio do qual necessita para justificar outros atos. Mas o estado age desse modo quando aceita uma solução conciliatória salomônica; o que a integridade condena é a incoerência de princípio entre os atos do Estado personificado.

Com tal construção fica patente sua oposição, afirmando que as leis conciliatórias são as mais odiosas violações do ideal de integridade, já que este pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerentes.

A integridade é escarnecida sempre que uma comunidade estabelece e aplica Direitos diferentes que não podem ser defendidos em conjunto como expressão de princípios de justiça, equidade e o devido processo legal. Os Direitos fundamentais se aplicam a todos e não apenas a certa classe de cidadão ou mediante certa condição. As soluções conciliatórias, como visto, ferem de morte o Direito por negar a igualdade perante a lei.

³⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz de Camargos. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 221.

⁴⁰ DWORKIN. **op.cit.**, p. 223.

Uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma em uma forma especial de comunidade. Especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de sua força coercitiva. Ela protege contra a parcialidade, fraude e outras formas de corrupção oficial e contribui para a efetivação do Direito.⁴¹

Superados os questionamentos sobre os atrativos da integridade, surge a relação entre integridade e legitimidade moral do Direito, que conforme leciona é superado quando:

“uma concepção do Direito deve explicar de que modo aquilo que chama de Direito oferece uma justificativa geral para o exercício do poder coercitivo do Estado, uma justificativa só não se sustenta em casos especiais, quando algum argumento antagônico for particularmente forte...”⁴²

Esse intrincado procedimento deságua inexoravelmente no fator maioria/minoria, considerando o fato de que a maioria que elege um determinado regime dá a esse regime poder legítimo também sobre aqueles que votaram contra ele. Justifica-se a legitimidade de um Estado e o dever de obediência às decisões políticas que impõem deveres a todos, sendo inerente à prática política virtudes que lhe asseguram legitimidade e força moral capazes de submeter os cidadãos às suas decisões. Aí a integridade é fundamentalmente justificada, por que capaz de explicar a razão pela qual o Direito é a autoridade capaz de legitimar a coerção.

Argumentos filosóficos que buscam legitimar as democracias modernas invocam a existência de um acordo tácito que passa pela ideia de contrato social como meio de selecionar a melhor concepção de justiça no âmbito de uma teoria política utópica⁴³. Além desse acordo tácito há o dever de ser justo, onde as pessoas reconheceriam um dever natural de apoiar as instituições e o jogo limpo, onde: “se alguém recebeu benefícios na esfera de uma organização política estabelecida, tem também o ônus de aceitar suas decisões políticas, tenha ou não solicitado os benefícios ou consentido com o ônus de maneira mais ativa”, ou seja: “essas são as regras sob as quais você se beneficiou e é por elas que você deve pautar-se” (vê a política como uma espécie de jogo).

Desse contexto a melhor defesa da legitimidade política consiste no fato de que o Direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade sustentada em um modelo de princípios onde as pessoas se identificam como membros de uma comunidade política genuína aceitando que seus destinos estão fortemente ligados, que são governadas por princípios comuns e não

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz de Camargos. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 228.

⁴² DWORKIN. **op.cit.**, p. 231.

⁴³ DWORKIN. **op.cit.**, p. 233.

apenas por regras criadas por um acordo político onde constroem a concepção de justiça, equidade e justo processo legal em que todos são titulares de Direitos.⁴⁴

Numa sociedade moralmente pluralista esse terceiro modelo satisfaz todas as condições, trazendo responsabilidade cidadã, apesar dos outros modelos também trazerem argumentos ideais em vários sentidos.

3.2 Princípio da Integridade no Direito

O Direito, assumido como integridade, nega que suas manifestações sejam relatos factuais do convencionalismo voltados para o passado, ou programas instrumentais de pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. As afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro, ou seja, interpretam a prática jurídica (pragmatismo) contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.

Tal princípio, enquanto jurisdicional, exige que a Lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente, instruindo “os juízes a identificar Direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”⁴⁵.

Por tal razão, o Direito como integridade rejeita a questão de se os juízes descobrem ou inventam o Direito, já que para se entender o raciocínio jurídico os juízes fazem as duas coisas ao mesmo tempo.

Em se entender Direito como integridade, as proposições jurídicas serão verdadeiras se constam ou se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade⁴⁶, sendo o Direito (como integridade = visto como coerente) mais interpretativo do que o convencionalismo (que exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos para descobrir que decisão foi adotada pelas instituições às quais convencionalmente se atribui o poder

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz de Camargos. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 251/259.

⁴⁵ DWORKIN. **op. cit.**, p. 271.

⁴⁶ DWORKIN. **op.cit.**, p. 272.

legislativo) ou o pragmatismo (exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro, não interpretando a prática jurídica na sua totalidade).

Já a aplicação do Direito como integridade, privilegia-se tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração, ou seja, ao juiz caberá dar continuidade nesse processo de interpretação, interpretando o mesmo material que ele próprio já interpretara, em consonância com o dinamismo e necessidade de constante readequação do Direito.

Resta, então, perscrutar, sob a ótica interpretativa, se esse processo é bem feito pelo judiciário, já que a história é extremamente importante no processo interpretativo, de forma a possibilitar ao juiz o conhecimento da construção dos princípios que embasaram o Direito pretérito, mesmo não se exigindo coerência de princípio em todas as etapas criativas do Direito em suas gerações anteriores. A coerência de princípio há de ser mais horizontal do que vertical (evitando que se embasem em Direito já em desuso), concluindo que, sob o enfoque histórico, o Direito como integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determinar:

O Direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo “realismo”. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a Lei.⁴⁷

A interpretação criativa vai buscar sua estrutura formal na ideia de intenção que não se justifica na pretensão de descobrir os propósitos históricos específicos, mas porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando.

Nessa condição, é possível comparar o juiz, no processo decisório, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética, mas como crítico literário que destrinca as várias dimensões de valor em uma peça literária.

Os juízes são, pois, igualmente autores e críticos (interpretação criativa) quando de sua interpretação cria capítulos (numa projeção fictícia) que outros, em análise a casos semelhantes, apreciarão e criarão seu próprio capítulo de modo a fazer surgir, da melhor forma possível, um ‘romance’ em criação.

Para adequar ainda melhor essa comparação entre literatura e Direito, Dworkin cria um gênero literário artificial que denomina “romance em cadeia”, no qual um romancista, ou no caso, um grupo de romancistas, que escreve um romance em série, cada um com a atribuição de escrever um novo capítulo, precisa se valer do que é conhecido para embasar

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz de Camargos. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 274.

cada novo capítulo, que de forma sequencial dará lógica à obra, ou, como prefere, deve criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.

A interpretação que vier cada romancista a adotar estará sustentada em duas dimensões interpretativas.

A primeira é aquela que chama de dimensão de adequação, através da qual só se é possível adotar uma interpretação se decorrente da fruição natural do contexto pré-existente, devendo possuir um poder explicativo geral, não deixando sem explicação nenhum aspecto estrutural do texto, assim considerado em sua maior parte, admitindo-se, entretanto, a possibilidade da pré-construção textual não ter sido plenamente bem sucedida. Exige-se uma compatibilidade com o teor pré-existente.

A segunda dimensão de interpretação vai exigir que se escolha qual dessas leituras possíveis melhor se ajusta à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão.

Pela conjugação dessas dimensões ter-se-á um procedimento analítico útil que nos ajuda a dar estrutura à teoria funcional ou ao estilo de qualquer interprete. Entretanto, fica claro não poder se estabelecer uma distinção nítida entre a etapa em que um romancista em cadeia interpreta o texto que lhe foi entregue e a etapa em que ele acrescenta seu próprio capítulo.

O romancista em cadeia tem muitas decisões difíceis a tomar e pode-se esperar que diferentes romancistas em cadeia tomem decisões diferentes, mas tais decisões devem considerar o romance-em-execução, não podendo se considerar um eventual afastamento dessas diretrizes pré-existent.

Haverá, contudo, sempre a possibilidade do romancista adotar outro processo de interpretação, que não os até então abordados, que implique em desrespeito ao texto.

Com enfoque no Direito como integridade, o juiz ao analisar determinado caso, sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins e tais decisões devem ser consideradas como parte da história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor tratamento jurídico a ser dado ao caso pendente de análise.

De forma a contextualizar tais argumentos Dworkin cria Hércules⁴⁸, um juiz imaginário, capaz e paciente, que aceita o Direito como integridade. O juiz Hércules, nesse processo interpretativo, terá de assumir o caso concreto como único, reconstruí-lo para, a partir daí, empreender uma viagem rumo ao passado na busca da compreensão de como os princípios, em casos limítrofes àquele apresentado – e da forma então apresentada – vêm sendo interpretados, como textualmente afirma Chamon Jr⁴⁹, não significando que Hércules deva aplicá-los tal qual no passado, podendo, agora, realizar uma leitura que melhor se adequa aos princípios de ‘moralidade política’ a justificar a própria prática jurídica.

Nesse raciocínio os pontos de vista de Hércules poderiam ser questionados ao argumento de até que ponto os Direitos das pessoas dependem das razões que juízes anteriores apresentaram para seus vereditos, tendo em vista o cumprimento desses Direitos.

Transitando dentre as hipóteses plausíveis ao caso apresentado a Hércules, Dworkin⁵⁰ alerta que o Direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o Direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentarem de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.

Os juízes devem tomar suas decisões com base em princípios, não em política, e Hércules, partidário do Direito como integridade, apresentará argumentos que digam por que as partes realmente teriam Direitos e deveres legais ‘novos’ aplicados na época em que essas partes agiram ou em algum outro momento pertinente do passado.

A doutrina da prioridade local⁵¹, aplicada por Hércules, parte da constatação de que se as divisões do Direito fazem sentido para as pessoas em geral, elas estimulam a atitude de protesto que a integridade favorece, pois permitem que tanto as pessoas comuns quanto os juízes sob grande pressão interpretem o Direito dentro dos limites práticos que parecem naturais e intuitivos. Ela se explica no momento em que os limites entre as áreas tradicionais do Direito refletem princípios morais amplamente aceitos que diferenciam tipos diferentes de falta ou de responsabilidade, e o conteúdo de cada área reflete esses princípios.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz de Camargos. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 287.

⁴⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Geral do Direito Moderno**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 57.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz de Camargos. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 287.

⁵¹ DWORKIN. **op. cit.**, p. 302.

Entretanto, quando os limites tradicionais entre as áreas do Direito se tornarem mecânicos e arbitrários, quando a moral popular passar por uma modificação ou quando o conteúdo das divisões não mais reflète a opinião pública, não encontrará Hércules elementos para adotar a prioridade local. Hércules sabe que, em termos de princípios, o Direito está longe de ter uma coerência perfeita; que a supremacia legislativa dá força a algumas leis que, em princípio, são incompatíveis com outras e que a compartimentalização da lei, juntamente com a prioridade local, favorece a incoerência. Admite, ainda, que é possível encontrar um conjunto de princípios razoavelmente plausíveis para cada segmento do Direito que deva fazer vigorar, conjunto esse que se ajuste suficientemente bem para poder ser uma interpretação aceitável.

Fato é que as abordagens a serem feitas pelo julgador poderão descortinar uma gama enorme de questionamentos no que pertence às teorias da interpretação do Direito, bem como, mesmo que em questões pontuais, as relativas à interdependência/ interferência/ influência entre Executivo/Legislativo e Judiciário.

Na leitura de Dworkin, tanto os princípios quanto as regras têm força normativa, mas os princípios, ao contrário daquelas, diferem-se das diretrizes políticas já que garantem a possibilidade de garantia de um Direito individual e não meramente diretrizes políticas como meta coletiva ou partidária.

3.3 As Políticas e os Princípios

Dworkin⁵² ao estabelecer sua resistência ao positivismo, se vale dos aspectos regras, princípios e políticas como elementos marcantes de diferenciação e distanciamento daquele. Ressalta que ao raciocinar ou debater a respeito de Direitos e obrigações jurídicas os juristas, com ênfase nos casos difíceis, recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas como princípios, políticas e outros padrões, ao contrário do positivismo que, sendo um modelo composto de regras para um sistema de regras não possibilita tal leitura⁵³.

Os princípios (que indica todo o conjunto de padrões que não são regras: os próprios princípios, política e outros tipos de padrões) são utilizados para definir tipos de padrões que

⁵²DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Jefferson Luiz de Camargos. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35.

⁵³ DWORKIN. **op. cit.** p. 56.

não são regras e são compatíveis com os princípios democráticos. Política, nessa concepção, é o tipo de ‘padrão que estabelece um objeto a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade’.

um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio.⁵⁴

As regras sociais diferenciam-se dos princípios apesar de ambos apontarem para decisões particulares que envolvem obrigações jurídicas em circunstâncias específicas, mas distinguindo-se quanto à natureza da orientação que oferecem, já que as regras perfazem uma ideia de ‘tudo-ou-nada’ vinculada à validade ou invalidade, ou seja, sendo válida a resposta por ela ofertada deve ser aceita, sendo inválida, não contribui para a decisão. Já os princípios possuem uma dimensão que a regra não tem, a do peso ou importância que será levada em consideração quando estes se inter cruzam, situação na qual o julgador, ao solucionar o conflito, levará em conta a força relativa de cada um.

