



Brasília | ano 50 | nº 198
abril/junho – 2013

Justiça e equidade

RICARLOS ALMAGRO VITORIANO CUNHA

Sumário

1. Introdução. 2. O horizonte do justo. 3. A jurisdição como exemplar privilegiado da ética. 4. A dimensão da equidade e o sentido da norma jurídica. 4.1. Equidade e expectativa razoável. 4.2. O problema da fundamentação das decisões judiciais. 5. Conclusão.

1. Introdução

Sob um viés material reducionista (que prestigia, por sua vez, um aspecto orgânico), a Justiça pode ser assumida como aquela atuação de um corpo técnico devidamente aparelhado para aplicar aos casos singulares os preceitos normativos que integram o sistema jurídico de um determinado Estado. Assim concebida, a justiça é uma instituição que atua visando a um fim preciso e estéril: o de aplicar as normas jurídicas estabelecidas aos casos que são submetidos à sua apreciação. Tal é o aspecto que sobressai ao denominarmos as cortes judiciais de Tribunais de Justiça, e daí derivando o encurtamento observado cotidianamente na referência simplificada à justiça, como *locus* de um aparato estatal onde aquela atividade é desempenhada, tal como revelam as expressões: “vou à justiça propor uma ação”, “se fosse você buscaria uma reparação na justiça” etc.

Nessa aproximação simplificada, por paradoxal que possa parecer, perde-se a ideia de finalidade. É que, a despeito do seu conceito, esse fim confunde-se com o próprio atuar daquele corpo orgânico, com o próprio processo de sua manifestação. Assim, disperso na ação, o conceito perde o *telos* próprio que o Direito exige. E qual seria ele? Curiosamente, essa teleologia converge na própria ideia de Justiça – porém, agora ostentando inicial maiúscula para diferenciá-la daquela justiça institucional e, ade-

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha é juiz federal. Mestre (UGF) e Doutor em Direito Público (PUC-MG). Doutorando em Filosofia (UFRJ).

mais, para servir à última simultaneamente como vetor de orientação e parâmetro de qualificação.

Portanto, já não se trata de algo estéril, tal como esboçado inicialmente, mas de uma atuação vinculada a valores e, mais precisamente, ao valor da Justiça. Daí se tem a possibilidade de aferir se, ao agir mediante a aplicação das normas jurídicas aos casos que são submetidos à sua apreciação, a justiça atuou de maneira adequada, correta, de acordo com a ideia de Justiça, o que efetivamente requererá um esforço para melhor precisá-la.

A par desse incremento qualificativo à ação, sedimentado na ideia de fim, é preciso que a ação mesma seja justificada tendo aquele em vista. Com isso, aquela atuação é densificada pela necessidade de um princípio justificador, um fundamento. E que princípio é esse? Curiosamente, a própria Justiça. Aquele vetor privilegiado, além de *telos* que orienta a ação, o qual marca um destino para esta, atua também como *arché*, como princípio em que ela se sedimenta. O princípio transporta-nos para a necessidade de fundamentação daquela atuação judicial.

Este preâmbulo expõe o horizonte do presente trabalho: a associação necessária entre o Direito e a Justiça, a atuação judicial do Direito segundo parâmetros de Justiça, os quais lhe servirão de norte, bem como de referência para a fundamentação daquele agir.

2. O horizonte do justo

Fixado o duplo papel da Justiça no âmbito do jurídico, o de *telos* e de *arché*, ficamos a depender de uma compreensão do que é o justo, sob pena de ingressarmos em um universo meramente retórico, imprestável para uma orientação firme no atuar do Direito.

Temos com a Justiça uma relação de familiaridade, uma pré-compreensão desse fenômeno que, de certa forma, já nos faz sentir ambientados naquilo que é justo, muito embora isso não se dê de uma forma tematizada, como agora pretendemos estabelecer¹. Contudo, é preciso receber essa reflexão com a devida cautela, a fim de que dela não se espere um procedimento de rigor que acabe promovendo um encurtamento do seu próprio alcance. Menos que conceitos, aqui pretendemos estabelecer índices formais que deem conta da explicitação de um fenômeno, isto é, de algo tal como ele nos aparece naquilo que é². Esse é o norte de toda a

¹ Lembra Agostinho (1979, p. 478), quando, colocando a questão acerca do que é o tempo, adianta que “se ninguém me pergunta acerca dele, eu o sei, mas se quero explicá-lo a quem pergunta, não o sei”.

² Como salienta Aristóteles (1985) em sua *Ética Nicomaqueia*, é próprio do homem instruído buscar a exatidão em cada matéria na medida em que a admite a natureza do assunto (1094b24-25).

investigação, uma fenomenologia do jurídico, enquanto atuar do Direito referido à Justiça.

Partindo desse referencial de abordagem, parece-nos apropriado falar não de um conceito de Justiça, mas de um horizonte do justo. A ideia de horizonte contrapõe-se à de conceito, pois o primeiro se estabelece no aberto, enquanto o último agarra, enclausura e, de certa forma, obscurece-se. Por outro lado, não há estagnação, pois o horizonte é sempre dinâmico, ajustando-se ao nosso caminhar, o que reflete bem a ideia de Justiça, porquanto não se pode aqui pretender ingressar no absoluto, mas evidenciá-la no horizonte dinâmico da própria historicidade que integramos.

De fato, as grandes arquiteturas conceituais sobre o tema, em que pese a sua constância na história da humanidade, não dão conta desse complexo fenômeno, parecendo eclodir desse contexto múltiplas concepções que disputam entre si uma primazia conceitual que, não raro, são verdadeiras apenas para aqueles que as professam, recaindo no perigo de servirem de instrumento à efetivação de ideologias, tal como nos adverte Gustavo Zagrebelsky e Carlo Martini (2006, p. 18):

“O máximo a que se chegou foi isto: justo é o que guarda correspondência com a própria visão da vida em sociedade (a justiça, diz-se, dá-se necessariamente em uma relação social), injusto é o que vai de encontro a ela. Assim, sem embargo, a justiça renuncia à sua autonomia e se perde nos ideais, nas ideologias ou nas utopias. Reduz-se a um artifício retórico para reivindicar esta ou aquela visão política [...] por trás do chamamento aos valores mais elevados e universais é fácil que se esconda a mais impiedosa luta pelo poder, o mais material dos interesses. Quanto mais puros e sublimes são estes valores, tanto mais terríveis são os excessos que os justificam.”

O grande problema parece residir na densidade do conceito, que não abre mão da

referência a múltiplos valores secundários que se inserem na sua estrutura. Apenas para exemplificar: se nos escoramos em uma visão utilitarista, resumida na ideia de maximização de felicidade para um maior número de pessoas, a despeito da ausência de fundamento para tal concepção do justo, já que procura fundá-lo no que resulta da própria decisão, certo é que a própria noção de felicidade carece de maior reflexão para viabilizar a sua aplicação. Já na visão dos juriconsultos romanos, repousaria a Justiça na atribuição a cada um do que é seu – mas, afinal, o que é de cada um? Essa indeterminação faz dessa noção um alvo fácil de apropriação por ideologias que se prestariam a justificar ações que, a pretexto de consolidarem uma fórmula de justiça, seriam uma máxima de poder, como já o percebia Zagrebelsky e Martini (2006, p. 21).

Por outro lado, podemos recorrer a um conceito de Justiça que, partindo da constatação da vocação humana à apropriação da maior parcela possível de bens, transpareça mais realista que qualquer outra construção teórica. É o que se dá em John Rawls (1999), quando nos remete a uma suposta posição original que, marcada pelo desconhecimento, inviabilizaria uma tomada de posição pautada pelas apetências naturais, o que acabaria por redirecioná-la a uma decisão mais consentânea com o bem comum. Assim, ignorância e igualdade são assimiladas como termos correlativos. De fato, se não detemos o conhecimento preciso da nossa situação, melhor que pautemos a nossa atuação com base em princípios alinhados com a mais equânime distribuição possível de bens, pois assim talvez não sejamos agraciados com o melhor dos mundos, mas certamente também não seremos aquinhoados com o pior deles.

Essa engenhosa arquitetura padece de uma ingenuidade surpreendente: a de que essa posição originária é um lugar abstrato e meramente especulativo, no qual jamais nos encontramos.

A própria noção de conhecimento, além de demandar uma partilha que não é igualitária, nunca pode ser assumida generalizadamente como um nada. Não somos jamais investidos nesse pretensível véu de ignorância, em que “ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou seu *status* social [...] a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força, e assim por diante” (RAWLS, 1999, p. 118), em que tampouco se conheça a própria “concepção do bem, as particularidades do seu plano de vida racional, ou ainda os traços característicos da sua psicologia [...] as circunstâncias particulares da sua própria sociedade [...] a geração a que pertencem” (RAWLS, 1999, p. 118).

De fato, como entes compreensivos que somos, detemos algum conhecimento da nossa situação, ainda que equivocado, o que nos lança a um campo de deliberação que viabiliza a afirmação egoísta dos nossos desejos em cada caso, exatamente o que o modelo pretende afastar.

Como alternativa ao modelo de Rawls, podemos lançar-nos ao outro extremo, aquele que prestigia o conhecimento para a deliberação eticamente correta. Aqui, o que temos é uma premissa exatamente oposta, com ressonância socrática, no sentido de que o agir mal derivaria da ignorância. Em verdade, nada nos assegura que a razão seja tão potente; ao contrário, a história dá-nos inúmeros exemplos de déspotas esclarecidos. Nesse sentido, a advertência de Zagrebelsky e Martini (2006, p. 23):

“Ademais, não é em uma asséptica ‘posição original’ e sobre a fria mesa da anatomia dos conceitos onde a Justiça mostra o seu verdadeiro rosto (desfigurado), mas nas desgraças sociais e dali grita ao céu e aos homens. Consequentemente, é ingênua a ideia de que a luz racional dos homens livres de vínculos conduza automática e univocamente ao bem e à Justiça.”

Como assinala Chaïm Perelman (2005), a noção de Justiça é prestigiosa, porquanto envolvida em valores, os quais, por sua vez, dão-lhe uma forte carga emotiva. Por isso mesmo, o acordo conceitual nesse tema é quase irrealizável ou o é em uma fraquíssima medida. De fato, as discussões nesse âmbito seriam absurdas se partíssemos do princípio de que tais definições são meramente arbitrárias; mas, não sendo esse o caso, ou seja, se lhes é reconhecido certo significado, então necessitamos de um acordo acerca de valores, o qual provocará uma concorrência entre múltiplas concepções de mundo, onde cada um busca definir o que vale ou não. Esse quadro é responsável pela ocorrência de uma inevitável confusão. Daí a sua conclusão de que a Justiça é uma noção prestigiosa e confusa:

“Com efeito, quanto mais uma noção simboliza um valor, quanto mais numerosos são os sentidos conceituais que tentam defini-la, mais confusa

ela parece, a tal ponto que nos perguntamos às vezes, e não sem razão, se o sentido emotivo não é o único que define essas noções prestigiosas e se não temos de resignar-nos, de uma vez por todas, à confusão que se prende ao sentido conceitual delas” (PERELMAN, 2005, p. 6).

Esse quadro mostra-se quase trágico, diante da constatação de que “uma análise lógica da noção de justiça parece constituir uma verdadeira aposta. Isso porque, entre todas as noções prestigiosas, a de justiça parece uma das mais eminentes e a mais irremediavelmente confusa” (PERELMAN, 2005, p. 7). Nas palavras de Jacqueline Russ (1999, p. 7), há um fosso entre a exigência ética e o seu efetivo trabalho de fundação, pois “a ética, reivindicada em toda a parte, ancora dificilmente suas normas e valores em um lugar que os funde e os justifique. Ela parece mesmo, às vezes, não encontrável”.

Entretanto, essas considerações iniciais não devem provocar um sentimento de impotência tamanha que nos torne cépticos em relação à possibilidade de alguma fundamentação racional do justo. A fragilidade do arcabouço teórico-especulativo apenas sinaliza para o caráter prático do tema e a Justiça é efetivamente um elemento relevante para a fundamentação das decisões relacionadas ao nosso agir. Nesse sentido, a advertência de Zagrebelsky e Martini (2006, p. 35):

“Nossa ignorância teórica sobre o conteúdo da Justiça não exclui que possamos dizer algo importante sobre suas diversas formas: formas que não são fórmulas vazias, mas que requerem distintos modos – às vezes antagônicos, às vezes complementares – de entender o *ethos* na experiência prática de quem crê e busca atuar conforme a justiça.”

Então, a despeito da nossa fragilidade diante do tema, retomamos a nossa proposta inicial, no sentido de que o importante não estaria na conformação de um modelo teórico que encampe todas as manifestações da Justiça, mas na evidenciação de notas comuns naquilo que nos aparece como sendo justo.

De fato, ordinariamente não estamos envolvidos no questionamento acerca da Justiça em si, mas constantemente nos encontramos emitindo juízos de valor a ela relativos, quanto a situações que presenciamos ou em que nos envolvemos diretamente, no sentido de afirmar que isso ou aquilo é justo ou injusto. Assim, a ideia de Justiça é transplantada para o plano da concreção. Mais ainda, o justo ou injusto em cada caso parece relacionar-se com alguma norma de caráter deontológico. Ou seja, diante de uma dada situação que exige um posicionamento do agente, ele não apenas coloca a questão de como deve agir³; mas também à resposta a

³ Veremos mais adiante que essa questão é inteiramente aplicável aos juizes na execução de seu mister.

esse primeiro questionamento segue-se outra indagação: por que *devo* agir assim e não de outra forma? Essa última fase se encontra no plano da justificação daquela decisão inicial. Assim, em um sentido muito amplo, podemos afirmar que toda ação racionalmente motivada está fundada em alguma norma que a determina.

Essa ideia de normatividade que permeia o justo remete-nos ao importante marco da igualdade. Suponhamos que uma norma jurídica estabeleça que todos aqueles que recebam um salário inferior a 1000 unidades monetárias vigentes fazem jus a uma cesta básica alimentar. Ou seja, para todo X, deve ser Y, onde X é a pessoa que se enquadra no critério anunciado, e Y a entrega dos alimentos. O funcionário responsável pela aplicação da norma depara-se com um grupo de assalariados que se ajustam à situação nela descrita, entregando a cesta básica a todos eles, exceto a um. Sobrevém imediatamente a questão: por que a regra não foi aplicada em relação a ele? Não havendo uma justificativa racional para tanto – como, por exemplo, uma regra de exceção que autorize a discriminação –, então podemos afirmar que a atitude em questão foi injusta. Logo, a *inconsistência* na aplicação da regra examinada é uma forma de injustiça, porque não respeita a igualdade dos seus destinatários⁴.

Avançamos um passo ao afirmar a correlação entre o justo e o tratamento igualitário. Entretanto, o que é afinal a igualdade? Inicialmente, ela se estabelece no âmbito de uma relação entre duas coisas, propriedades ou pessoas. Em segundo lugar, essa relação vem orientada por uma ideia de semelhança; não de identidade, já que a singularidade dos eventos e das pessoas é efetivamente intransponível. Finalmente, a relação mencionada guarda referência a um terceiro elemento, “uma qualidade que opera como um *tertium comparationis*. Igualdade e desigualdade são sempre igualdade e desigualdade com respeito a determinadas propriedades” (VELASCO, 2009, p. 49). Em nosso exemplo, temos o grupo de trabalhadores, cujos integrantes serão comparados com base no referencial do salário recebido.

Assim, a despeito da evidente ausência de identidade entre os membros do grupo, alguns podem ser assumidos como iguais, em função do salário baixo que percebem mensalmente, a justificar o tratamento isonômico determinado pela regra, ou seja, o recebimento da cesta básica.

Se, como dissemos, há uma insuperável singularidade nos eventos e nas pessoas, poder-se-ia questionar a própria origem dessa igualdade afirmada. De fato, homens e mulheres ostentam compleições físicas distintas, mas isso não afasta a necessidade de reconhecê-los como iguais para fins de

⁴ Esse liame já vinha assinalado em Aristóteles (1985), quando afirmou: “Assim, pois, se o injusto é desigual, o justo é igual, o que, sem necessidade de argumentos, todos o admitem” (1131a12-13).

percepção de um mesmo salário, quando desempenham a mesma função em uma empresa. Portanto, é até razoável afirmar que a igualdade não é algo que exista por si. Pessoas, como no exemplo, não são efetiva e naturalmente iguais, não há uma igualdade ontológica, mas sempre instituída pela própria norma que os coloca em um mesmo grupo, a fim de atribuir-lhes igual tratamento. É o que defende Agnes Heller (1998, p. 19), quando afirma que “é precisamente a aplicação das mesmas normas e regras a um certo grupo de pessoas que *constitui* aquele grupamento real e *não* o contrário”.

Essa discussão não é suficiente para o âmbito de nossas reflexões, porquanto estamos apenas atribuindo a necessidade de fundar certos comportamentos nossos em deliberações práticas que sejam racionalmente justificadas. Para tanto, releva saber o porquê de agirmos assim e não de outra forma, sendo esse espaço de justificação conduzido por normas (não necessariamente regras jurídicas), que exigem, como uma feição da Justiça, uma aplicação consistente e, portanto, um tratamento isonômico.

Decerto que isso não basta para a solução dos nossos problemas. No âmbito da igualdade, em última análise, estamos buscando afirmar uma norma do tipo “a cada um segundo X”, onde X é o critério de Justiça eleito. Podemos estar de acordo sobre a distribuição equitativa de bens, quanto ao tratamento igualitário, mas não sobre o critério relacional pelo qual os elementos do grupo serão identificados. Por exemplo, X pode ser a riqueza, o conhecimento, as necessidades etc.