As regras, em contrapartida, se entram em conflito exigirá a verificação de validade e invalidade, impondo ao julgador saber qual delas é válida e qual será abandonada⁵⁵, exercendo sua livre escolha (poder discricionário) agindo para além do Direito para criar uma nova ‘legislação’, consagrando a inevitável conclusão de que, antes de proferir a decisão, nenhuma das partes tinha Direito.

3.4 As consequências do Direito como Integridade

Na aplicação do Direito como integridade, o juiz privilegia tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração, sendo que a história é extremamente importante no processo interpretativo, de forma a possibilitar o conhecimento da construção dos princípios que embasaram o Direito pretérito (mesmo não se exigindo coerência de princípio em todas as etapas de criação em suas gerações anteriores).

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz de Camargos. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

⁵⁵ DWORKIN. *op. cit.*, p 43.

Sob esse enfoque histórico, o Direito como integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determinar. Essas são as premissas com as quais Dworkin justifica o romance em cadeia, no qual a interpretação criativa vai buscar sua estrutura formal na ideia de intenção que não está atrelada na pretensão de descobrir os propósitos históricos específicos, mas de impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando.

É que, nessa condição, é possível ao juiz realizar, no processo decisório, a interpretação das várias dimensões de valor do Direito enfocado, mormente os princípios que o embasaram e a história sob a qual foram edificados.

Ao julgador, na condição de autor e crítico, nesse gênero denominado romance em cadeia, compete uma interpretação criativa daquilo pré-existente para a construção do 'romance em criação, sustentado em duas dimensões interpretativas, sendo, a primeira, a dimensão de adequação, através da qual se exige uma compatibilidade, no ato de interpretação, com o teor pré-existente. A segunda vai exigir que se escolha qual das leituras possíveis melhor se ajusta à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão, culminando, da conjugação dessas dimensões, um procedimento analítico útil.

Nesse contexto interpretativo criativo, o juiz Hércules, ao realizar tais questionamentos, assumirá o caso em análise como único, reconstruindo-o para, a partir de então, empreender uma viagem rumo ao passado na busca da compreensão de como os princípios, e não a política, poderão decifrar o Direito e a justiça da decisão a se proferida.

A teoria dworkiana impõe uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídicas, apresentando uma forma particular, construtivista, de interpretar o princípio hermenêutico, que se sustenta em três aspectos distintos: a tese da neutralidade, da assunção de um sistema jurídico autônomo fechado e da interpretação construtiva.

Na tese de neutralidade o discurso jurídico é independente da moral e da política no sentido de que os princípios morais e as finalidades políticas podem ser traduzidas para uma linguagem neutra do Direito e atreladas ao código jurídico, possibilitando sejam implementados, nas decisões sustentadas por princípios, argumentos de origem extralegal (considerações de aspectos pragmáticos, ético e moral). Desta forma, com base em casos precedentes, Dworkin aborda a forma como os juízes controlam situações indeterminadas por meio da análise das finalidades políticas e princípios morais, e tais justificações externas se

tornam possíveis por já ter o Direito vigente incorporado os conteúdos teleológicos e princípios morais de que se valeu o legislador político⁵⁶.

O segundo aspecto – sistema jurídico autônomo – tem na diferenciação entre Regras (normas concretas, já determinadas para uma aplicação específica...) e princípios (são gerais e carentes de interpretação – Direitos humanos, igualdade de tratamento etc.), a base para uma concepção adequada. Ambos – regras e princípios – são mandamentos (proibições, permissões) cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação. O julgador pode se valer tanto de regras quanto de princípios em sua decisão mas enquanto a regra atrai o componente ‘se’, ou seja, fica condicionada à condição específica de sua aplicação (tipo/adequação), os princípios surgem como uma pretensão de validade não específica (fruto de sua natureza geral e sua indeterminação de interpretação), exigindo, em consequência, um caso carente de interpretação para sua implementação. A admissão de princípios como componente normal do discurso jurídico implica em assumir não mais existir o problema do fechamento do sistema de regras (de um sistema autônomo, um sistema fechado de regras específicas) próprio do positivismo, tampouco o da não solucionabilidade de conflitos de regras⁵⁷.

3.5 O problema da discricionariedade

Para Dworkin⁵⁸, uma teoria geral do Direito deve ser, ao mesmo tempo, normativa e conceitual, devendo a parte normativa conter uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei capazes de tratar as questões a partir da perspectiva do legislador, do juiz e do cidadão comum⁵⁹.

A teoria da decisão judicial é complexa e apresenta duas vertentes distintas: uma ‘teoria da controvérsia’ “que estabelece os padrões que os juízes devem utilizar para decidir

⁵⁶HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**, Vol. I. Trad Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 257.

⁵⁷HABERMAS. **op. cit.**, p. 258.

⁵⁸DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Jefferson Luiz de Camargos. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. VII.

⁵⁹DWORKIN. **op. cit.**, p. IX.

os casos judiciais difíceis”⁶⁰ e outra da jurisdição, que explique e identifique a competência jurisdicional que legitime o juiz a decidir a controvérsia.

Dworkin⁶¹ pontua a dificuldade, a fragilidade da concepção que temos acerca da compreensão dos conceitos de Direitos e obrigações jurídicas, mormente quando este serve de sustentação para a satisfação de interesses opostos (qual dos lados está com a razão). Outra vertente levantada, agora focada na obrigação, questiona a razão de se denominar ‘obrigação jurídica’ aquilo que o Direito enuncia, suscitando a dúvida se, neste caso, ‘obrigação’ seria apenas um termo técnico que traduziria tão somente o enunciado da lei ou se relaciona com obrigação moral e, via de consequência, se é possível afirmar se possuímos as mesmas razões para cumprir nossas obrigações jurídicas como para cumprir nossas obrigações morais⁶²

Tais perplexidades causam embaraço quando nos deparamos com um problema específico que exige solução, ‘de uma maneira ou de outra’. Deparando-se o judiciário com tais provocações e mesmo estando ele sustentando por normas que antevejam situações semelhantes ou possíveis, mesmo sentindo o julgador estar fazendo o correto, enquanto não identificado os princípios que embasam tais ‘providências’ não poderá ele estar certo de que são eles suficientes ou se estão sendo aplicados consistentemente⁶³.

Ciente das diversas teorias e dos diversos teóricos, Dworkin⁶⁴ salienta que tais proposições estabelecem o delineamento tão somente do esqueleto do positivismo, sendo que a carne é distribuída de forma diversificada por diferentes positivistas, sendo que “alguns chegam mesmo a rearranjar os ossos”.

O nascimento da ideia de Direito, como exige a teoria positivista, só se dá quando se cria uma regra secundária fundamental que estipula como as regras jurídicas devem ser identificadas, chamada por Hart de ‘regra de reconhecimento’⁶⁵ que pode ser simples (“O que o rei decreta é lei”) ou complexa (uma constituição). A regra de reconhecimento, por sua vez, é identificada “pelo fato de seu domínio de aplicação dizer respeito ao funcionamento do aparato governamental composto pelo legislativo, pelos tribunais, pelos órgãos públicos, pelos policiais etc”. Admite, entretanto, que as regras jurídicas possuem limites imprecisos (o que chama de “uma textura aberta”) o que exige dos juízes, na análise aos casos

⁶⁰DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Jefferson Luiz de Camargos. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. IX.

⁶¹DWORKIN. **op. cit.**, p. 23.

⁶²DWORKIN. **op. cit.**, p. 24.

⁶³DWORKIN, **op. cit.**, p. 25.

⁶⁴DWORKIN. **op. cit.** p. 29.

⁶⁵DWORKIN. **op. cit.** . p. 33.

problemáticos, o exercício de seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação⁶⁶.

A oposição de Dworkin ao positivismo tem como ponto sensível a distinção entre regras e princípios, que culminará na conclusão de que, ao julgar, não possui o juiz Direito de criar novos Direitos, mas de descobrir quais são eles de acordo com o ordenamento jurídico.

O ponto central na questão reside no fato de que a definição positivista reduz o Direito um modelo de regras que permite ao juiz lançar mão do poder discricionário ao se deparar com sacos complexos, o que é inadmissível.

A clara oposição à discricionariade do juiz não impossibilita o julgador de encontrar uma resposta correta mesmo para os casos mais complexos. Tal poder discricionário, na concepção positivista, estabelece que, quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz o exercerá para decidi-lo mediante a criação de um novo item de legislação.⁶⁷ *Mutatis mutantis*, tal poder não existe quando o juiz se defronta com uma regra previamente clara e estabelecida. Tal ‘poder discricionário’ foi extraído da linguagem ordinária e seu conceito somente em um contexto encontra adequação perfeita, qual seja: “quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”⁶⁸.

Trata-se, de um conceito relativo que será afetado pelas características do contexto e não existe a não ser como espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições⁶⁹ e, não obstante o aspecto sob o qual se funda, não é equivalente à licenciosidade e não exclui a crítica,⁷⁰ exigindo, como em quase todas as situações nas quais age a pessoa, elevados padrões de racionalidade, equidade e eficácia.

A discricionariade é ponto central tanto da teoria positivista de Hart quanto da teoria dworkiana que a confronta, sustentado nas concepções de completude e incompletude da lei, nas distinções entre princípios e regras, bem como na existência de uma regra social ou de uma regra normativa de reconhecimento.

Razão assiste a Dworkin quando afirma que as decisões judiciais, ao tratarem basicamente de Direitos individuais ou de determinado grupo, para serem funcionalmente justificáveis, devem encontrar nos princípios importante elemento de justificação. Com tal

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Jefferson Luiz de Camargos. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35.

⁶⁷ DWORKIN, **op. cit.**, p. 50.

⁶⁸ DWORKIN, **op. cit.** p. 50.

⁶⁹ DWORKIN, **op. cit.** p. 51.

⁷⁰ DWORKIN, **op. cit.** p. 53.

concepção, na distinção entre princípios e política, é possível sintetizar o primeiro como sendo um valor aplicável ao indivíduo ou grupo, considerando este como um fim em si mesmo, ao passo que é papel da política a implementação ou proteção de algum ‘bem’ coletivo, vinculado a comunidade como um todo.

Também as regras sociais (alguém ‘deve’ ou ‘não deve’ fazer algo; alguém tem uma ‘obrigação’ ou um ‘dever’ de fazer algo) distingue-se do Direito por não ser característica deste enumerar o que os particulares devem ou não fazer, como também não aconselha os juízes e outras autoridades sobre decisões que devem adotar.⁷¹ O que faz o Direito é determinar o dever a ser cumprido, que deverá privilegiar e fazer valer certos padrões. Admissível, entretanto, a possibilidade de, em alguns casos, o juiz não ter dever de decidir desse ou daquele modo, possuindo o poder discricionário, mesmo que seja difícil para a teoria jurídica explicar tais deveres do juiz, mormente quando se leva em consideração o fato de que o conceito de Direito “parece pressupor, que os juízes têm um dever de seguir o Poder Legislativo ou a constituição”.

É perceptível que tanto Dworkin quanto Hart concordam que a regra social proposta pelo segundo exaure-se. Para Hart, tal exaurimento da lei culminará na aplicação da discricionariedade em sentido forte pelo juiz, momento em que tem início outra fase de um sistema bifásico (ultrapassada a fase institucional busca-se a segunda, a convencional, onde a lei é criada pelo juiz), enquanto para Dworkin tal exaurimento representa um lapso na teoria da regra social.

Na crítica de Dworkin à teoria da regra social de Hart são elaboradas duas versões (uma forte, outra fraca) que possuem sustentação no sistema bifásico. No sentido forte, invocar a existência de um dever representa reconhecer a existência prévia de uma regra social e a necessária aceitação dessa regra. Nessa vertente, com o exaurimento da regra social surgirá uma lacuna na qual o juiz poderá exercer a discricionariedade em sentido forte, onde decidirá mesmo na ausência de norma e forma, ou seja, não estaria jungido a qualquer dever legal quanto à forma de decidir.

Assim, tem-se que a primeira fase do sistema pressupõe a existência da lei, na qual apenas em sentido fraco poderia o juiz usar de discricionariedade, enquanto que na segunda fase, na ausência da lei, o uso da discricionariedade no sentido forte seria imprescindível. A regra de reconhecimento de Hart, pois, traz alto grau de incerteza e injustiça por possibilitar

⁷¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Jefferson Luiz de Camargos. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.78.

ao juiz usar de seu alvedrio para decidir, quando deveria estar sustentado em regras claras e prévias, possibilitando a necessária segurança jurídica.

O sistema monofásico proposto por Dworkin não admite as duas fases, refutando a segunda que permite o uso da discricionariedade em sentido forte. Pelo sistema monofásico não se admite uma regra de reconhecimento de pedigree (que irá estabelecer qual de duas justificações diferentes, oriundas das instituições políticas, é superior à outra),⁷² encontrando sua justificação nos dispositivos legais, nos costumes, precedentes e princípios convencionais e filosóficos, e, por esta razão, por não se limitar a aspectos históricos e institucionais é que alcança os casos difíceis. Esses princípios conduzirão a uma melhor sorte que a adoção da discricionariedade, posto que embasarão uma decisão mais harmônica com o acertamento do Direito buscado no processo, já que não têm caráter de tudo-ou-nada de que é portadora a regra social.

⁷²DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Jefferson Luiz de Camargos. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 106.

4. FONTES DO DIREITO NO ATO DE INTERPRETAÇÃO LIGADA À PRÁXIS JURÍDICA

A aplicação da norma, sua transposição da ficção para o concretude do fato no exercício da interpretação jurisdicional, estabelecidos os pressupostos de sua validade e legitimidade, é tarefa que exigirá, ainda, uma complexa engenharia jurídica.

Ultrapassadas as abordagens quanto à validade da norma, é imperativo que seu intérprete, aquele incumbido de dirimir os desacertos individuais e coletivos, se valha, ao proceder a entrega da prestação jurisdicional, de critérios válidos, distanciando-se, ressalte-se, do radicalismo do positivismo.

De crucial importância, assim, sejam perscrutadas as fontes do Direito positivamente anunciadas como também aquelas que não estejam reduzidas à legislação, mas que se anunciam como elementos de integração da norma e que, na legislação pátria, encontra positividade nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942, *in verbis*:

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito.

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Tais preceitos nos conduzem à percepção de que uma análise jurisdicional será capaz de superar as dificuldades surgidas em decorrência de eventuais ‘lacunas’ do Direito. Entretanto, uma moderna interpretação do Direito não pode encontrar obstáculo nas limitantes hipóteses consagradas na Lei de Introdução ao código Civil.

Os dados até então colhidos nos permite afirmar que é na validade da norma mais a sua adequação, alcançada argumentativamente, que se encontrará a solução. Assim, em princípio, até se alcançar os fatos em sua inteireza, de forma a particularizá-lo, todas as normas válidas são aplicáveis.

No pertinente às lacunas, Chamon⁷³ afirma que não se pode ultrapassar eventuais lacunas com a articulação de simples “métodos hermenêuticos” por não reunirem condições de superar “as dificuldades que uma leitura convencionalista do Direito coloca á prática jurídica.”

⁷³CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. Contribuições a uma Reconstrução da Dogmática Penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 7.

De se perquirir, então, sobre os limites da discricionariedade e sua constitucionalidade face à moderna concepção do Direito. Buscamos em Chamon⁷⁴ a síntese de tal resposta: “Afinal de contas, quais os pressupostos normativos que a Modernidade força o Direito a cumprir na construção e reconhecimento de sua própria legitimidade?”

Somente uma adequada Teoria da Argumentação Jurídica, orientada à realização e à efetivação dos princípios do Estado Democrático de Direito, bem como dos Direitos fundamentais, e justificada a uma melhor luz na reconstrução de traços distintivos do discurso jurídico da Modernidade, é capaz de fornecer elementos sustentáveis na superação dos percalços que uma tradicional teoria das Fontes coloca à práxis jurídica.

Decorre de tal assertiva que não se pode adequadamente considerar o que seja “fonte de normatividade” do Direito sem a pressuposição de uma teoria da Argumentação Jurídica, e vice-versa.

Para superar tais dificuldades e alcançar uma adequada compreensão acerca do Direito, adequando tal exercício à *praxis* do sistema jurídico-normativo moderno, indica o Autor:

Significa dizer que o que deve ser resolvido reflexivamente são os assentados pressupostos a serem assumidos criticamente na compreensão e operacionalização do Direito da Modernidade, em prol de uma prática social normativa capaz de levar a sério dimensões do agir determinantes de sua racionalidade e legitimidade, pois.⁷⁵

Ressalta, ainda, que o verdadeiro problema surgido nas chamadas ‘lacunas do Direito’ reside exatamente na adequada compreensão e prática do Direito Moderno e de seu constitucionalismo, da função jurisdicional e, por conseguinte, da separação dos poderes, bem como questões concernentes à democracia e à legitimidade, pois, do próprio Direito.

Como bem ressaltado por Chamon, é preciso superar o convencionalismo interpretativo do Direito e assumir seu caráter principiológico e argumentativamente aberto, não se perdendo de vista o fato de que a modernidade do estado democrático de Direito impõe uma adequada interpretação/compreensão não só da fonte legislativa (e aqui é impossível não se buscar Dworkin), mas também da compreensão de que, na práxis jurídica, a função jurisdicional está umbilicalmente vinculada a critérios interpretativos que alcancem a legitimidade que, por sua vez, estará arrimada na ideia de democracia.

... que se colocam juntamente com o problema das lacunas questões extremamente íntimas ao próprio Direito, como a relação deste e sua aplicação jurisdicional, a

⁷⁴CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 5.

⁷⁵CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 7.

relação entre legislação e Direito, entre coação e liberdade, bem como, à época, a relação entre Direito positivo e Direito natural.⁷⁶

E, neste aspecto, o reconhecimento da existência de lacunas no Direito não leva à conclusão de que o julgador, no exercício da jurisdição, tenha de decidir sem uma norma de Direito positivo, ou seja, que na impossibilidade de encontrar norma escrita tenha de criar um Direito individual, mesmo porque sua função não é a de criar normas, mas que, no Direito pátrio, encontra no artigo 126, da Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, um insuperável dever/proceder:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de Direito.

De se registrar também o artigo 127 que estabelece que somente nos casos previstos em lei poderá o juiz decidir por equidade.

O Estado, pois, tem o dever/poder de declarar e realizar o Direito, fazendo-o por meio do Poder Judiciário que, por intermédio de seus juízes/intérpretes/aplicadores (independentemente do grau de julgamento - decisões monocráticas ou colegiadas – e da distribuição funcional – justiça comum, Varas Cíveis, criminais..., Justiça Federal,...) exerce o monopólio do poder de dizer o Direito: o poder jurisdicional.

Possui a jurisdição, como princípios:

- ✓ Do juiz natural ou da investidura - ela somente pode ser exercida por juízes ou órgãos colegiados expressos na Constituição.
- ✓ Da improrrogabilidade - é a constituição que trata dos limites da jurisdição, sendo vedado ao legislador ordinário restringi-lo ou ampliá-lo.
- ✓ Da indeclinabilidade ou inafastabilidade - uma vez provocado o judiciário, não poderá se eximir de dirimir o conflito ou delegar a outro essa função.

Portanto, o que faz o artigo 126, do CPC é consagrar os princípios aplicáveis à jurisdição, notadamente o da indeclinabilidade.

Contudo, não é a exigência de ter o intérprete/aplicador que apresentar uma prestação jurisdicional que o levará a conceder ou não conceder de qualquer forma, como fruto da imperatividade legal que o impede de se eximir de sentenciar.

⁷⁶CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 8.

De igual importância lembrar que não é o fato de não se encontrar uma resposta clara na norma, num primeiro momento, que impedirá o exercício do Direito subjetivo de ação, na busca do acerto do Direito violado que, ao final, exigirá a atuação da jurisdição.

Chamon sintetiza tais problematizações:

Antes, e por mais que não tivéssemos qualquer dispositivo legal que determinasse a impossibilidade de se decretar o *non liquet*, ainda assim poderíamos concluir pela exigência normativa de que todo e qualquer caso deve apresentar sempre uma resposta capaz de ser assumida como a única resposta adequada àquele caso. Trata-se de uma questão interna ao sentido principiológico do Direito da Modernidade, e não de uma simples “convenção” expressada em um processo legislativo – embora essas mesmas convenções apresentem-se como referenciais interpretativos na reconstrução do sentido normativo do Direito moderno. Aliás, é somente assim que podemos superar a questão entre “coerência” e “completude”, não com referências a um sistema convencionado de normas, das quais BOBBIO, inclusive, mas não só ele, parte, mas sim tomando por base a compreensão do Direito como um sistema principiológico.⁷⁷

Chamon, ao visitar as diversas justificativas que se dedicam a explicar a “Teoria do Discurso”, nos traz a necessária elucidação, à luz da modernidade:

... Não há lacunas quando se assume o Direito, e o compreende à melhor luz, como um sistema idealmente coerente de princípios. O que resta em jogo aqui não é qual teoria sobre as lacunas no Direito deve ser assumida como melhor; o que está em questão é que a teoria das lacunas no Direito é completamente suplantada quando se assume uma teoria da Argumentação Jurídica capaz de responder às inúmeras indagações que uma teoria das Lacunas levanta, mas não consegue responder. Assim é que teoria das Lacunas devora a si mesma, a partir dos próprios questionamentos que suscita.⁷⁸

Tais questões são relevantes na problematização e solução do tema da discricionariedade jurisdicional e aos recursos disponibilizados aos intérpretes para a formação de seu convencimento e adequação do fato à norma/princípio aplicável ao caso, já que, como é uníssono, cada caso deverá ter sempre uma solução, mesmo quando turva se tornar a norma.

O ‘proceder adequado’ da atividade jurisdicional de aplicação do Direito ante as dificuldades que rondam essa prática na modernidade, deve ofertar uma compreensão democrática do exercício da atividade jurisdicional livre de atavismos de autoridade e naturalizantes, pois a interpretação do Direito deve partir não da ótica de uma racionalidade instrumental, mas sim de uma ótica comunicativa, ofertando, portanto, uma leitura capaz de

⁷⁷CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 15-16.

⁷⁸CHAMON JUNIOR. *op. cit.*, p. 16.

enfrentar o pluralismo interpretativo de forma a garantir, a um só tempo, a força normativa e a democracia⁷⁹.

O Direito não pode ser assumido de maneira aproblemática como aquilo que os juízes decidem que ele seja, já que não se concebe seja sua aplicação arbitrária, sob um viés decisionista como proposto por Kelsen, não podendo ser assumido, no marco de sua legitimidade moderna, como um ‘sistema de regras’ capaz de prever todas as hipóteses de aplicação⁸⁰.

Com base em tais premissas é importante citar Chamon⁸¹ que com propriedade lembra que o Direito é, antes de tudo, um sistema de princípios e não de normas convencionadas, exigindo que para todo caso concreto haja sempre uma única “leitura que possa ser assumida como uma melhor resposta para aquele caso”, sendo que a ‘melhor resposta’ não pode ser assumida a partir de uma leitura valorativa (axiológica) que leve à concepção do que seria “melhor resposta para uma parte, ou à outra, ou mesmo ao juiz”, mas sim em face da ‘praxis jurídico-moderna’.

O caráter discursivo, presente na possibilidade dos diferentes pólos e dos diferentes interesses discutidos no processo argumentarem a contra-argumentarem livremente sobre as questões objeto de discussão culminam, inclusive, na possibilidade de surgimento de propostas interpretativas diferenciadas, de uma pluralidade de leituras. Essa diversidade de leituras possíveis, entretanto (tanto dos fatos quanto das normas) não conduzem à assunção de igual validade de todas elas, pois sempre haverá uma, dentre as demais, que poderá ser assumida como “a melhor leitura, a leitura adequada àquele caso⁸²”.

Essa dubiedade não pode ser superada pela escolha da decisão política, tal qual encontramos em Kelsen, já que, como sistema de princípios, há que ser ponderada a diferença entre discursos de justificação e discurso de aplicação das normas jurídicas.

Os argumentos éticos, morais e pragmatistas, apesar de necessários e absolutamente importantes para a formação do convencimento do juiz, não podem ser determinantes na sua aplicação já que

...Um juiz, em sua função jurisdicional, não pode decidir pela aplicação de uma determinada leitura normativa porque esta se perfaz boa” (“interessante”, ou “não”), porque permite, ou não, atingir determinadas finalidades, em uma eleição de

⁷⁹CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 229.

⁸⁰CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 230.

⁸¹CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 230.

⁸²CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 231.

“prioridades”, ou em face da “justiça” ou “injustiça” que referida leitura seja capaz de permitir.”⁸³

A adoção de tais argumentos pelo juiz, em sua decisão, como ponto central de sua fundamentação, implicaria na assunção de uma postura axiológica e política, como também moral, o que não é condizente com o necessário exercício de busca da resposta “capaz de ser assumida como “a adequada ao caso,”⁸⁴ cuja construção e validade se dá dentro dos princípios democráticos de se assegurar, na práxis jurídica, as liberdades subjetivas a todos.

A concepção de Chamon⁸⁵ acerca de “o que o Direito é” esclarece que o fato de a concepção do Direito como sistema de princípios não apresentar, desde sempre, uma “receita” pronta para a interpretação dos casos e do Direito não significa que não seja possível construir soluções e respostas caso a caso. O que não se permite é pretender interpretar o Direito como um ‘sistema de regras’, convicto de que as normas convencionalmente firmadas esgotam os seus sentidos normativos, deixando ao arbítrio de uma “permissão negativa” situações então não convencionadas a serem, pois, superadas discricionariamente (Kelsen)⁸⁶.”