Portanto, o critério discriminatório utilizado na própria regra pode ser alvo de questionamentos. Retomando o exemplo dado anteriormente, será que o montante matematicamente fixado para a outorga das cestas básicas reflete a Justiça? Será que aqueles que não trabalham, e que portanto nada recebem, devem ser inseridos no programa assistencial alimentar? Ao aferir o índice em questão, deveríamos aplicar como critério único o salário recebido pelo provedor ou substituí-lo pelo conceito de renda familiar, de forma a viabilizar o cômputo de outras fontes de renda ou de seus dependentes? Enfim, inúmeras questões podem ser levantadas, mas o que nos interessa, por ora, é a relação estabelecida entre o justo e o princípio da igualdade, bem como alguns sinais estruturais desse último.

Há quem assinala a possibilidade de cometimento de injustiça não apenas quando estamos diante de uma aplicação inconsistente de normas, mas também quando selecionamos a norma inadequada ao caso⁵. Ainda aí vemos transparecer uma violação à igualdade. Tentemos esclarecer isso com um exemplo.

Imaginemos a seguinte norma: pessoas que percebem uma remuneração mensal de até dez salários mínimos são isentas do imposto sobre

⁵ Como exemplo, citamos Velasco (2009, p. 44).

a renda⁶. Suponhamos que alguém que receba vinte salários mínimos, ao invés de submeter-se à tributação do referido imposto, foi isentado da exação com base na referida norma. Nesse caso, seríamos tentados a dizer que a hipótese não diz respeito à desigualdade, mas se trata de justificação equivocada, em razão da aplicação da norma errada. Com essa argumentação, aquela ação não deixa de ser injusta, mas o que efetivamente fundamenta esse juízo de valor parece também ser a desigualdade. O grande problema é que esse critério, por questões de simplificação, normalmente é assumido no âmbito, ou com referência apenas a um determinado grupo de pessoas, muito embora não exista qualquer justificativa para tal restrição.

Aristóteles apresentava múltiplas feições da Justiça particular, dentre elas a distributiva. Para o estagirita, convinha estabelecer um meio termo no que tange à distribuição dos bens entre as pessoas, de conformidade com determinado critério. Em outras palavras, as coisas devem ser distribuídas igualmente entre as pessoas, guardando uma proporção determinada por algum critério referencial⁷. Ursula Wölfel (2010) aí identificou seis pontos de referência, correlacionados a três relações de igualdade. Confira:

“[...] o justo, no sentido da justiça distributiva, deve ser um termo médio, algo igual e algo relativo. Enquanto termo médio, o justo se constitui como o meio termo entre o demasiado e o muito pouco. Enquanto algo igual, é a igualdade entre duas coisas (dos bens que devem ser repartidos). Enquanto relação, é justo *para* as referidas pessoas” (WÖLFEL, 2010, p. 105, grifo nosso).

As relações entre as pessoas e as coisas estariam orientadas por um valor (*axia*) que orientaria a distribuição. Por isso, a relação entre pessoas e coisas distribuídas deve guardar uma mesma proporção exatamente porque a posse de quinhões iguais está referida apenas a pessoas “iguais”. Para Aristóteles (1985), as disputas derivariam de um desequilíbrio nessas relações, evidenciado quando iguais possuem coisas desiguais; ou quando desiguais possuem coisas iguais. Daí afirmar que “o justo, então, é a proporção, e o injusto o que vai contra ela” (ARISTÓTELES, 1985) (1131b17).

Retornando ao nosso exemplo da isenção fiscal, ao apontar para os contribuintes que percebem remuneração de até dez salários mínimos

⁶ A redação alterada da norma não oculta o seu caráter deontológico, pois o que parece ser um exemplo de uso descritivo da linguagem, na verdade, é prescritivo, no sentido de que os trabalhadores que se enquadram no critério eleito pela norma, *devem ser* afastados do campo de aplicação do referido imposto.

⁷ “O justo será um termo médio e igual com relação com algo e com alguns” (ARISTÓTELES, 1985) (1131a16).

mensais, a norma fixa a referência que permite identificar os integrantes do grupo, destacando-os dos demais. Visando a uma melhor distribuição de renda, e também a um maior equilíbrio na concorrência para as despesas públicas, parece razoável (diríamos mesmo impositivo) que aqueles que detêm maior capacidade contributiva devam ser onerados mais intensamente, no sentido de uma tributação maior, do que aqueles que detêm menor renda.

O que temos aí é exatamente uma especificação da isonomia em geral, a qual é baseada exatamente no critério de igualdade que acabamos de estudar. Com base no referencial do salário mensal recebido, a tributação, como encargo a que estão submetidos os contribuintes, deve ser distribuído proporcionalmente⁸, ou seja, quem ganha mais será mais intensamente tributado do que aquele que ganha menos. Pois bem: quando alguém que ganha vinte salários mínimos não é tributado, deparamo-nos exatamente com aquela situação de desequilíbrio a que se referia Aristóteles (1985), já que o mais dotado de recursos estaria suportando um encargo menor. Portanto, temos aqui dois grupos próximos: o dos trabalhadores que ganham mais que determinado patamar e o daqueles de baixa renda. Ao aplicar a regra de um ao outro, efetivamente se dá um caso de eleição incorreta da norma, mas nem por isso estaremos afastados do vetor da igualdade que aí foi desrespeitado.

Note-se que não apenas quando deixamos de outorgar a isenção, por inconsistência, estaremos deixando de ser igualitários, mas também quando a estendemos a integrantes de grupo diverso do nela previsto. Portanto, inconsistência

⁸ Nesse caso, uma relação inversamente proporcional, posto tratar-se de um encargo, uma subtração de riqueza. Aliás, perfeitamente aplicável ao modelo aristotélico, haja vista a sua afirmação de que “tratando-se do mal ocorre o contrário, pois o mal menor, comparado ao maior, considera-se um bem” (ARISTÓTELES, 1985) (1131b20).

e eleição equivocada da regra aplicável parecem ter uma raiz comum no princípio da igualdade.

Esse esforço argumentativo tem a finalidade de reforçar a intensidade com que tal princípio se articula com a Justiça. Decerto que não temos a pretensão de circunscrevê-la inteiramente a ele, senão evidenciar o espaço privilegiado que ele ocupa no âmbito de nosso tema.

De fato, pode-se dizer que a ideia de uma Justiça distributiva é uma fórmula vazia porque, a despeito de orientar “uma igual partilha dos recursos comuns – isto é, persegue (ela) uma sociedade mais justa do ponto de vista material, em que não há espaço para o ressentimento e a inveja pela fortuna alheia” (ZAGREBELSKY; MARTINI, 2006, p. 35) –, ela efetivamente não nos orienta acerca do que será dividido, tampouco nos aponta o critério de distribuição. Entretanto, essa percepção é diluída, na medida em que o princípio aflora com toda a sua pujança exatamente nas situações concretas com que nos deparamos.

Em determinada situação, envolvendo a partilha de determinado bem entre pessoas determinadas, segundo um critério normativamente dado, aí então poderemos constatar se, segundo a norma em questão, os assumidos como iguais realmente o são, se o quinhão recebido atende ao critério proporcional estabelecido, e ainda, em uma análise mais profunda (de segundo nível), se o próprio critério estatuído é razoável e justo.

Portanto, mesmo reconhecendo a importância da atitude teórico-reflexiva, devemos assumir com humildade a nossa limitação diante de uma realidade que nos sobrepassa, para daí harmonizar nossa condição humana com as exigências da Justiça, de maneira tal que nosso esforço racional para orientar as liberações práticas não se dê no âmbito de um ideário abstrato, mas no chão da própria vida.

Pois bem: é aceita a ideia de que as profissões em geral perseguem determinado bem e,

nesse sentido, deverão submeter-se a uma moral profissional. No âmbito da magistratura, esse bem é a Justiça, o que a coloca em um espaço ético-profissional privilegiado. Nesse sentido, as anotações de Monique Canto-Sperber e Ruwen Orgien (2006, p. 8): “A moral profissional seria a tradução concreta do fato de que as profissões, e mais sensivelmente no caso da magistratura, são sustentadas por valores e princípios”. Daí falar-se em uma deontologia das profissões, e também jurídica, para referir-se ao conjunto de normas que presidem o desempenho dos profissionais ligados a determinada área.

Os mesmos autores assinalam ainda que essa moral profissional está ancorada na necessidade de uma atuação íntegra e coerente, que leve ainda em conta os interesses daqueles que são confrontados com a atuação regulada (CANTO-SPERBER; OGIEN, 2008, p. 8).

Nossas reflexões seguem então descortinando, em maior amplitude, essa referência entre a atuação jurisdicional e a ética, ao longo das quais novas dimensões da Justiça vão também sendo trabalhadas.