Somente a compreensão do Direito como sistema de princípios é capaz de garantir uma única decisão adequada para todo e qualquer caso possível a partir de uma re-interpretação dos princípios em face de cada caso, ou seja, para cada caso há uma resposta adequada que é construída pelos atores no processo (as partes que compõe seus pólos ativo e passivo), sendo que cada processo é único, com suas próprias particularidades assumidas como relevantes pelas partes.

O Direito, desde sempre, vem se construindo e a cada momento apresenta uma nova etapa de construção, como no ‘romance em cadeia’ de Dworkin, que assegura a assimilação de novos, mesmo que complexos casos, que respeitando a coerência construirá a resposta numa nova construção que jamais poderá significar a “criação” ou a “invenção” de uma norma, ainda que justa.

Para Chamon, os convencionais critérios de interpretação, consagrados pela norma adjetiva civil – art. 126 do CPC -, notadamente no concernente às fontes de interpretação, estão a merecer uma melhor adequação.

Para explicar a origem dos princípios jurídicos o Autor lembra que sendo o Direito uma prática argumentativa, socialmente regida, em sua racionalidade, por um ideal de ação

⁸³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 232.

⁸⁴ CHAMON JUNIOR. **op. cit.** p. 232.

⁸⁵ CHAMON JUNIOR. **op. cit.** p. 230.

⁸⁶ CHAMON JUNIOR. **op. cit.** p. 238.

comunicativa orientada ao entendimento, foi-se construindo, e se reconstruiu na modernidade, alicerçado nos princípios da liberdade da igualdade.⁸⁷

O Direito surge do desenrolar dessa praxis argumentativa própria do projeto de modernidade. Os princípios nada mais são que sentidos normativos interpretáveis em consonância a essa prática social em movimento constante⁸⁸.

Tal como hoje existem novos Direitos que há vinte anos não existiam, por certo que para o futuro está aberto o reconhecimento de outras novas questões. Apesar da relevância da constituição enquanto sistema normativo, por ser referência do sentido de uma prática jurídica de uma determinada comunidade política moderna, para que ela cumpra seu papel deve ser entendida como prática comunicativa (hermenêutico-reflexiva) desenvolvida por essa comunidade e orientada ao projeto de Direito da modernidade. A constituição, assim assumida como uma prática, acaba por se confundir com sua força normativa inesgotável (porque a todo novo caso a assunção do projeto constitucional moderno permite concluir por qual leitura, das possíveis apresentadas, é a leitura correta)⁸⁹.

Por tal razão, somente o Direito pode ser fonte do próprio Direito, contudo, em um sentido completamente diferente daquele adotado por Kelsen, pois as razões podem ser “reconstruídas à luz do projeto normativo do Direito da Modernidade no sentido de assumir sua compreensão como um sistema idealmente coerente de princípios”. Assumida a “fonte de normatividade” como referência a elementos que permitem reconstruir o sentido e o juízo de legitimidade das normas, a única conclusão possível é que somente existem fontes de normatividade no Direito⁹⁰.

Possível, pois, se afirmar que não há lacunas no Direito, da mesma forma que não há ‘espaço jurídico vazio’ porquanto o Direito como sistema de princípios exige um sentido de completude que não poderá ser encontrado nas propostas convencionalistas e pragmatistas que a buscam na ‘vontade do legislador’ e na ‘analogia *legis* ou *iuris* sua integração’⁹¹.

Admitindo-se a inexistência de lacunas no Direito corolário lógico será a admissão de que também os costumes e a jurisprudência não podem ser utilizados como fontes deste. Os costumes, por não ser admissível fazer surgir normas jurídicas da mera faticidade, ou seja, eles não criam normas e, por consequência, não pode ser referencial de que a interpretação

⁸⁷ CHAMON JUNIOR. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 245.

⁸⁸ CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 245.

⁸⁹ CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 246.

⁹⁰ CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 246.

⁹¹ CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 247.

dos ideias de liberdade e igualdade como uma maneira de atualização do sentido normativo do Direito a ser aceita por todos os concidadãos. A jurisprudência porque sua admissão equivale a admitir a possibilidade de uma discricionariedade jurisdicional⁹².

A partir do momento em que se assume o Direito como um sistema de princípios em seu ideal de coerência normativa, não tem sentido se afirmar que uma determinada decisão jurisdicional de daria em uma “zona cinzenta” entre o que seria “produção legislativa” e aplicação do Direito”, posto se tratar de uma ‘claríssima zona de esforço interpretativo-constitucional capaz de trazer à tona argumentos também empregados pelos cidadãos em sua luta em face do sistema da política, mas que aqui somente podem ser encarados normativamente. Trata-se, assim, de um exercício da jurisdição que seja adequado ao sentido de fonte de normatividade referente ao próprio Direito’⁹³.

Como um sistema de princípios, e não de normas convencionadas, o processo de interpretação, ao exigir uma melhor leitura, aquela adequada ao caso, não suportará arbitrariedades ou a possibilidade do exercício da discricionariedade por parte do julgador, o que será enfrentado a seguir.

⁹² CHAMON JUNIOR. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 249.

⁹³CHAMON JUNIOR. **op. cit.** p. 254 e 255.

5. O JUIZ COMO ELEMENTO DE REALIZAÇÃO INTERPRETATIVA DO DIREITO: DISCRICIONARIEDADE EM QUESTÃO NA ÓTICA DE HABERMAS

A missão do juiz, na aplicação do Direito ao caso levado à sua apreciação, vai além da busca do resultado possível (do limite da moldura do Direito imaginada por Kelsen), devendo alcançar o resultado que seja o mais correto. Essa foi a ‘pedra de toque’ para a superação do positivismo, como única forma possível de interpretação evidenciando que há várias possibilidades de se interpretar uma norma, da mesma forma que é possível distintas interpretações à mesma norma.

Já no nascedouro, ao legislar, produz-se, via de regra, padrões gerais de conduta que irão se aplicar indistintamente a todos. Esses padrões terão na sua particularização, a possibilidade de encontrar o adequado equilíbrio que solucione os interesses conflitantes. Assim, os conflitos serão, na dosagem recomendada para cada caso, analisados de acordo com suas circunstâncias específicas e especiais, para, ao final, evidenciar não a resposta possível, mas única solução cabível.

Mesmo Kelsen assumia uma relativa indeterminação das normas gerais quando aplicadas ao caso concreto (mas limitando a interpretação ao resultado possível), sendo que quanto mais geral for a norma, maior será a indeterminação e maiores serão as possibilidades de solução, de adequação ao caso concreto.

Entretanto, o exercício de tal dever não apresenta solução tão singela, porquanto deve ser sopesada a questão da discricionariedade e se está o juiz dela investido. As teorias contemporâneas têm neste ato de interpretação judicial um de seus principais tópicos de discussão.

Encontramos, nos modernos pensadores um ponto comum: é preciso oferecer alternativas ao formalismo positivista que se preocupe também com a correção da aplicação do Direito. Tais teorias trazem, em comum, o fato de serem, em certa dose, procedimentais.

Gomes,⁹⁴ ao abordar tal questão, assim define essa característica:

Emprego aqui o termo procedimental em sentido amplo, para denotar teorias que não afirmam dogmaticamente a existência de uma ordem material superior e nem se limitam ao formalismo exacerbado. Nelas, em maior ou menor medida, a validade do Direito está em seu procedimento de produção; logo, a correção judicial,

⁹⁴GOMES, Alexandre Travessoni. Fundamentação do Direito e Argumentação Jurídica: A proposta de Alexy. *in*: COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MELO, Cleyson de Moraes. **O Fundamento do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008. p. 302.

problema legado pelo Positivismo, estará também em seu procedimento de produção....

5.1 A contribuição de Habermas

Habermas⁹⁵ numa visão macro, ressalta que os princípios do Estado de Direito e os Direitos fundamentais são próprios das constituições históricas e sistemas políticos e são interpretados e incorporados no ordenamento jurídico concreto por intermédio do Direito Constitucional ou da realidade constitucional das instituições e processos políticos vigentes, sendo, ainda, objeto da ciência política e do Direito internacional comparado. Porquanto as ordens jurídicas concretas não estão sustentadas unicamente em variantes distintas da realização dos mesmos Direitos e princípios, mas também pelos diferentes paradigmas jurídicos.

Um paradigma jurídico só consegue explicar o modo como os princípios do Direito e os Direitos fundamentais contextualizam as funções que lhes são atribuídas normativamente quando se tem em mente um modelo de sociedade contemporânea, ‘um modelo social do Direito’. Desse modo, o modelo traz em si uma teoria social do sistema jurídico que o paradigma de Direito informa, portanto como os Direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito devem ser entendidos e realizados socialmente⁹⁶.

Para Habermas, a teoria do Direito, ao contrário das teorias filosóficas da justiça, extrai seus dados do Direito vigente, leis, casos precedentes, doutrinas dogmáticas, contextos políticos da legislação, fontes históricas etc., e, por consequência, a teoria do Direito não pode desprezar os aspectos que derivam do nexos interno entre Direito e poder político, notadamente no que se refere à permissão jurídica para o emprego da força legítima por parte do Estado⁹⁷.

O Direito moderno tem como origem um legislador político, o que garante legitimidade às leis, sendo imposto pela ameaça de sanções estatais. As normas assim derivadas, aceitas, encontram sua legitimidade no reconhecimento que é lastreado em um acordo motivado racionalmente, estabelecido nos termos do princípio do discurso: “São

⁹⁵HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Vol. I, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁹⁶HABERMAS. *op. cit.*, p. 241 e 242.

⁹⁷HABERMAS. *op. cit.*, p. 244.

válidas aquelas normas com as quais todas as pessoas possivelmente afetadas pudessem concordar enquanto participantes de discursos racionais”⁹⁸

Os desacertos que por certo derivarão da igualdade de direitos subjetivos a todos terão, na funcionalidade da jurisdição, o local onde apontarão as pretensões reclamáveis judicialmente. Essa perspectiva jurídica deriva-se da união da teoria do Direito e a dogmática jurídica, que encontra no processo judicial o “ponto de fuga para a análise do sistema jurídico”⁹⁹.

A teoria do Direito, nesse diapasão, demonstra extrema complexidade já que não abrange tão somente a legislação e a administração do Direito, mas também o sistema jurídico em sentido amplo, se distinguindo da dogmática por possuir a pretensão de produzir uma “teoria a ordem jurídica em sua totalidade”.

Conforme lição de Habermas¹⁰⁰, a teoria do Direito é, em primeira linha, a teoria da jurisdição e do discurso jurídico, revelando existir uma tensão entre facticidade e validade, manifesta na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas. De forma a buscar entendimento acerca do problema da racionalidade da jurisdição, destaca formas distintas de interpretações do Direito que preveem diferentes soluções quanto ao problema.

5.2 A relação Hermenêutica, realismo e positivismo

Na primeira – Hermenêutica, realismo e positivismo -, para que uma teoria da justiça diretamente normativa tente justificar princípios para a construção de uma sociedade ordenada, há que se enfrentar o problema da relação entre ideia e realidade, já que o que constitui o problema final de uma teoria já pronta passa a ser o problema inicial de uma teoria do Direito que opera no âmbito do Direito vigente. O Direito vigente garante a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado, o que traz segurança jurídica. Noutra vertente, os processos racionais da normatização e aplicação prometem a legitimidade

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 107.

⁹⁹HABERMAS. **op. cit.**, p. 244.

¹⁰⁰HABERMAS. **op. cit.**, p. 245.

das expectativas de comportamento, ou seja: “as normas merecem obediência jurídica e devem poder ser seguidas a qualquer momento, inclusive por respeito à lei.”¹⁰¹.

Quando se busca a prática da decisão judicial, as duas garantias devem ser resguardadas simultaneamente. Contudo, transformar os conflitos em pretensões judiciais, exigindo-se dos tribunais o exercício do poder jurisdicional, por meio da ação, é somente o início de uma caminhada que exigirá, para uma prestação jurisdicional que cumpra sua função social de integrar a ordem jurídica e da legitimidade do Direito, na emanção do acertamento do Direito pelo judiciário, a satisfação das condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente.

Contudo, nem sempre ambas estão de acordo, o que exigirá a introdução de duas séries de critérios na prática da decisão judicial: o princípio da segurança jurídica e a pretensão à legitimidade da ordem jurídica. O primeiro exige decisões conscientes, moldada nos limites da ordem jurídica estabelecida, o que faz o Direito vigente parecer um “emaranhado intransparente de decisões pretéritas do legislador e da justiça ou de tradições do Direito consuetudinário” que será a base da prática a decisão. A outra série de critério, que diz respeito à pretensão à legitimidade da ordem jurídica, implica em aceitar que as decisões não podem limitar-se a concordar com o tratamento dado a casos semelhantes pretéritos e no sistema jurídico vigente, já que não encontrariam, desta forma, fundamentos de modo a serem aceitas como decisões racionais¹⁰².