3. A jurisdição como exemplar privilegiado da ética

Parece-nos que a atuação judicial é dotada de um alcance mais amplo do que normalmente lhe é atribuído. Não se trata de, na linha daquele conceito reducionista inicialmente apresentado, circunscrevê-la à aplicação de um conjunto normativo institucionalmente estabelecido a determinados casos, menos ainda de fazê-lo por meio de um mero silogismo jurídico, em que normas, fatos e decisão estariam associados a premissas maiores, menores e conclusão, respectivamente. A despeito de o tema voltar a ser tratado com mais detalhes abaixo, já adiantamos que o atuar do juiz não é tão simples, tampouco seria rigorosamente vinculado apenas quando justificado nesse arcabouço lógico.

Sobre o agir do juiz também paira uma expectativa que podemos definir como atributiva de um caráter ético, haja vista que ela, como vimos, está voltada à ação, orbitando em torno de questões do tipo: “O que devo fazer?”, “O que esperam de mim?” e “O que devo esperar dos outros?”. A decisão judicial parece inscrever-se nessa esfera de questionamentos e, portanto, na esfera da ética.

Quando o juiz atua, deposita-se na sua decisão a expectativa de uma ação que não é apenas pacificadora de um conflito. Fosse assim, qualquer resultado seria admissível. O que importa é que a decisão mesma e o percurso para a sua justificação sejam orientados pelo *telos* e pela *arché* da própria Justiça. É nesse sentido que a expectativa se instala. Portanto, ao atuar, deve o juiz manter a visada em um padrão de correção que deve ser perseguido, e que a sociedade deposita nessa sua ação certas expecta-

tivas que bem se inscrevem no âmbito daquele questionar ético a que acima nos referimos (“O que esperam de mim?”).

Esse caráter ético da decisão judicial é novamente confirmado quando lidamos mais diretamente com o próprio universo do magistrado, no sentido de que ele mesmo se vê envolvido em dilemas da vida social que dele exigem um posicionamento, não raro, somente alcançado responsabilmente após um difícil enfrentamento. Aqui temos o âmbito do outro questionar: “O que devo fazer?”.

Vê-se, pois, que o universo do justo, como momento ético da atuação judicial, perpassa todo o processo decisório e inscreve-se nele como um vetor normativo para a atuação do juiz.

Essa exemplar tarefa costuma ser concebida de uma maneira simplista, tomando-se por premissa que o justo é algo que já é dado antecipadamente ao juiz, por meio do universo de normas jurídicas instituídas. Nesse sentido, a Justiça seria o qualificativo inerente ao legal. Portanto, ser justo significaria aplicar a lei; injusto, desrespeitá-la. Aquela dimensão problemática que acabamos de mencionar estaria dissolvida, à vista da resposta simples e evidente que a ela estaria vinculada. O autoquestionamento sobre o seu dever e a expectativa sobre a atuação judicial se diluiriam na mera aplicação da lei.

Aristóteles (1985) já via como problemático esse quadro, pois, a despeito de inscrever o justo em geral no plano da obediência às leis, não hesitou em aí abrir espaço a ressalvas (1129b12-13): “Posto que o transgressor da lei era injusto e o legal justo, é evidente que todo o legal é, *de certo modo*, justo” (ARISTÓTELES, 1985, grifo nosso).

De fato, essa identificação é problemática em dois sentidos: primeiro, porque desconsidera a dimensão da equidade; e, segundo, porque

parte do equivocado pressuposto de que o justo está positivado como um dado objetivo e *a priori*. Passemos à análise desse tema.

4. A dimensão da equidade e o sentido da norma jurídica

É próprio das leis pretender regular situações concretas, atribuindo-lhes consequências jurídicas específicas. Por exemplo, se A mata B, então ao primeiro deve ser aplicada uma pena privativa de liberdade, fixada segundo parâmetros definidos na norma. Assim, a análise estrutural dessa regra jurídica revela um preceito hipotético descritivo da situação (“Se um homem matar alguém...”); e outro, dito secundário, impositivo de uma sanção (“... então, deve ser-lhe aplicada uma pena de reclusão”). Esse modelo normativo, embora reconheçamos não esgotar a tipologia anatômica das normas jurídicas, é predominante no Direito⁹.

No âmbito da atividade política está a tarefa de evidenciar aqueles que são os valores assumidos como necessários a uma convivência social adequada e da sua proteção jurídica, mediante a instituição de um quadro normativo em que as situações violadoras desses bens tutelados pelo Direito são descritas antecipadamente e, na sequência, cominadas penas para a hipótese de virem a acontecer efetivamente. Portanto, essa estrutura hipotética gravita em torno de antecipações de ações futuras, essas sim mobilizadoras daquele potencial sancionatório instituído.

O escalonamento valorativo que a estrutura de regras revela é o pressuposto de uma atuação política adequada, razão pela qual assumimos

⁹ Apenas para dar um exemplo, além desse perfil, comumente categorizado como norma de comportamento, existem as normas de estrutura, tais como as que preveem a fixação de competências, as normas de organização em geral e ainda as normas definitórias.

que o próprio valor Justiça atravessa essa rede normativa, que passa então a revelá-lo como a sua expressão mesma. Daí porque, desde a Antiguidade, uma das modalidades da Justiça é admitida exatamente como aquela que se manifesta no cumprimento das leis, tal o justo geral a que se referia Aristóteles (1985)¹⁰.

Em outras palavras, não podemos presumir que a legislação não esteja informada por valores legítimos, que o Direito, como pura força, possa impor normativamente qualquer conduta e estabelecer quaisquer sanções. Um tal sistema, asséptico em relação a valores, não se coaduna com a estrutura de direitos fundamentais consagrada no âmbito dos Estados contemporâneos, cuja feição constitucional impõe limites à regra da maioria, no sentido de que não é dado ao legislador instituir qualquer coisa.

Em que pese tal presunção, necessária à própria assunção da legitimidade do jurídico, temos que reafirmar a natureza hipotética das normas, voltadas a previsões ou antecipações de situações que poderão ser deflagradas no futuro. Isso nos coloca diante de um perfil normativo necessariamente positivado no âmbito do geral e do abstrato, para valerem-nos de expressões correntes na qualificação das normas. Ou seja, normas jurídicas são abstratas e genéricas porque não descrevem situações efetivamente ocorridas, mas eventos que poderão ocorrer no futuro. E como toda e qualquer previsão, submetem-se às limitações humanas.

De fato, a dimensão do humano é a do temporal, do finito, do histórico. Não podemos nos assenhorar do mundo com uma cognoscência absoluta, já que deuses não somos. Por isso mesmo, toda tarefa legislativa estará situada aquém dos limites fáticos, de forma que sempre evidenciaremos uma riqueza de circunstâncias de

tal magnitude que a lei não consegue alcançar. Assim, é somente na dinâmica da aplicação que a norma poderá eclodir. Antes de tal ato a sua pretensa significatividade, genérica e abstrata, é meramente potencial, somente se consolidando de modo efetivo no ato aplicativo.

Exsurge aí a noção de equidade como mecanismo de adaptação ou ajuste do plano abstrato ao concreto, da “norma” ao fato. É nessa linha que aquela Justiça geral, consolidada no cumprimento das leis, não pode ser assumida como o todo da Justiça, pois o geral que a qualifica está comprometido apenas com o atributo de generalidade que é pertinente às normas legais. Assim, ao lado daquele justo geral, Aristóteles (1985) aponta para a existência de uma Justiça particular, que se manifestaria em múltiplas formas, dentre elas na modalidade da equidade. A sua pertinência com a Justiça fica patente na sua *Ética Nicomaqueia*, quando assinala que equitativo e justo são modalidades do bem e, dada essa convergência, reconhece no primeiro certa forma de Justiça. Contudo, esse ponto comum não é suficiente para identificá-los por completo, porquanto, embora o equitativo seja também justo, não o é de acordo com a lei, mas como uma correção da Justiça legal (1137b14-15).

Convém ressaltar que a necessidade de um corretivo poderia sugerir o necessário erro no estabelecimento das regras jurídicas, mas não é o que o estagirita conclui, pois “o erro não radica na lei, tampouco no legislador, mas na natureza da coisa, pois tal é a índole das coisas práticas” (ARISTÓTELES, 1985) (1137b18-20).

De fato, já afirmamos mais acima que aquele quadro de previsibilidade em que se inscrevem as leis está referido a uma ação humana, a qual é marcada pela sua historicidade e finitude, e assim não se coadunam com a ideia de um conhecimento absoluto. É por isso que, no âmbito do sistema de regras jurídicas, a estatuição,

¹⁰ Nesse sentido, a divisão introduzida no capítulo 7 do livro V da sua *Ética Nicomaqueia* (1134b20 a 1135a15).

que se pauta por uma descrição antecipada de situações futuras, necessariamente representará um “minus” em relação ao “plus” da candente riqueza fática efetiva.

Por isso, a equidade impõe-se como uma exigência derivada da necessidade de temperamento das consequências pessoais, familiares ou sociais desfavoráveis, surgidas pela inevitável generalidade e abstração das leis¹¹.