Habermas cuida de justificar tal impossibilidade ao afirmar que: “Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos. Nesta medida, as fundamentações têm que emancipar-se das contingências do contexto de surgimento.”¹⁰³

O problema da racionalidade da jurisdição está, então, na habilidade de se garantir, simultaneamente, ao aplicar um Direito, a segurança jurídica e a correção. Partindo-se da concepção de que o Direito natural não é opção nessa construção, porquanto simplesmente subordinava o Direito vigente a padrões ‘suprapositivos’, surge a necessidade de serem discutidas alternativas para a questão. Habermas o faz mediante o estudo dos três aspectos já referenciados, que são: a da hermenêutica, do realismo e do positivismo jurídico.

¹⁰¹. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 246.

¹⁰²HABERMAS. **op. cit.** p. 246.

¹⁰³HABERMAS. **op. cit.** p. 246.

A hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação que tem como ponto de partida uma pré-compreensão valorativa capaz de estabelecer uma relação entre ‘norma e estado de coisas à luz de princípios comprovados historicamente’, sendo capaz de resolver, no âmbito da teoria do Direito, o problema da racionalidade da jurisdição por meio da inserção contextualizada da razão no complexo histórico da tradição, porquanto a racionalidade de uma decisão judicial também deve ser medida pelas “sabedorias jurisprudenciais que antecedem a Lei.”¹⁰⁴

5.3 O realismo legal

No realismo legal, a prática hermenêutica jurídica, que tem o condão de relativizar a própria lógica do Direito através da ‘inserção numa tradição’, desaparecerá completamente sob uma ‘descrição realista’ do processo de aplicação do Direito, pois, sob a ótica do realismo legal, não é possível se realizar uma distinção clara entre Direito e política.

Sob o enfoque da realidade, mesmo se admitindo existir uma base ética dominante, ainda mesmo que aprimorada por interpretações, não será possível oferecer uma base suficientemente convincente para a validade das decisões judiciais, face à característica plural da sociedade moderna que encontrará na difusão de estilos e princípios, ideologias e preconceitos, elementos desagregadores da necessária validade e legitimidade da decisão.

Apesar da teoria jurídica realista não contestar o valor descritivo da metodologia hermenêutica, chega a uma avaliação diversa no que concerne à pré-compreensão que orienta esse processo de interpretação. Fatores externos, extrajurídicos, que possuem origem em análises empíricas, acabam sendo usados pelos juízes por lhes permitir prever histórica, psicológica ou socialmente as decisões, surgindo, por razões óbvias, a descrença a tal princípio, justificável, ainda, no fato de que sendo possível prever o resultado de um processo judicial por conta dos interesses, enfoques políticos e até mesmo por particularidades pessoais e de formação dos próprios juízes, a prática de decisão não mais será determinada por

¹⁰⁴HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 248.

procedimentos próprios do caso e do fundamento do Direito, ou seja, com base em um sistema de normas prévia e suficientemente determinadas¹⁰⁵.

Na prática da teoria realista o claro afastamento da garantia da segurança do Direito vai determinar a renúncia, por meio da jurisdição, à pretensão de harmonizar as expectativas de comportamento.

O positivismo jurídico, que tem em Kelsen e Hart os principais interlocutores, ao contrário da teoria 'realista do Direito', busca a legitimação da decisão judicial e da estabilização das expectativas longe das tradições éticas. Por meio dele a decisão independe da política por estar sustentada num sistema de regras. Também se diferencia da interpretação hermenêutica por não contemplar a adoção de princípios não jurídicos, posto que a regra fundamental existente dirá quais normas pertencem ou não ao Direito vigente que sustentará a decisão, não sendo esta regra fundamental passível de uma justificação racional¹⁰⁶.

Por razões óbvias as três teorias de interpretação não se sustentam. É em Dworkin que Habermas vai encontrar uma melhor adequação na tentativa de evitar as falhas das propostas hermenêutica, realista e positivista, por encontrar em sua teoria elementos que, por se valer de Direitos concebidos deontologicamente, irá possibilitar a prática de decisão judicial que satisfaça, simultaneamente, as exigências da segurança do Direito e da aceitabilidade racional.

Habermas, no entanto, alerta para o fato de que os conteúdos morais traduzidos para o código do Direito "passam por uma transformação jurídica de seu significado". A moral, exercendo o papel de 'medida para o Direito correto', está, primariamente, alocada na "formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública."¹⁰⁷

De acordo com tal raciocínio a moral tem seus conteúdos "traduzidos para o código do Direito e revestidos com um outro modo de validade". Essa sobreposição, entretanto, não altera a diferenciação entre Direito e moral nas discussões pós-convencionais, ou seja, naquelas travadas sob o amparo do moderno pluralismo de cosmovisões.

Mantida que seja a diferença própria dos códigos comunicacionais entre Direito e moral, mantidas as linguagens próprias de cada, não haverá essa migração de conteúdos morais para o Direito, não representando, pois, uma moralização deste.

¹⁰⁵HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 248 e 249.

¹⁰⁶HABERMAS. **op. cit.**, p. 250.

¹⁰⁷HABERMAS. **op. cit.** p. 256.

5.4 A Interpretação Constitutiva

O terceiro aspecto – interpretação construtiva – ressalta que os argumentos de princípios na aplicação prática nas lides jurídicas, como elemento da decisão judicial, estão condicionados a uma averiguação racional das “únicas decisões corretas” dependendo, a prática de interpretação¹⁰⁸. Ou seja, depende de um ponto de referência que vá além das tradições consuetudinárias que será alcançado por meio de um processo de interpretação construtiva bem como de uma reconstrução racional e conceitual do Direito vigente¹⁰⁹.

Com tais considerações, Habermas assim entende o modelo de Dworkin: “trata-se de um Direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do Direito igual respeito e consideração.”¹¹⁰

Com esse procedimento hermenêutico-crítico que tem por escopo uma “interpretação construtiva” segundo a própria concepção de Dworkin, Habermas salienta que:

... cada juiz deve, em princípio, poder chegar, em cada caso, a uma decisão idealmente válida, na medida em que ele compensa a suposta “indeterminação do Direito”, apoiando sua fundamentação numa “teoria”. Essa teoria deve reconstruir racionalmente a ordem jurídica respectivamente dada de tal modo que o Direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios e ser tomado, deste modo, como uma encarnação exemplar do Direito em geral.¹¹¹

Será a coerência o tomo principal que dá sustentação à segurança jurídica e à legitimidade do Direito. A legitimidade, sob esse ângulo, busca na coerência política/legislativa, e na coerência do Direito, a pedra de toque para o enfrentamento dos casos difíceis, em especial, para que seja alcançada singular fundamentação a partir do contexto coerente do Direito vigente racionalmente reconstruído.

A coerência, pois, é estabelecida diante de cada caso concreto e a construção do juízo de adequabilidade consiste numa compatibilidade que correlaciona a questão com a noção de ‘norma ideal’, que não descarta, entretanto, a importância dos paradigmas.

No discurso jurídico, conforme salientado por Habermas, há argumentos normativos típicos que, em caso de colisão de regras, justificam a escolha da norma adequada a cada caso

¹⁰⁸HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 259.

¹⁰⁹HABERMAS. **op. cit.**, p. 260.

¹¹⁰HABERMAS. **op. cit.**, p. 260.

¹¹¹HABERMAS. **op. cit.**, p. 261.

concreto, à luz de princípios. Entretanto, a proposta de Dworkin exige a construção de uma teoria do Direito, não de uma teoria da justiça, registrando:

A tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios da justiça, mas na procura de princípios e determinações de objetivos válidos, a partir dos quais seja possível uma ordem jurídica concreta em seus elementos essenciais, de tal modo que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares, como se fossem componentes coerentes.¹¹²

Dworkin¹¹³ quando aborda a semelhança entre o Direito e a literatura, partindo da premissa de que é possível melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica à interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura, quer ressaltar a necessidade de um constante processo de aprimoramento e criação na arte de interpretar, o que pode ser exemplificado pela jurisprudência que representa a interpretação, por parte dos Tribunais, sobre determinado tema (ou de decisões monocráticas com o mesmo efeito) e que, em matéria semelhante, será objeto de estudo, averiguação e interpretação por outros juízes, recurso este utilizado, inclusive, para desconstruir interpretações anteriores.

No fato de ser o Direito principiológico reside a justificativa de não haver como se determinar todas as hipóteses de sua aplicação, transferindo para a análise ao caso concreto a interpretação e o alcance do sentido da norma.

Como visto, as normas são tanto princípios como regras, ambos portadores de força normativa. Como princípios, ao contrário das regras, não haveria uma especificação ao fato ao qual determinada consequência deveria seguir, considerando, entretanto, como factível, a existência de conflitos entre princípios, diferindo-se, ainda, das diretrizes políticas, não como meta coletiva ou partidária, mas como possibilidade de garantia de um Direito individual.

Sendo os princípios mais abertos que as regras e vivendo em uma comunidade de princípios, as pessoas, como membros dessa comunidade, admitem que seus princípios estão reciprocamente ligados aceitando, pois, que são governadas por princípios comuns e não apenas por regras criadas por um acordo político.

E, assim, o juiz, em sua função, não deve se limitar a apresentar uma resposta meramente possível, devendo transitar em um sistema de princípios para alcançar a única

¹¹²HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 263.

¹¹³DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** Trad. Jefferson Luiz de Camargos. Martins Fontes: São Paulo, 2005, p. 217.

solução para o caso, levando em consideração o próprio processo e suas particularidades, argumentativamente carreadas para o seu bojo.

Habermas comunga desse entendimento, sustentando que uma teoria reconstrutiva do Direito tem como ponto crucial a entrega da prestação jurisdicional, ou seja, a sentença, que deverá ostentar ‘a decisão correta’ que declare quais Direitos estão sendo objetivamente privilegiados. O caminho a ser percorrido até então deverá reconciliar as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade do presente, reconciliando a história com a justiça e dissolvendo, assim, a tensão entre “originalidade judicial e história institucional.”¹¹⁴ Uma teoria do Direito, pois, tem por fim harmonizar a positividade da ordem jurídica com a legitimidade de pretensões reclamáveis judicialmente de forma equacionar a tensão entre facticidade e validade.

Grande parte da controvérsia acerca da interpretação a ser adotada pelo julgador e a vinculação desta a princípios legítimos que exigem desapego aos atavismos ideológicos – além de outros aspectos de caráter pessoal - que possa ser portador próprio julgador, enquanto ser individual e único que é.

... uma vez que os juízes, que são seres de carne e osso, ficam aquém da figura de um Hércules, a recomendação de orientar-se por eles no trabalho diário nada mais é, na verdade, do que o reflexo do desejo de uma confirmação da prática de decisão, que sempre é determinada através de interesses, enfoque político, parcialidade ideológica ou outros fatores externos. Juizes escolhem princípios e objetivos, construindo a partir daí teorias jurídicas próprias, a fim de “racionalizar” decisões, isto é, dissimular preconceitos com os quais eles compensam a indeterminação do Direito . Dworkin poderia responder a isso, explicando uma premissa deixada mais ou menos no escuro. Na medida em que os críticos podem realmente provar, apoiando-se em estudos de caso convincentes, que as decisões judiciais podem ser explicadas melhor a partir de fatores extralegais do que a partir da situação jurídica, os fatos falam contra a prática existente. Entretanto, a indeterminação interna do Direito não resulta da estrutura do próprio Direito, como os críticos pensam, e sim da recusa dos juízes em desenvolver teoria possível, bem como da história institucional de uma ordem jurídica, a qual é avessa, em maior ou menor medida, a uma reconstrução racional. A interpretação reconstrutiva só será bem-sucedida se a história, da qual uma ordem jurídica concreta surgiu, sedimentar, de alguma maneira, algum fragmento de “razão existente.”¹¹⁵

Nesse sentido Habermas se apressa em registrar que mesmo aquela sociedade que não compartilha dessa confiança no ‘equilíbrio’ da ordem jurídica e da história - seja no contexto político ou jurídico - não precisa negar a ideia reguladora incorporada na teoria do Direito dworkiana, principalmente dos atributos de Hércules, uma vez que no Direito vigente

¹¹⁴HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 264.

¹¹⁵HABERMAS. **op. cit.** p. 266.

são detectáveis indícios históricos que irão permitir uma reconstrução racional, que terá no conceito de ‘integridade’ sua justificação¹¹⁶.

5.5 Por uma visão deontológico-argumentativa do Direito

Vencendo esta questão esclarece que a obrigação do ‘juiz de decidir o caso singular à luz de uma teoria que justifique o Direito vigente como um todo a partir de princípios, é reflexo de uma obrigação precedente dos cidadãos’ é confirmada por meio da constituição, de proteção à integridade de sua convivência, por orientar-se por princípios da justiça e respeito recíproco como membros de uma associação de livres e iguais¹¹⁷.

O princípio da segurança jurídica também se revela importante barreira a meros personalismos do julgador, porquanto um sistema de Direito não é formado tão somente de regras, nas quais se incluem os procedimentos, mas também princípios. Tais postulados estarão a exigir, como é premissa da teoria do Direito, tão somente decisões corretas que sustentem argumentos relevantes, e não arbitrários, que representarão a materialização da segurança jurídica.