Se tomarmos essa peculiar carência normativa como um erro, a tarefa do equitativo seria a de corrigi-lo. Porém, como vimos, não se trata propriamente de uma falha na instituição da regra de Direito, mas de uma sua característica intrínseca. As regras jurídicas têm um modo de ser que não lhes permite alcançar, na sua abstração e generalidade, a riqueza das circunstâncias da situação que pretendem regular. Daí por que a equidade não pode ser assumida como um caso-limite de correção, mas como o modo ordinário de referência à aplicação do Direito.

Ademais, essa aplicação jamais será uma atividade estéril, que isola o sujeito para que o objeto se desvele em seu sentido inato. Não há um núcleo semântico encoberto por uma crosta protetora, em que o papel do sujeito residiria na utilização cuidadosa de um manancial de ferramentas interpretativas para o rompimento daquela capa. Não se trata de uma intervenção cirúrgica na qual o intérprete, fazendo as vezes do médico, necessita de um processo de esterilização adequado para não contaminar o objeto sobre o qual procederá a sua intervenção. Não é o manejo de técnicas complexas que nos dará um mundo, pois ele já me é dado de antemão nos múltiplos sentidos de que dele já disponho e que se conectam no acontecer do evento interpretativo.

Há um diferencial próprio do humano que consiste na possibilidade de deliberação, possibilidade de escolher, com bases racionais, a ação que deve adotar nas múltiplas situações em que pode encontrar-se. Animais não detêm essa possibilidade, já que atuam por instinto, segundo um código genético programado que não lhes dá a opção de ser diferentemente do que são, não têm eles possibilidade de escolha. Homens não. Nós somos capazes de revelar as coisas tais como elas são, associando-as em um mundo de significatividade que abarca valores e, com base nisso, deliberar acerca do modo de agir reclamado em cada caso, dando-nos a norma de ação. Está assim, de certa forma, a ação ética correlacionada ao conhecimento e à verdade.

De fato, sem conhecimento, sem a verdade da situação, nosso agir estaria desorientado, colocar-nos-íamos em um estado de insegurança acerca de como deveríamos proceder em cada caso. Ao contrário, se es-

¹¹ Nesse sentido, a clara redação do art. 36 do Código Ibero-Americano de Ética Judicial (ATIENZA; VIGO, 2008).

tamos cientes da situação, conhecendo-a em detalhes, nossa capacidade de deliberação vê-se orientada para o correto modo de agir naquele caso. Sentimo-nos seguros de nós mesmos porque agimos com substrato em uma deliberação racional acerca de uma situação que nos é dada em sua verdade. Mas o que tem isso a ver com o Direito, e mais propriamente com a atuação judicial?

Tudo! A todo momento os juízes são instados a manifestar-se sobre situações que lhes são oferecidas a exame, devendo decidir acerca de relações, muitas vezes complexas, que influenciarão sobremaneira a vida dos envolvidos. Por outro lado, há a expectativa de que o farão de forma racional e justa, de que são pessoas capazes de desincumbir-se desse mister com sabedoria e experiência prática suficientes à adoção de medidas que se alinhem ao justo em cada caso. Ora, isso exige que juízes estejam seguros de si para proferir as suas sentenças, e isso pressupõe não somente estarem instruídos dos fatos que permeiam o problema, mas também das regras que os presidem. Sem o conhecimento de um ou outro teremos uma desorientação comprometedora da sua atividade deliberativa.

Dessa forma, temos a tendência de cindir o mundo do Direito em dois momentos correlacionados: o pertinente ao conhecimento dos fatos e o referido ao Direito aplicável a eles. Isso corrobora aquela anatomia normativa que temos estudado, no sentido de que elegemos comportamentos e os valoramos pelo Direito, consagrando-lhes proteção por meio de regras jurídicas, as quais atribuem sanções determinadas a certas situações hipotéticas descritas antecipadamente. Ora, superado esse momento nomogenético, em que a anatomia normativa é delineada, sobrevém a sua fisiologia, a dinâmica do seu funcionamento, como momento da sua aplicação.

Segundo uma visão ortodoxa, naquele primeiro momento o Direito já estaria completamente delineado, cabendo aos juízes conhecê-lo para poder aplicá-lo. Regras já ostentariam um sentido inato, independente dos seus aplicadores e da própria situação regulada. Seriam módulos de sentido que nos auxiliariam na condução da vida social.

Deflagrados os fatos e instalada a controvérsia, não havendo como superá-la pelos próprios envolvidos, a possibilidade de direcionar o problema a um juiz é inevitável. E o que faz ele? Com base em depoimentos, testemunhos, relatos de especialistas, narrativas em geral e, por vezes, inspeções locais, toma ciência dos fatos, desvendando-os como realmente são, a fim de que, com base nesse conhecimento, possa subsumi-los aos modelos hipotéticos do arcabouço normativo positivado de que já dispõe. Feito esse enquadramento, a solução já lhe é dada, visto que o conseqüente normativo também é parte da regra positiva, já a integra.

Essa visão ortodoxa privilegia a subsunção de fatos a normas como a essência da atividade judicial, e o faz sob a pretensão de conferir previsibilidade às decisões do juiz, base do que se costuma denominar segurança jurídica.

Contudo, o sistema assim concebido padece de vícios insuperáveis por dois motivos simples: a) o juiz não é capaz de reencontrar-se com o passado de forma asséptica (ele não pode recuperar os fatos de maneira objetiva, pois é parte dessa presentificação); e b) como vimos, não há um sentido normativo imanente, que possa ser explicitado de maneira também objetiva por meio de procedimentos hermenêuticos cientificamente trabalhados.

Convém ressaltar que o domínio da estatuição normativa lida com previsões inacabadas, já que as múltiplas significações que derivam dos acontecimentos e as múltiplas conexões de eventos que aí estão relacionadas não podem ser antevistas pelo legislador, a ponto de conferir ao produto do seu trabalho a hipostasia de uma entidade perfeita que abarque todo o real. Haverá sempre uma incompletude necessária que não dispensa o ato judicial, necessariamente orientado a um processo seletivo em meio à complexa situação, que permita evidenciar aquelas que são, no caso, as circunstâncias mais relevantes para o seu deslinde adequado. É dessa prudência que aflora a equidade como procedimento de correção do distanciamento daquelas regras abstratas, de forma a ajustá-la ao caso, não apenas como mera subsunção, mas essencialmente como um processo de aplicação de algo que não se deixa identificar plenamente com a situação que se pretende regular.

Daí não decorre a sucumbência da ideia de segurança jurídica, enquanto valor que deve também orientar a atividade dos juízes. Há apenas uma deriva semântica que a distancia da noção de previsibilidade absoluta para uma expectativa razoável. O fato de a equidade,

como essência da estrutura aplicativa ordinária das normas, estar sempre presente, não significa um nível de dispersão tal que autorize o juiz a afirmar qualquer coisa. A difícil tarefa de ajuste sem desvinculação é o desafio para a Ciência do Direito, pois “o juiz equitativo é o que, *sem transgredir o Direito vigente*, leva em consideração as peculiaridades do caso e o resolve baseando-se em critérios coerentes com os valores do ordenamento” (ATIENZA; VIGO, 2008, p. 39).

4.1. Equidade e expectativa razoável

Do que até aqui vimos, é razoável afirmar a existência de um dilema no Direito: de um lado, já está devidamente assentado que a estrutura normativa é necessariamente deficitária porque, ancorando-se em previsões hipotéticas que lhe dão a nota de abstração e generalidade, não é capaz de esgotar a multiplicidade de circunstâncias que integram a realidade fática; e, de outro lado, há a necessidade de conferir-se segurança jurídica à atividade judicial, de forma que as deliberações dos juízes não sejam arbitrárias, incoerentes e não isonômicas, dado que acabariam por desautorizar o poder que lhes é conferido para a solução de controvérsias. Qualquer pessoa que busca a solução de um conflito perante o Poder Judiciário deve ostentar uma expectativa razoável acerca da decisão que sobrevirá. Dificilmente alguém buscaria a intervenção do Estado se não abrigasse tal sentimento, se a sentença fosse o resultado de um lance de dados. Assim, qualquer que seja o ajuste ou correção, que assumimos como a própria ação equitativa, é preciso marcar a existência de uma referência que é exatamente o alvo do ajuste. A equidade pressupõe um marco legal que deve ser ajustado.

Parece intuitivo que se há algo a ser ajustado, então não se pode perdê-lo de vista quando

dessa atividade corretiva, de forma que o juiz equitativo é aquele que, ao atenuar as consequências danosas da regra jurídica, não se desliga dela.

Entretanto, se não quisermos permanecer em meio a exortações retóricas, então o uso de expressões semanticamente abertas, de alta densidade significativa, deve ser alvo de uma reflexão intensa, a fim de que possamos dar-nos conta dos possíveis impactos que derivam do seu emprego efetivo. Dizer que o juiz deve ser equitativo nas suas decisões, que deve fazê-lo sem perder de vista o regramento jurídico, tudo isso é correto. Mas o que é efetivamente a equidade? Até que ponto estaria o juiz vinculado ao ordenamento e, por outro lado, até que ponto estaria distante dele, sob o manto permissivo da equidade?