Considerado o Direito vigente como um sistema de normas idealmente coerente que terá no procedimento a garantia equitativa do exercício da pretensão subjetiva, a decisão a ser proferida preencherá a expectativa da comunidade jurídica que tem na integridade e nos princípios a base da harmonização e a segurança que se espera.

O julgador, contudo, deve levar em conta outros elementos que, tão importantes quanto a segurança que deverá retratar, demonstre de maneira insofismável sua imparcialidade, com fito de garantir a independência da justiça, o respeito pela integridade dos litigantes e do Direito, fundamentando adequadamente seus argumentos e, por fim, elaborando juízo sobre o objeto do desacerto que está a esperar a única resposta correta para o caso.

Ao se considerar a possibilidade de falha nesse desiderato, invocando a teoria da argumentação, Habermas registra que uma teoria discursiva do Direito tem o condão de analisar adequadamente a ‘aceitabilidade racional dos juízos dos juizes sob o ponto de vista

¹¹⁶HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 267.

¹¹⁷HABERMAS. **op. cit.** p. 268.

da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação’, apoiando-se num conceito de racionalidade procedimental por meio da qual as qualidades de validade de um juízo devem ser procuradas não só na dimensão lógico-semântica dos argumentos e da ligação entre proposições, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação¹¹⁸.

Correção, pois, representa aceitabilidade racional, apoiada em um argumento coerente definido a partir da observância das condições de validade, ou seja, uma fundamentação que se desenrola argumentativamente,¹¹⁹ através do discurso. De se destacar, entretanto, que argumentos substanciais não podem ser admitidos como cogentes sob o aspecto de sua coerência pois não se pode desprezar a possibilidade de novas informações e melhores argumentos a serem construídas com a mesma lógica argumentativa, mormente em se tratando de temas controvertidos ou ainda não problematizados.

Afastado o ideal absolutista da teoria fechada, a ideia reguladora da “única decisão correta”, não se explica com o auxílio de uma teoria, por mais forte que seja. Possuindo o conceito de argumento natureza pragmática, para se estabelecer o que é um “bom” argumento é necessário se estabelecer o papel que ele ocupa no jogo de argumentação, ou seja, detectar até que ponto o argumento “seguindo as regras desse jogo, pode contribuir para a solução do problema da aceitabilidade ou não-aceitabilidade de uma pretensão de validade controversa”¹²⁰.

Chamon¹²¹ adverte que em um mundo plural não mais há espaço para a construção de sólidos eternos e imutáveis, e que tais aspectos abrem caminho para a discussão acerca das distinções argumentativas referentes ao “ético” e ao “jurídico”, e argumentos éticos e religiosos envolvendo, por exemplo, as questões relativas a eutanásia e ao aborto.

Assim, desde que se entenda o Direito como sistema composto não só de regras (como pretendeu Kelsen), mas também de princípios deontologicamente aplicáveis (Dworkin, Habermas e Chamon), há a possibilidade de, perante o caso concreto e as circunstâncias de aplicação normativa, alcançar a resposta adequada.

Os princípios jurídicos podem ser entendidos, pois, enquanto normas (e não como valores), já que em se admitindo sejam entendidos como valores estar-se-ia a subverter seu

¹¹⁸HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 281.

¹¹⁹HABERMAS. **op. cit.** p. 282.

¹²⁰HABERMAS. **op. cit.** p. 283.

¹²¹CHAMON JUNIOR, Lucio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p 169.

código comunicacional e, via de consequência, perpetrar-se-ia uma transmutação do código do Direito, implicando que os questionamentos deixariam de ter como premissa o que é devido, ou não, para permitir a indagação do que é ‘mais ou menos’ interessante/importante.

Desta forma, deve-se dar especial atenção ao juízo de adequabilidade para que se proceda, num primeiro momento, a construção completa da descrição de maneira argumentativa e no bojo do procedimento e, num segundo momento, verificar a coerência normativa, ou seja, um juízo de adequabilidade da norma.

Chamon cuida de dar contornos sólidos a tais questões:

Quando HABERMAS vem chamar nossa atenção para o fato de que nós, enquanto membros de uma sociedade civil, é que construímos o nosso próprio Direito mediante processos institucionalizados, ele está fazendo referência, justamente, ao fato de que o Direito não pode jamais ser considerado como algo externo à sociedade, mas a base da legitimidade do Direito há que ser encontrada na própria sociedade. A falência das propostas jusnaturalistas já deixou isto às claras. Esclarecer que o Direito, na verdade, é constituído argumentativamente, em processos argumentativos, não só por via de processos legislativos, mas também mediante outros meios processuais de constante interpretação e prática cotidiana desse mesmo Direito(...)¹²²

¹²²CHAMON JUNIOR. Lucio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 30 e 31.

6. PONTOS E CONTRAPONTO DA DISCRICIONARIEDADE: CONTEXTUALIZANDO COM O PENSAMENTO DE CHAMON

Chamon, problematizando acerca da discricionariedade e, neste ponto, contrapondo argumentações que invocam a inevitável “confusão dos poderes” em “prejuízo à própria democracia e ao constitucionalismo” leciona:

...O que com isso queremos dizer, é que somente uma interpretação que assume o Direito como um sistema de normas referido a uma comunidade de princípios, para utilizarmos a expressão consagrada por DWORKIN, permite-nos espantar, de vez, uma decisão jurisdicional que se pretenda discricionária, enfim, uma decisão jurisdicional que, simultaneamente, inventaria uma norma e a aplicaria retroativamente, como também confundiria o papel da atividade jurisdicional com outro que não o seu próprio.¹²³

Merece destaque a lição de Chamon,¹²⁴ ao enfrentar a questão da juridicidade e legitimidade no concernente às pressões normativas da modernidade, porquanto intimamente ligadas à discricionariedade.

Tal enfrentamento parte da argumentação de que tradicionalmente a idéia de completude do Direito tem sido enfocada como um sistema de normas convencionadas, ou seja, de normas capazes de reconduzirem-se a um processo exposto ou implícito de uma construção negociada ou pactuada.

Ressalta que a base de todas as teorias das fontes do Direito esbarra, cedo ou tarde, em problemas relacionados à interpretação convencionalista da prática jurídica, justificado no fato de que compreender o Direito como um sistema de convenções não o torna capaz de responder à demanda “que uma práxis jurídica da Modernidade legítima e democrática, está a normativamente a nos exigir.”

Destacando que “tal exigência normativa da Modernidade” refere-se ao Direito em “vários sentidos que não podem ser assumidos de maneira independente, senão de forma complementar e co-dependente”, destaca tais exigências:

(...) sejam reconhecidas iguais liberdades fundamentais a todos os concidadãos, na maior medida ou grau possível; as normas jurídicas sejam vislumbradas, desde o ponto de vista de sua justificação, como simultaneamente, destinadas aos, e construídas pelos, concidadãos de uma determinada comunidade política; a aplicação do Direito se dê racionalmente orientada a um juízo de correção normativa a exigir do intérprete-aplicador, e de um público crítico ampliado, a compreensão do

¹²³CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 241.

¹²⁴CHAMON JUNIOR. **op. cit.** p. 77.

que um juízo de adequabilidade normativa está, inclusive, a exigir como imparcialidade e coerência normativa.¹²⁵

Por fim, ainda em Chamon é possível encontrar uma síntese adequada a tais argumentos:

E somente quando se supera uma concepção convencionalista do Direito, rumo a uma compreensão efetivamente principiológica, é que se consegue dar vazão à exigência normativa de que sejam reconhecidas iguais liberdades subjetivas a todos os concidadãos na maior medida possível.¹²⁶

Reitera-se, portanto, que o Direito, pois, não é aquilo que os juízes decidem seja o Direito¹²⁷, ele é, antes de tudo, um sistema de princípios e não de normas convencionadas, exigindo que para todo caso concreto haja sempre uma única “leitura que possa ser assumida como uma melhor resposta para aquele caso”. Com fincas em tais premissas, a ‘melhor resposta’ não pode ser assumida a partir de uma leitura valorativa (axiológica) que leve à concepção do que seria “melhor resposta para uma parte, ou à outra, ou mesmo ao juiz”, mas sim em face da ‘praxis jurídico-moderna’.

O caráter discursivo, presente na possibilidade dos diferentes pólos e dos diferentes interesses discutidos no processo argumentar a contra-argumentar livremente sobre as questões objeto de discussão culminam, inclusive, na possibilidade de surgimento de propostas interpretativas diferenciadas, de uma pluralidade de leituras. Essa diversidade de leituras possíveis, entretanto (tanto dos fatos quanto das normas) não conduzem à assunção de igual validade de todas elas, pois sempre haverá uma, dentre as demais, que poderá ser assumida como “a melhor leitura, a leitura adequada àquele caso”.

Certo é que a questão discricionariedade não pode ser superada pela escolha da decisão política, tal qual encontramos em Kelsen, já que, como sistema de princípios, há que ser ponderada a diferenças entre discursos de justificação e discurso de aplicação das normas jurídicas.

Os argumentos éticos, morais e pragmatistas, apesar de necessários e absolutamente importantes para a formação do convencimento do juiz, não podem ser determinantes na aplicação do Direito.

...Um juiz, em sua função jurisdicional, não pode decidir pela aplicação de uma determinada leitura normativa porque esta se perfaz boa” (“interessante”, ou “não”), porque permite, ou não, atingir determinadas finalidades, em uma eleição de

¹²⁵CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 77.

¹²⁶CHAMON JUNIOR. **op. cit.** p. 106.

¹²⁷CHAMON JUNIOR. **op.cit.** p. 230.

“prioridades”, ou em face da “justiça” ou “injustiça” que referida leitura seja capaz de permitir.¹²⁸

A adoção de tais argumentos pelo juiz, como ponto determinante de sua fundamentação, implicaria na assunção de uma postura axiológica e política, como também moral, o que não é condizente com o necessário exercício de busca da resposta “capaz de ser assumida como “a adequada ao caso”¹²⁹ cuja construção e validade se dá dentro dos princípios democráticos de se assegurar, na práxis jurídica, as liberdades subjetivas a todos.

O intérprete do caso – aqui em específico a autoridade jurisdicional, mas também qualquer cidadão no exercício de uma atividade interpretativa do Direito – tem que se colocar como membro dessa comunidade jurídica, assumindo, para tanto, uma postura realizativa. Há que entender que uma decisão jurisdicional é mais uma página firmada de uma história que vem se desenvolvendo há séculos... E o desafio se perfaz aqui na busca pela coerência, inclusive, neste capítulo que se está escrevendo. A questão como um todo envolve, uma vez mais, a busca pela realização do ideal de coerência jurídico-normativa subjacente à toda prática argumentativa referente ao Direito.¹³⁰

Com a maestria que lhe é peculiar, Chamon¹³¹ sintetiza bem a questão da discricionariedade ora tratada:

O fato de a concepção do Direito como sistema de princípios não apresentar, desde sempre, ou mesmo agora, uma “receita” pronta para a interpretação dos casos e do Direito não significa que não seja possível construir soluções e respostas caso a caso. O que não podemos é pretender interpretar o Direito como um sistema de regras, acreditando que as normas convencionalmente firmadas teriam capacidade de esgotar os seus sentidos normativos, deixando ao arbítrio de uma “permissão negativa” situações então não convencionadas a serem pois, superadas discricionariamente (KELSEN).

Ao discutir a questão “Da jurisdição: ou de uma discussão acerca do constitucionalismo e do pluralismo interpretativo”¹³², Chamon realiza importante contextualização acerca da discricionariedade frente a postura adotada por parte do judiciário nacional, registrando um dos ‘casos difíceis’ capazes de provocar a adequação dos argumentos sustentados no presente trabalho. Para tanto, o Autor aborda trecho de decisão proferida pelo ministro Humberto Gomes de Barros, quando do julgamento do Agravo Regimental em Embargos de divergência no Recurso Especial nº 319.997-SC, 2001/0154045-5, onde sustenta que na condição de ministro do STJ, assume a autoridade de sua jurisdição, o que lhe concede o poder de decidir de acordo com sua consciência, sendo que o pensamento

¹²⁸CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 232.

¹²⁹CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 232.

¹³⁰CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 235.

¹³¹CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 238.

¹³²CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 239.

daqueles que não compõe o STJ (ai incluídos os doutrinadores) servem de mera orientação às quais, entretanto, a elas não se submete. Essa, segundo referido ministro, é a forma pela qual o Tribunal construirá sua autonomia intelectual e respeito, ressaltando que este é o pensamento do STJ, sendo assim que seus ministros decidem, é assim que são, já que não são aprendizes de ninguém e estão sustentados no notório saber jurídico que a constituição estabelece como pressuposto para o cargo¹³³.