Não são questões simples. Como dissemos, parece-nos que aí se encontra o grande problema da Ciência do Direito. Entre as diversas abordagens assumidas pelos acadêmicos, referir-nos-emos a duas feições de índole positivista, a fim de preparar o terreno para as nossas colocações.

A primeira delas diz respeito a Kelsen (1998), jurista austríaco que se notabilizou por sua *Teoria Pura do Direito*, dentre inúmeros trabalhos. Por meio dela tentou expurgar do âmbito do jurídico qualquer tentativa de situá-lo em fundamentos de ordem política, religiosa ou de qualquer outra ordem. O Direito seria um objeto formalizado, autojustificado, cuja validade estaria conformada por uma dinâmica normativa em que cada regra instituída no sistema encontraria o seu fundamento de validade em outra hierarquicamente superior.

Sentenças e atos administrativos concretos seriam produzidos com respaldo em leis que lhes antecedem. São, pois, atos de aplicação dessas regras superiores e, por outro ângulo, também atos de produção de Direito. Por sua vez, leis seriam produzidas como momentos de aplicação da Constituição, definindo-se assim uma série normativa hierárquica que, para fugir de um regresso ao infinito, terminaria em uma norma fundamental, inicialmente hipotética e, depois, pressuposta (“como se”).

Pois bem. Temos aí uma estrutura exemplar que não se deixa justificar por parâmetros exteriores, mas que obriga a uma reflexão mais detida. É cediço que esse sistema não pode dar conta, de maneira absoluta, da miríade de situações – ponto já pacificado em nossa exposição. Essa norma superior que será aplicada, viabilizando a produção da que lhe estará subordinada, não é algo absoluto, mas necessariamente incompleto. Ciente disso, Kelsen (1998) oferece-nos a ideia de *moldura normativa*. A norma de escalão superior não é aquela que domina o universo fático, mas a que o delinea em um quadro restrito de possibilidades, o qual autoriza o seu aplicador a atuar com certa margem de liberdade, conformando a norma produzida dentro dos limites da área determinada pela moldura.

A solução é engenhosa, mas não funciona. Não funciona porque essa pretensa circunscrição aos limites normativos não nos oferece qualquer caminho para afirmar os próprios limites em que devemos nos circunscrever. O problema da indeterminação estará agora apenas deslocado para o âmbito da moldura. E isso é problemático porque se reconhecerão, no caso do juiz, margens amplas de discricionariedade para a sua atuação, já que, dentro desses limites normativos (indeterminados), o juiz poderá tudo, inclusive valendo-se de justificativas extrajurídicas.

Não é nossa pretensão aqui expor em detalhes os delineamentos da *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 1998), tampouco dos múltiplos aspectos problemáticos da sua adoção indiscriminada, mas tão somente evidenciar que a pretensão de segurança jurídica que a preside é natimorta, na medida em que, paradoxalmente, ela acaba por atribuir discricionariedade ao juiz.

O segundo modelo de enfrentamento da questão é o de Hart (1994). Em sua obra *O Conceito de Direito*, o jusfilósofo apregoa a existência de regras que permitiriam a determinação precisa do que é e do que não é Direito. A par das regras de conduta, que determinam o comportamento lícito das pessoas, haveria outras que seriam de reconhecimento da pertinência e da validade daquelas ao sistema jurídico. Assim, em uma análise extremamente simples, reconhecida uma norma como integrante de um determinado sistema jurídico, ao juiz caberia tão somente aplicá-la, vinculando-se a ela. Até aí nenhum problema, já que a celeuma está exatamente na determinação do que a regra é.

Atento à questão, Hart (1994) assinalava a existência de casos em que a aplicabilidade de determinada norma não seria tão evidente como o modelo exige. Haveria *zonas de penumbra* que acabariam por dificultar a própria evidenciação do seu sentido, e mesmo dos fatos

que a ela seriam submetidos, o que acabaria novamente por viabilizar a atribuição de espaços de discricionariedade judicial nessas hipóteses.

O que aqui queremos deixar bem claro é que todo o engenho desses juristas está voltado ao estabelecimento de um modelo teórico que busque conferir um substrato seguro para a atuação do Direito, sobretudo no campo da sua aplicação. A questão reside em saber se foram felizes em seu desiderato – ao que responderemos negativamente. Não conseguiram êxito exatamente porque ao pretender segurança, paradoxalmente alcançaram discricionariedade.

Mesmo se reconhecendo hoje a limitação dessas teorias, e dando como um momento histórico ultrapassado o positivismo jurídico, e ao qual poucos juristas se declaram vinculados, o fato é que está ele muito presente na práxis judicial e mesmo no momento de produção da lei. Parece-nos que o enfrentamento do problema da discricionariedade se dá pela via da limitação da *zona de penumbra* ou da área da moldura normativa que dá suporte à produção da sentença.

Entretanto, por mais que se esforce o legislador em fazê-lo, devemos reconhecer que sempre haverá uma margem de apreciação disponível, em virtude do caráter estrutural do ente que somos: “limitados” e históricos. Exatamente por isso é que o campo de previsibilidade será, como vimos insistindo, sempre deficitário quando cotejado à riqueza fática.

É necessário compreender que essa frenética tentativa de buscar segurança acaba por idealizar o mundo da vida, impedindo as coisas de aparecerem tais como são. Assim, corremos o risco de instituir um mundo hipotético que acabe tão conceitualizado que entre em descompasso com aquilo que pretende regular. Por exemplo, buscamos conceituar pobreza em termos numéricos, com um convincente rigor matemático que acaba por impedir que

acessemos, com a prudência necessária, a situação efetiva daquele que busca um determinado benefício assistencial.

O que pretendemos salientar é que essa tentativa de abarcar o mundo por um conceito legal não apenas é inócua, como também pode ser danosa aos fins que orientam o Direito. Então, é melhor assumir a nossa limitação e reconhecer a inafastabilidade do momento hermenêutico como necessidade imperiosa para a eclosão da norma.

Interpretar já não é mais um conjunto de técnicas que nos assegurariam uma certeza absoluta do mundo, mas um modo de ser do homem que permite àquele aparecer. Não se está aqui desprestigiando a adoção de técnicas que nos auxiliem a orientar o pensamento, mas apenas deixando de endossá-las como aquela pedra filosofal de que necessita o juiz para pautar a sua atuação de maneira justa e segura.

Então, melhor assumirmos essa limitação, reconhecendo que o ordenamento jurídico, tal como posto, exigirá um ato de aplicação que leve em consideração uma aptidão do juiz para agir de forma prudente na consideração de circunstâncias que são relevantes ao caso, de maneira a ajustar o texto legislativo às necessidades de orientação da sua aplicação ao *ethos* da Justiça, como vetor que deve presidir o Direito. O caminho não está em negar esses espaços de deliberação (“discrecionarietà”), mas reconhecê-los e lidar com eles segundo aquele norte valorativo da equidade, tal como nos exorta o Código Ibero-Americano de Ética Judicial, ao dispor que “nas esferas de discrecionarietà que lhe oferece o Direito, o juiz deve orientar-se por considerações de justiça e de equidade” (ATIENZA; VIGO, 2008, p. 40).

Portanto, a melhor forma de fazê-lo não é fechando-se ao mundo, mas abrindo-se a ele e explicitando os motivos, os fundamentos que levam o juiz a decidir desta e não daquela forma. É na justificação que teremos a medida da Justiça e, portanto, da correção da sua atuação; ou, ao contrário, da sua injustiça ou incorreção.

4.2. O problema da fundamentação das decisões judiciais

Pode soar estranho o acento na fundamentação, e não na decisão propriamente dita, como critério para a aferição da correção da atuação judicial, sob o viés da Justiça. Entretanto, essa sensação logo ficará superada.

No âmbito do processo civil, o tema da sentença tem sido trabalhado inicialmente pela busca da sua natureza, questionando-se se nela temos um ato de conhecimento ou um ato de vontade do juiz. O elenco de opções não é adequado. Assumi-la como um ato de conhecimento parece decorrência de um modelo que prestigia a subsunção como parâmetro absoluto para a atuação do Direito. Nesse aspecto, se o ordenamento

é um plexo de sentidos já dados de antemão, caberia ao juiz apenas inteirar-se dos fatos e das regras pertinentes, para, conhecendo-os, operar esse sistema de forma a fazer atuarem os conseqüentes normativos já previstos. Por sua vez, na esteira do que vimos percorrendo até aqui, se é levado em conta que essa estrutura não reflete adequadamente aquilo que efetivamente ocorre, então se abre a possibilidade de ver na atuação do juiz algo mais que o simples conhecimento de fatos e regras, mas um ato de vontade seu. Entretanto, essa alternativa sugere (ou, ao menos, deixa espaço para) uma opção meramente emocional ou psicológica, sem intervenção de um processo racional deliberativo – o que parece ser efetivamente o caso.