A postura sustentada pelo ilustre Ministro leva Chamon a provocar questionamentos que reclamam esclarecimentos quanto ao limite e papel do julgador frente à constitucionalidade da atividade jurisdicional, tendo como contraponto a “liberdade” que autorizaria o julgador lançar mão de seu posicionamento pessoal, de sua subjetividade acerca de determinado fato na decisão dos casos que lhes são confiados, transformando a jurisdição em passarela para o desfile de sua ‘vontade’ e personalismo, muito distante da equilibrada “instância de aplicação do Direito.”¹³⁴ Eis o questionamento lançado por Chamon: “Afinal, o juiz há que decidir de acordo com o “bom senso” ou em conformidade com aquilo que o Direito lhe diz para o caso?

Ao responder a tal questionamento o Autor lança mão das metáforas do “observador-neutro” do Direito e do “partícipe-imparcial” do Direito como argumentos centrais na discussão, sendo que o observador neutro, que assumiria uma postura meramente descritiva e externa ao Direito, responderia a questão afirmando que o juiz, ao decidir o caso concreto, deverá levar em consideração o Direito, este entendido como o conjunto de normas firmados por acordos expressos ou tácitos (mas que são aceitos por todos como normas de cunho jurídico), nascidas de um processo legislativo e, por isso, legítimas.

Para esse observador-neutro, verificado que os juízes não são capazes de oferecer uma resposta definitiva e correta para os casos afins, não seriam capazes, com maior razão, de encontrarem uma resposta correta para os casos difíceis. Transformar-se-á o julgador, então, no ‘senhor’ da decisão lhe sendo facultado escolher, em meio às possibilidades existentes, aquela que ele julgar mais ‘adequada’ de acordo com seu livre convencimento e autoridade que, não raras vezes, estará arrimada em critérios ‘medianos’ de ‘bom senso’ ou ‘senso comum’ capazes de satisfazer as expectativas do observador-neutro

Esse ‘senhor do Direito’ se valeria de tais critérios para decidir também aqueles casos ainda não decididos, ou seja, uma inovação surgida em decorrência da evolução social, já que

¹³³CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 145.

¹³⁴CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 146.

sendo sua função julgar mesmo na hipótese se não existir normas que lhe dê sustentação argumentativa, encontrará na ‘criação’, na sua discricionariedade, a solução que entende adequada para o caso.

Tais conclusões só são possíveis ao observador neutro em razão de sua convicção de que o Direito deve ser entendido como um sistema de regras, um conjunto de normas convencionadas que, se não for capaz de alcançar todas as possibilidades permite ao juiz ‘inventar’, criar’, do alto de sua discricionariedade, a resposta para tais novos casos, admitindo, ainda, que o Direito não se reduziria aos textos legislativos, mas que seria capaz de encontrar nos costumes, encarados como acordos tácitos, a solução para as inovações surgidas, consagrando que se há uma aceitação dos membros dessa comunidade, mesmo que só em sua maioria, a solução dada pelo juiz nestas condições responderia suficientemente ao anseio social.

Lado outro, o participante-imparcial, o outro sujeito da metáfora utilizada por Chamon, também tem por convicção que compete ao juiz ofertar sempre uma resposta aos casos concretos, entretanto, deverá buscar no Direito o embasamento de sua decisão, entendido este como um ‘conjunto de normas convencionalmente firmadas’ mais complexo que as hipóteses e situações previamente pensadas e convencionadas entre sujeitos historicamente situados. Não representa tal postura, no entanto, o afastamento do entendimento de que acordos e convenções não se refiram ao Direito e sejam elementos de interpretação deste, ou a base deste, mas que jamais haverá uma legislação que esgote, que anteveja todas as possibilidades e situações que possam, no presente ou no futuro, se fazerem juridicamente relevantes¹³⁵.

Sob esse enfoque o Direito passa a ser entendido como um sistema de princípios que podem ser construídos num processo legislativo, mas que também é fruto de um processo histórico de construção e contínua reconstrução do Direito dessa sociedade, na busca de sentido do Direito, ou seja, a busca por igual reconhecimento, na maior medida possível, de Direitos fundamentais a todos.

O participante-imparcial, pois, que não se limita a analisar a questão como mero observador externo, como faz o observador-neutro, mas a partir de uma visão interna ao Direito e às argumentações e pretensões que lhe permite compreender o Direito da

¹³⁵CHAMON JUNIOR. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 149.

Modernidade, que apresenta um sentido, uma pretensão argumentativa a ser considerada em todo caso concreto que se apresente¹³⁶.

Sob essa perspectiva, a conclusão do observador-neutro de que para os casos concretos, sejam familiares ou difíceis, jamais poderiam encontrar respostas corretas, adequadas a cada um, não se justifica, já que por meio da prática argumentativa, juridicamente sustentada, é possível se construir, para cada caso, uma resposta correta que terá sustentação na análise imparcial de tais argumentos por parte do juiz, que medirá o peso dos dados que foram carreados argumentativamente para o bojo do processo.

Essa única solução correta para o caso só se construirá a partir do momento em que os argumentos pertinentes ao caso concreto, a suas co-implicações jurídicas, são assumidas de maneira determinante pelo julgador que não poderá incorporar os poderes deíficos imaginados pelo observador-neutro de forma a destruir os argumentos construídos pelas partes, mas reconhecer que sua atividades está entrelaçada ao que for construído e reconstruído no bojo do processo¹³⁷.

Nesse aspecto será, sim, o juiz, uma figura mítica, mas não um Deus, mas um herói, como Hércules, que se valerá de sua força intelectual para a construção das soluções adequadas a cada caso e, nessa empreitada, buscará fundamentar seu julgamento não em sua 'liberdade', sua 'discricionariedade', mas nos dados argumentativamente construídos pelas partes sem permitir que sua subjetividade impere sobre tais dados, afastando qualquer tipo de parcialidade, mas sem que com isso se mantenha neutro, pois compreenderá que a construção do Direito e da sociedade só se dá através da comunicação.

A adequação dos elementos argumentativos dos quais se valerá o juiz no julgamento deverá estar presente na necessária fundamentação que não mais poderá estar sustentada em argumentos tais como 'bom senso', 'senso comum', 'interesse público' ou 'bem comum', tampouco em argumentos axiológicos, pragmatistas ou morais. Desta forma, a decisão a ser proferida não deverá estar sustentada na autoridade e liberdade do juiz, devendo este assumir o Direito como um sistema de princípios historicamente interpretáveis, levando em consideração os Direitos e deveres que estão em jogo na interpretação a ser realizada, pois sabe ele que sua função não é de criar normas, mas de interpretá-las, aplicando-as caso a caso¹³⁸.

¹³⁶CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 150.

¹³⁷CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 150.

¹³⁸CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 151.

Nesse diapasão os costumes não mais podem ser assumidos como fatos geradores de normas jurídicas ante ao reconhecimento de iguais liberdades a todos na maior medida possível, possibilitando a construção, diante dos argumentos apresentados no curso do processo, de uma decisão que privilegie os princípios jurídicos em face das especificidades de cada caso.

Entender o Direito como um ‘sistema de princípios’ passa a ser o ponto relevante de contraposição à teoria positivista construída por Kelsen que afirma não ser possível pretender uma única resposta correta para um caso pois, limitado dentro da previsão legal existente, teria o julgador uma margem de escolha sempre adstrita ao Direito pré-existente. Tal teoria, então, não admite, qualquer influência externa ao próprio Direito no ato de interpretação. Em outras palavras, as normas não se confundem com os fatos e toda e qualquer leitura, dentre as possíveis, haverá de ser considerada válida, desde de que se dê nos limites da norma, ou seja, no interior da moldura, chegando-se, portanto, á interpretação meramente possível¹³⁹. Desta forma há se reconhecer ser possível, em Kelsen, a discricionariedade do juiz que ficará, entretanto, limitada á escolha da resposta possível dentro do contexto normativo, exclusivamente. Tal postura desconsidera o fato de que a prática jurídica é diferente da prática política¹⁴⁰.

Conforme salienta Chamon¹⁴¹, na concepção de Luhmann (1999) o Direito não tem como ofertar respostas a todas as situações, admitindo que os tribunais ao terem que decidir casos que essa programação do sistema normativo não foi capaz de antever, podem se valer de princípios. Todavia, sua concepção reduz os princípios a ‘cartas escondidas na manga’ e seriam utilizados numa situação em que o Direito não tivesse como decidir o caso concreto e seriam assumidos como ‘meras criações dos juízes: “os juízes criariam, inventariam os princípios para de livrarem de casos concretos incômodos porque não solucionáveis à luz daquilo que entendem como Direito e como norma jurídica”. Tal teoria não se sustenta já que, ao se permitir aos tribunais criarem princípios jurídicos, acaba por imiscuir-se nas atribuições dos outros poderes e afrontar o princípio constitucional da separação dos poderes¹⁴².

Com base em tais premissas, na visão do participante-neutro, na modernidade não há Estado de Direito sem democracia radical, sendo que a democracia compreende uma abertura ao diferente, à participação, uma construção deliberativa do Direito e da política em que todos

¹³⁹CHAMON JUNIOR. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 155-159.

¹⁴⁰CHAMON JUNIOR. **op. cit.** p. 162.

¹⁴¹CHAMON JUNIOR. **op. cit.** p. 162.

¹⁴²CHAMON JUNIOR. **op. cit.** p. 169.

têm reconhecidas, e na maior medida possível, iguais liberdades fundamentais que garantem, inclusive, a participação nesse processo como co-autores do Direito, sendo que a validade do Direito não se encontra na mera faticidade de uma eficácia global das normas, não se reduzindo, ainda, à referência a um poder ou competência atribuídos a uma certa autoridade¹⁴³.

Tais elucidações constroem o ponto de partida para a discussão da legitimidade em termos discursivos já que é impossível se admitir como legítima uma norma emanada por uma ‘autoridade’ que se arvora em suposta ‘autorização’ para criá-la. A validade da norma não se encontra na ‘presunção’ de uma das vertentes (e dos seus exercentes) do poder. Válidas serão as normas que podem ser sustentadas perante todos aqueles co-participantes do processo de construção de um Direito que é fruto de práticas sociais e que modernamente são assumidas como práticas comunicativas que possuem o condão de serem problematizadas comunicativamente, de forma a construir um juízo de validade e racionalidade. O Direito é fruto de um processo de reconhecimento de luta comunicativa interna da sociedade, e não de seu exterior, e como prática comunicativa e práxis social envolve uma dimensão hermenêutica, interpretativa compartilhados intersubjetivamente, o que permite o entendimento e a interpretação dessa prática social. Nesse aspecto, a moderna prática jurídica não se confunde com escolhas, convenções e acordos que somente se justificam à luz da própria faticidade¹⁴⁴.

A concepção de que o Direito é construído em termos comunicativos (cujo exercício se dá preponderantemente pelos Direito políticos), em discursos públicos que asseguram a todos os membros da comunidade jurídica, sejam os afetados, meramente interessados ou não (pressuposto para a validade) nesses debates, estabelecido está o nexos interno entre democracia e Estado de Direito, entre Direitos fundamentais e soberania popular¹⁴⁵.

Nesse sentido, as respostas dadas por Habermas e Dworkin trazem uma sofisticada forma de compreender o Direito moderno e a práxis dele decorrente. Dworkin leciona que o Direito há que ser compreendido como fruto de um processo histórico de reconhecimento, um processo referido a um único autor, que é a própria comunidade política, propondo que percebamos que o Direito moderno deve ser compreendido como uma obra em cadeia que vem sendo construída e reconstruída historicamente pela comunidade. Como prática

¹⁴³CHAMON JUNIOR. **Teoria da Argumentação Jurídica**: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 170.

¹⁴⁴CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 171

¹⁴⁵CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 173.

interpretativa que é não pode o Direito ser reduzido a convenções ou acordos realizados no passado, muito embora tais acordos e convenções se façam relevantes na interpretação do próprio Direito, por não se conseguir esgotar seu sentido complexo.

Com tais recursos será possível ao juiz enfrentar os casos difíceis que exigirão um esforço interpretativo que contemple os princípios jurídicos que irão conduzir à resposta correta para o caso.

No tocante à discricionariedade no exercício jurisdicional, Dworkin rechaça tal hipótese ao argumento de que essa postura interpretativa do Direito, que concede ao juiz o poder de criar no caso, não possui respaldo no Direito, já que não representa atividade de interpretação de uma norma, mas na invenção, na criação da própria norma. É que mesmo nos casos difíceis haverá sempre uma resposta a ser assumida como a melhor, não no sentido de que as outras também não sejam satisfatórias às pretensões normativas subjacentes ao caso, mas porque somente aquela decisão, para aquele caso e em face daqueles argumentos construídos naquele processo é que surge como a resposta capaz de satisfazer as exigências que o juízo de correção normativa cobra para o caso¹⁴⁶.

O juiz tem inquestionável autoridade, como também está autorizado a decidir, entretanto, deverá fazê-lo de forma imparcial, sendo seu dever considerar os argumentos trazidos pelas partes que participarão do processo em condições de igualdade e que receberão a resposta ao Direito vindicado que será construída com base em tais argumentos e que será capaz de ser reconstruída caso a caso, em busca da solução correta a ser encontrada em cada uma das diferentes hipóteses.