De fato, fosse a sentença o resultado de um processo psicológico, em que se manifestassem preferências e determinadas afecções pessoais, teríamos espaço para um campo de arbitrariedade que autorizaria o juiz a decidir de qualquer forma sobre qualquer matéria, ainda que observados certos limites legais¹².

Como já assinalamos mais acima, embora o ordenamento jurídico deva ser respeitado e tal respeito deva ser assumido tradicionalmente como uma modalidade de Justiça, daí não deriva que toda a Justiça esteja aí acomodada. Vimos que há o relevante papel da equidade na sua conformação, haja vista que aqueles preceitos hipotéticos, porque genéricos e abstratos, não dão conta da complexidade do mundo, necessitando de um procedimento de aplicação que revelará uma adequação fática ou ajuste daquelas previsões normativas aos casos a que estão voltadas. Esse justo equitativo pressupõe então um processo de deliberação em que o

juiz buscará evidenciar, dentre as múltiplas circunstâncias presentes, aquelas que detêm relevância para o caso e, dentre essas, o peso que faz com que considere em maior conta umas dentre outras.

Evidentemente, esse processo não pode ser assimilado a um ato de vontade pura e simples. Ao contrário, é ele fruto de uma deliberação racionalmente embasada, que exige não só a vocação virtuosa do juiz, mas também a explicitação desses substratos lógico-materiais de que resulta a sua decisão. A esse processo denominamos aqui fundamentação.

Portanto, muito mais que um ato de conhecimento ou resultado de afecções psicológicas, a sentença é o ponto culminante de um processo deliberativo prático que exige, para além de todo querer ou sentir, uma justificação racional.

A nota de racionalidade que marca o processo de tomada de decisões é que justifica a necessidade de explicitação das razões do decidir. Não se trata apenas de uma necessidade de constatação de uma coerência lógica interna ao procedimento deliberativo, mas principalmente de uma aferição do próprio conteúdo decisório, no sentido da verificação das circunstâncias assumidas como relevantes para o caso. Ou seja, a explicitação dos fundamentos da decisão presta-se a aferir se o juiz se houve com a devida prudência na análise do caso, se ele se portou verdadeiramente como um *phronimos*, se o processo de aplicação da regra jurídica foi conduzido de maneira adequada ou se, a pretexto de ser equânime, o juiz não acabou por revelar-se um justiceiro, desgarrando-se da Justiça em geral.

Portanto, a ideia de um ajuste necessário no ato de aplicação não poderá prescindir dessa explicitação dos fundamentos, a fim de que transpareça todo um campo de percepção que possa servir de espaço de controle democrático. Essa ideia de controle é essencial, pois reforça

¹² Efetivamente, jamais alguns limites poderiam ser ultrapassados. Por exemplo, se o juiz condena o réu, ainda que se admita um espaço amplo de opções, não poderia aplicar-lhe a pena de morte, na hipótese de esta ser vedada pelo ordenamento jurídico.

o sentimento de responsabilidade no agir, não no sentido jurídico, mas propriamente ético.

De fato, as expectativas razoáveis que são depositadas na atuação do juiz devem ser respeitadas, sob pena de uma atuação não legitimada. No campo da ética, a pergunta “como eu devo agir?” tem relevância, e é nesse sentido que empregamos a expressão responsabilidade. O juiz responsável é aquele para quem a questão suscita algum compromisso, e a ideia de controle parece reforçá-lo.

Além disso, o controle viabiliza a correção. Se um ato deliberativo está em desacordo com parâmetros de Justiça, então a exposição dos fundamentos da decisão controlada porá à mostra o erro, permitindo-se assim a extensão do debate para a construção de uma nova decisão, essa sim mais ajustada àqueles parâmetros.

Fixada essa ideia de controle, daí não significa que a Justiça seja um referencial absoluto e abstrato que permita avaliar se as decisões judiciais são certas ou erradas, no sentido do justo e do injusto. De fato, tais qualidades somente poderão revelar-se e ser aferidas em cada caso concreto. Entretanto, dessa conclusão não deriva que não exista um vetor de orientação que permita dizer do alinhamento ou do desvio da decisão em relação ao que é certo ou errado.

Se não logramos êxito até aqui em deixar isso bem claro, ao menos essa possibilidade de correção deve ser assumida como um imperativo lógico do processo de tomada de decisões, sem o que estaríamos muito à vontade para aceitar qualquer conteúdo deliberativo.

Assumindo tal possibilidade, será no âmbito da fundamentação da decisão que ela poderá ser atestada, pois apenas por meio dela poderemos afirmar, também de forma arrazoada, se a decisão é ou não justa.

Por isso asseveramos, no início deste tópico, que qualquer juízo de valor acerca da decisão judicial deve voltar-se ou escorar-se nos seus

fundamentos e não propriamente no dispositivo da sentença. De fato, se alguém é privado da sua liberdade por uma ordem judicial, a prisão por si mesma não nos dá suficiente informação para uma avaliação da correção ou não da medida privativa. Somente quando nos deparamos com as razões declaradas para a sua sustentação, podemos avaliar se o juiz se houve ou não com acerto. Assim, se a medida foi adotada porque o apenado praticou um homicídio, a prisão é, em princípio, correta; ao contrário, se ela foi aplicada porque o preso não havia quitado uma dívida contraída, ela será incorreta e injusta. Portanto, a medida é a mesma (prisão), mas o porquê de haver sido ela aplicada revela o fundamento que lhe serve de substrato, sendo ele a base para aferirmos a sua correção ou não¹³.

Essas digressões preliminares apenas se prestaram para indicar o foco da nossa atenção; entretanto, não esclareceram que elementos devem balizar o controle ou, ao menos, não os apontaram explicitamente.

De qualquer forma, já afirmamos que a Justiça, como vetor orientador da atividade judiciária, no sentido de ser ela o fim do Direito, se manifesta em um sentido geral (o justo legal) e, entre outros, como o justo equitativo (equidade). Dissemos ainda que um e outro se diferenciam, mas tal distinção dá-se sem cisão. Assim, é sobre a base dessa aproximação dos conceitos e do seu distanciamento que o primeiro marco valorativo poderá dar-se.

Explicamo-nos: se a equidade não é simples aplicação da legislação, mas ajuste dela às peculiaridades do caso sob exame, a correta discriminação das circunstâncias envolvidas e

¹³ Trabalhamos aqui com referenciais praticamente universais no tocante à penalização de condutas, no sentido de que a generalidade dos ordenamentos jurídicos pune a prática do homicídio e impede a prisão por dívida. Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, art. 7º, item 7).

dos fatores que levaram o juiz a prestigiar umas dentre outras é um primeiro marco de avaliação. A par disso, é preciso verificar até que ponto o juiz atuou no marco da equidade, que pressupõe o respeito e, portanto, a adesão à legislação a ajustar, ou desgarrou-se do Direito vigente. Assim, proximidade e distanciamento são os dois critérios iniciais para a análise.

Além disso, a coerência estrutural do seu raciocínio – portanto, a estrutura lógico-formal do seu arrazoado – é um outro fator de relevo para a aferição do ajuste da decisão avaliada, muito embora esse não seja o objeto de nosso estudo, já que estamos voltados à correlação entre a atuação judicial do Direito e a Justiça.

Pois bem. Se a Justiça é o foco de nossa atenção, importa verificar se a decisão judicial examinada revela a sua adesão às suas diversas facetas. Até aqui, vimos a sua correlação com a Justiça geral e a Justiça equitativa; entretanto, está ela correlacionada também à Justiça distributiva e à Justiça corretiva, para valerem-nos do plano estrutural estudado mais acima.

De fato, a atuação do juiz, porque balizada por princípios de Justiça, deve vir conformada à ideia de distribuição igualitária dos bens, seja na sua concessão, seja na sua recuperação. Esse estado de mediania, como visto, não nos é dado de antemão, senão como um esboço de uma situação antecipada e que, portanto, deverá ser matizado no momento aplicativo da norma referencial, como expressão de um princípio equitativo sempre em vigor¹⁴.

Um dos dogmas positivistas é o que assume o Direito como um sistema dotado de completude e que, portanto, não ostenta lacunas. Essa ideia

de fechamento sistêmico não se coaduna com a visão do Direito que temos desenvolvido até aqui. Como vimos, a dimensão do humano é incapaz de lidar com o todo do mundo em um processo de cognição exauriente e completa. Ao consolidar certa visão de mundo em preceitos normativos de caráter jurídico, o legislador o faz segundo uma estrutura hipotética baseada em previsões de situações futuras, as quais necessariamente dependerão de um ajuste fático no momento de sua aplicação. Lidaremos, pois, com lacunas de duas ordens: as primárias e as secundárias.