Habermas apresenta uma abordagem mais sofisticada à dimensão pragmática-universal (dimensão normativa referida ao processo de construção discursiva de consensos) na compreensão do Direito, ao cobrar nesse processo um nexos entre democracia e Direito: somente se pode compartilhar de um Direito racionalmente ou legitimamente constituído na medida em que todos os cidadãos desse império do Direito tiverem garantidas condições de igual participação livre nesse processo¹⁴⁷.

Chamon¹⁴⁸ todavia, ressalta que muito embora a racionalidade dos processos legislativos e jurisdicionais entrelaçarem-se com pressupostos pragmáticos-universais há, entre ambos, uma diferença central consistente no fato de que, no processo legislativo,

¹⁴⁶CHAMON JUNIOR. Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica**: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009, p. 176.

¹⁴⁷CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 179.

¹⁴⁸CHAMON JUNIOR. **op. cit.**, p. 181.

argumentos axiológicos (valores) de moral (justiça/injustiça) e pragmatistas (relativos a uma concepção a tomar em conta meios adequados para a realização de determinados fins) podem ser determinantes na decisão legislativa ao passo que, no processo jurisdicional, tão somente argumentos jurídicos podem sustentar uma decisão porquanto está esta vinculada a um ‘discurso de criação normativa’ e não a um ‘discurso de criação ou justificação de norma’. Uma decisão jurisdicional somente pode ser assumida como legítima na medida em que se abre de maneira igual à participação dos afetados, além de assumir o Direito como um sistema de princípios a serem reinterpretados no caso concreto, na busca daquela interpretação capaz de permitir, nesse mesmo caso, uma leitura coerente do próprio sistema jurídico.

Destarte, no contexto democrático a atividade de aplicação jurídico-normativa jamais pode ser confundida com a atividade legislativa, razão pela qual a jurisdição não pode ser confundida como ‘fonte’ do Direito.

Esse exercício de interpretação, levando em conta o importante papel reservado aos Tribunais no contexto democrático, só é possível no momento em que o julgador retira dos olhos a venda que lhe cega a visão, evitando continue a pensar o Direito como algo estático, se abrindo para questões que cotidianamente se colocam, principalmente para o projeto jurídico moderno e a função do Direito na Modernidade e a compreensão deste como sistema principiológico de normas *prima facie* aplicáveis em seu ideal de coerência e, no caso em exame, que seja capaz de deixar claros quais critérios devem ser assumidos na construção em seu juízo da distinção entre igualdades e diferenças.

Também restará adequadamente sustentado esse papel quando atrelado o exercício de interpretação ‘ao espírito da Lei, à vontade do ‘legislador’, posto que a investigação quanto às convicções políticas que levam o legislador a votar favoravelmente a determinado projeto de Lei deságua exatamente nas questões de princípios que construíram sua convicção. Dworkin registra que essa via de interpretação pela busca das convicções “se ajusta muito melhor aos objetivos de uma comunidade de princípios”¹⁴⁹ exatamente porque membros dessa comunidade esperam que seus representantes atuem com base em princípios e com integridade, ou seja, “com base em sentidos normativos a lhes informar o próprio sentido que a prática jurídica lhes impõem e de maneira a resguardar um juízo de coerência dessa mesma prática social”¹⁵⁰.

¹⁴⁹CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 210.

¹⁵⁰CHAMON JUNIOR. **op.cit.**, p. 211.

O problema ‘combinatório’ (das convicções peculiares de cada legislador) se esvazia na medida em que admite o intérprete a consciência de que o que somente pode ser assumido é o sentido da história institucional e não das intenções individuais, já que assumir na interpretação do Direito seu sentido de coerência normativa esvazia a busca por uma “intenção” ou “espírito” legislativos¹⁵¹. Afinal, a intenção de uma lei não pode ser assumida como uma combinação aleatória de convicções descontínuas e sim interpretadas à luz do sentido do Direito, sem que com isso se ignore as declarações dos legisladores, mas falo-a, o intérprete, sem supervalorizá-la a ponto de ter nelas algo além de “eventos políticos importante em si próprios”¹⁵².

¹⁵¹CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 212.

¹⁵²DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz de Camargos. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 413.

CONCLUSÃO

Os problemas destacados por certo não são novos, mas somente seu enfrentamento possibilitará meios de exorcizar os fantasmas e medos que o novo (as soluções) provoca. A opção em permanecer na zona de conforto, que por vezes nos livra de enfrentar os desafios que nos conduzirão à libertação das amarras que nos mantêm presos a tradições e saberes que não mais se harmonizam com os novos ares, não mais se coadunam com as atuais expectativas, com as atuais aspirações sociais e, com ênfase no sistema jurídico, este enfrentamento poderá encontrar as respostas nas próprias normas. Basta seja lançado um olhar diferente, aberto, amplo, atentando-se para o fato de que o sistema jurídico sempre dependerá dos sistemas político, social, cultural, ético, científico e econômico.

Ao tratar da discricionariedade do juiz indagou-se se o juiz tem ou não o dever de decidir obrigatoriamente de determinada forma. Tal questionamento está intimamente vinculado às ideias de completude ou incompletude da lei, ao grau de distinção entre princípios e regras e à existência de uma regra normativa de reconhecimento.

Ao transitar nesse contexto o juiz deverá valer-se de instrumentos que lhe possibilite realizar a entrega da prestação jurisdicional sem se descurar da certeza e da justiça esperada.

Tais pressupostos assumem relevância frente aos casos considerados difíceis que estão a exigir uma nova visão, revisão e adequação do julgador frente às novas perspectivas e aspirações sociais.

Nos enfrentamentos doutrinários encontramos, na contraposição dos argumentos de diversos doutrinadores, que o sistema monofásico apresentado confirma a impossibilidade de entender e justificar a questão da discricionariedade como uma segunda etapa de verificação, ou seja, inadmissível se torna a existência de uma fase institucional, de onde surgem as leis vinculantes, e de outra discricionária, onde a lei ainda inexistente é criada pelo juiz.

Apesar de ser idealmente desejável que a norma vigente tenha o condão de satisfazer as expectativas e as experiências da sociedade contemporânea, com leis que atendam aos variados aspectos dessa nova sociedade dinâmica e plural, ainda padece do necessário dinamismo e eficiência. Tais dificuldades, entretanto, não podem impedir que a prestação jurisdicional enfrente os dilemas e apresente respostas eficazes que assegurem a pacificação social. Esta é a tônica da crise vivenciada no Direito

Da interpretação construtivista de Dworkin, encontramos uma forma eficaz de responder a tais anseios da sociedade, que encontrará na integridade da política e do Direito a coerência necessária para a construção da resposta a uma de suas mais emblemáticas afirmações: a de que o Direito não pode ser assumido de maneira aproblemática como aquilo que os juízes decidem que seja o Direito, como registra Chamon.

Não podendo o julgador, ao seu alvedrio e de forma arbitrária, criar a melhor solução para o caso, deverá se valer dos meios de interpretação para encontrar uma leitura que será assumida como uma melhor resposta para o caso em análise, e essa construção só é possível quando o Direito passa a ser entendido como um sistema de princípios que além de ter origem em um processo legislativo, deve ser visto como fruto de um processo histórico de construção e contínua reconstrução no qual sempre será capaz de ofertar igual reconhecimento, na maior medida possível, de Direitos fundamentais a todos, cuja construção se dará argumentativamente no bojo de um processo, estabelecendo, assim, o indeclinável liame que legitimará o juiz a decidir a controvérsia.

No contexto em que se explora a denominada ‘crise no Direito’, é importante frisar que suas raízes estão tanto na ausência de um Direito que apresente respostas aos anseios da sociedade quanto no *déficit* do Direito existente e até mesmo do exercício interpretativo que, não raras vezes, se vale de paradigmas desatualizados incapazes de refletir a evolução social. Essa crise, que na lição de incontáveis mestres ‘se manifesta na produção de sentidos do mundo’, deve nesta dimensão encontrar as soluções e as respostas para a regulação de novos ramos dos Direitos tradicionais, além de fornecer meios de minimizar eventuais ‘distâncias’ e garantir uma efetiva resposta aos conflitos que seja condizente com as premissas que o Direito e a moderna sociedade estão a exigir.

As raízes que irão sustentar tais premissas estão fincadas na Constituição da República e no Estado Democrático de Direito por ela consagrado, donde são erigidos os Direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista. As decisões judiciais e suas variantes interpretativas estão, por óbvio, umbilicalmente ligadas a tais desejos democráticos, em um patamar de garantia de equilíbrio com o processo de construção e evolução social, afinal, ao estabelecer, em seu artigo 1º, parágrafo único, que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente...” a Constituição concede ao cidadão o dever/poder de co-partícipe no processo de criação e

aplicação do Direito, assegurando não só a interpretação dos Direitos ali registrado, mas, e principalmente, sua efetivação.

Necessário, ainda, assumir que o Direito não se esgota num manual de regras, nos próprios princípios ou tampouco no poder jurisdicional do qual está investido o juiz, devendo, antes de tudo, ser entendido como integridade que exigirá interpretação e princípios. A melhor definição de 'princípios' está em Dworkin, que os entende como indicativo de todo o conjunto de padrões que não são regras e é elemento de consagração da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.

A conjugação de princípios (respeito ou garantia de Direito individual ou de grupo) e objetivos políticos (proteção de algum bem coletivo) possibilitará ao intérprete encontrar a coerência com o Direito positivado (a integridade, que balizará a interpretação teleológica e a releitura que o exame ao caso concreto estará a exigir) e fornecerá poderosa blindagem contra a discricionariedade no exercício de interpretação/aplicação do Direito.

Relevante destacar, neste processo, a missão que se impõe ao julgador, já que esta releitura, adequação e readequação da norma com base em princípios não autoriza ao intérprete inventar Direitos. Ao transcender o 'legalismo' para o encontro da melhor resposta para o caso sob exame ele o faz por meio de mera flexibilização ou relativização do Direito frente a novos padrões sociais. Assim, estará a descobrir o Direito, não a inventar.

Sob tais ângulos, perceptível que mera subsunção ou silogismo, na tentativa de adequação do fato discutido no caso concreto à norma, não reflete a natureza da multifacetada tarefa atribuída ao julgador nesta flexibilização que, por fim, culminará na efetivação das garantias e preceitos constitucionais que informam o trinômio ação, jurisdição e processo, além de todas as garantias a eles asseguradas a nível constitucional e infraconstitucional.

Sem perder de vista que, no contexto de um estado democrático de Direito, o processo é regido pelos princípios constitucionais da isonomia, contraditório, ampla defesa e devido processo legal, ele deve consagrar a 'abertura' que a flexibilização interpretativa exige, dando ampla margem à construção dialética, argumentativa que, ao final, será elemento de extremo valor para a sua adequação interpretativa.

Tais recursos interpretativos, que culminam no desapego às eventuais injustiças e aos dogmas legalistas tradicionais, pregam uma nova forma de hermenêutica, o que não autoriza o poder legislativo de se descurar de suas atribuições precípua de criar leis que possam pacificar as novas relações já na interpretação textual, o que por certo possibilitará ao

judiciário transitar com maior lucidez em meio aos fatos e normas, mesmo que, a seu tempo, venha a exigir novas adequações.

Enfim, vale lembrar o brocardo: *'onde está a sociedade, aí também estará o Direito'*.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BARRETO, Vicente de Paulo (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 6. ed. São Paulo: UNB, 1982.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 3. reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer – Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRAHMA KUMARIS. **Valores Humanos**. Disponível em: <http://fejus.vilabol.uol.com.br/valores-humanos.html>. Acesso em 12 jul 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Windt e Livia Céspedes. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Windt e Livia Céspedes. 43. ed. atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Política: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal: Contribuições a uma Reconstrução da Dogmática Penal 100 anos depois**. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2006.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Geral do Direito Moderno: Por uma Reconstrução Crítico Discursiva na Alta Modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COSTA, Dilvanir José da. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. B. Horizonte: Del Rey, 1997.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à diferença**. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do Direito Civil**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Alexandre Travessoni. **Fundamentação do Direito e Argumentação Jurídica: A proposta de Alexy**. in: COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; Mello, Cleyson de Moraes. **O Fundamento do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Interpretação do Direito**. in: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERELMAN. **Ética e Direitos**. Trad. Maria Emantina Galvão. S. Paulo: Martins Fontes, 1996.

REALE, Miguel. **Nova fase do Direito moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REALE, Miguel. **Paradigmas da cultura contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REDONDO, Manuel Jimenez. **Princípio da Liberdade e Princípio do Discurso no pensamento Jurídico de Jürgen Habermas**. In: CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da**

Argumentação Jurídica. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lênio Luis. Hermenêutica Jurídica. in: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo: Unisinos, 2006.

VILANI, Maria Cristina Seixas, **Cidadania Moderna:** Fundamentos e Desdobramentos Históricos. In: Cad. Ciênc. Soc. v.8, n. 11. Belo Horizonte: dez. 2002.