Denominamos primárias as lacunas caracterizadas pela situação em que o juiz tem que enfrentar casos que absolutamente não foram contemplados pelo legislador. Imaginemos a situação em que instituições religiosas apresentem uma demanda judicial para resistir à pretensão de um pesquisador de manipular tecidos embrionários para fins de pesquisa genética. Essa palpitante questão na área da bioética, porque recente, pode não ter sido antevista nos ordenamentos jurídicos disponíveis ao magistrado, caracterizando-se aí uma lacuna de primeira ordem, por absoluta falta de previsão legal da situação.

Por sua vez, denominamos secundárias as lacunas que, a despeito da previsão normativa, normalmente deixam à margem dos preceitos circunstâncias atuais específicas que dão um matiz ligeiramente diferenciado ao caso sob exame e que requerem, para a sua colmatação, um procedimento integrador por parte do órgão julgador, no sentido de conformar a norma à realidade que se apresenta.

Partindo da premissa de que a equidade, como princípio aplicativo do Direito é o meio ordinário com que deve o juiz lidar com os casos sob sua apreciação, consoante ampla fundamentação apresentada mais acima, é de pressupor que as lacunas têm presença marcante na legislação, ao menos na forma secundária que acabamos de expor. Por isso mesmo, a atividade

¹⁴ Como expressão da interação entre a justiça distributiva, pautada na igualdade, e a justiça equitativa, temos no art. 39 do Código Ibero-Americano de Ética Judicial a exortação para que “em todos os processos, o uso da equidade seja especialmente orientado a lograr uma efetiva igualdade de todos perante a lei” (ATIENZA; VIGO, 2008, p. 40).

jurisdicional é sempre integradora desse sistema de regras, e o princípio da completude somente pode ser salvo se admitirmos que o próprio ato aplicativo empreendido pelo juiz integra o sistema normativo. Nesse caso, poderíamos afirmar com acerto que o Direito jamais apresenta lacunas, mas a lei necessariamente as tem.

Retomamos aqui a ideia de que a decisão judicial não é um modelo lógico-dedutivo aséptico que se limita a exumar os sentidos que se ocultam sob o texto legal que lhes dá suporte, mas o próprio momento consumativo da norma concreta, em que as circunstâncias peculiares do caso sob exame são objeto de uma consideração prudente pelo magistrado. Ora, não é possível que essa norma assim instituída, norma aplicável ao caso, e por isso norma concreta, possa ser desconsiderada em situações futuras onde as mesmas circunstâncias prevaleçam.

Assim, “o juiz equitativo é aquele que, sem transgredir o Direito vigente, leva em consideração as peculiaridades do caso e resolve-o baseando-se em critérios coerentes com os valores do ordenamento, e que possam estender-se a todos os casos substancialmente semelhantes” (ATIENZA; VIGO, 2008, p. 39-40, grifo nosso).

Eis o fundamento para o caráter normativo da jurisprudência, que justifica a pretensão de consistência na aplicação dessa normatividade concreta, como expressão da Justiça do procedimento jurisdicional e, portanto, também critério da sua aferição.

Portanto, a fundamentação das decisões judiciais é um imperativo com múltiplas finalidades. Em primeiro lugar, torna explícitas as razões pelas quais o juiz decide de uma e não de outra forma, o que sobreleva para a consideração da correção ou ajuste da sua decisão os parâmetros de Justiça a que se deve conformar. Em segundo lugar, reflete um imperativo lógico da própria fisiologia do processo de deliberação prática, porque sendo ele racionalmente emba-

sado, importa em explicitar as razões em que se apoia. Em terceiro lugar, tem um efeito retórico relevante (não em sentido depreciativo), pois possibilita o acordo entre posições conflituosas, na medida em que favorece o convencimento das partes acerca da correção ou não de suas pretensões, sendo inclusive, nesse viés, um referencial discursivo que alimenta uma possível concepção de Justiça. Em quarto lugar, a fundamentação presta-se a alimentar uma via de controle das decisões e, conseqüentemente, desenvolve um sentimento de responsabilidade do juiz, no sentido ético acima apontado, que o mantém vinculado não só a parâmetros legislativos que pretende tornar equânimes, mas também às próprias razões em que aqueles se sustentam¹⁵.

O último aspecto deriva do fato de que a Justiça não orienta apenas a atuação judiciária, mas também está associada necessariamente à própria conformação dos textos legislativos em que o juiz deve apoiar-se (momento nomogênico a que acima nos referimos). Partindo da premissa de que a atuação do Direito deve dar-se de acordo com parâmetros de Justiça, então já não podemos prescindir desse vínculo essencial na recuperação daquelas razões que inspiraram a produção normativa abstrata, também quando do seu ajuste prático aos casos concretos a que serão aplicadas.

Sem prejuízo das dificuldades de explicitação dessas razões legislativas, o fato é que podem elas ser descortinadas no âmbito do processo de deliberação prática em que se envolve o juiz, a fim de que, por tal via, seja instaurado mais um viés de controle da sua decisão – o que se conforma às múltiplas finalidades que deri-

¹⁵ Nesse sentido, a referência do art. 40 do Código Ibero-Americano de Ética Judicial, quando menciona que “o juiz deve sentir-se vinculado não apenas ao texto das normas jurídicas vigentes, mas também às razões em que elas se fundamentam” (ATIENZA; VIGO, 2008, p. 40).

vam da exigência de fundamentação, especialmente reforçando o controle institucional e democrático sobre as decisões judiciais, no contexto do seu alinhamento aos referenciais da Justiça.

5. Conclusão

O retorno aos antigos revela um pensamento originário que pode ser apropriado hoje como fonte inspiradora das nossas reflexões sobre os temas por eles estudados. No percurso do pensamento humano, parece-nos salutar uma parada estratégica de tempos em tempos, com uma mirada sobre o caminho já percorrido, a fim de que daí se possam evidenciar acertos e desencontros. Não se trata de uma ressuscitação romântica do passado, mas da apropriação crítica da tradição que nos é legada.

Nesse sentido, o tema da Justiça, em seu cotejo com o Direito, é reexaminado à luz de precedentes histórico-filosóficos em que a ética aristotélica assume um papel de relevo.

Nesse ambiente inicialmente nostálgico, foram evidenciados os múltiplos sentidos que permeiam o conceito de Justiça, notadamente os justos geral, equitativo e distributivo.

A partir daí, procuramos mostrar que o Direito não seria apenas um conjunto de regras assépticas que buscam ordenar a vida social, mas uma ordenação pautada por valores que o sistema jurídico consagra. Por isso mesmo, a justiça, ordinariamente conectada ao próprio corpo orgânico-institucional do Poder Judiciário, assume letra capitular para significar a Justiça como valor que preside todo o ordenamento e que perpassa toda a ação judiciária, seja como norte da atuação dos juízes para um fim perseguido pelo Direito (*telos* da Justiça), seja como princípio basilar que lhe seve de substrato para o agir (Justiça como *arché* do Direito).

É por esse dúplice papel que ela, a Justiça, é fundamental ao Direito, de forma tal que qualquer manifestação dele que a desconsidere está fadada a desnaturar-se em jogo de preceitos estéreis ou instrumento de ideologias.

Isso nos projetou à tentativa de dimensionar a Justiça, não no âmbito de uma conceituação abstrata que pretendesse capturá-la, o que seria de todo impossível, mas por meio da evidenciação de certos traços presentes na sua manifestação prática. Assim, o justo foi abordado como uma experiência fenomênica, delineada em meio a um horizonte aberto que pudesse orientar-nos efetivamente nesse trajeto que o põe em cotejo com o Direito.

Foi assim que se revelou o destacado perfil da igualdade como elemento marcante da Justiça, o qual reflete consequências práticas importantes no campo da decisão judicial – entre as quais, a necessidade de uma aplicação consistente das normas.

Embora esse liame entre Direito e Justiça possa ser analisado no âmbito da política legislativa, que se volta à própria dinâmica nomogênica, nosso enfoque está envolvido com o espaço de atuação do juiz, em que sobressai a difícil questão da equalização do seu grau de liberdade para decidir com a sua necessária vinculação ao Direito posto, sem o quê, o órgão julgador estaria no extremo da sua própria anulação enquanto humano e, de outro lado, na exacerbação de um papel solipsista que busca imprimir ao mundo as suas próprias considerações, o que vai na contramão da via democrática. Portanto, liberdade e vinculação são o lugar privilegiado da reflexão empreendida.

Nesse contexto, afirmamos que, por mais que se pretenda circunscrever a atuação do juiz a parâmetros normativos postos, eles são fruto de uma construção hipotética a que se atribuem efeitos determinados. Como hipóteses, são edificadas por meio de antecipações de eventos futuros, por mais detalhadas que sejam as antevisões nelas contidas, não darão conta da vastidão de possibilidades do mundo da vida. Generalidade e abstração são, pois, atributos estruturais das normas jurídicas que, conquanto devam necessariamente ser orientadas por valores de Justiça, exigirão um ajuste concreto no momento aplicativo, que leve em conta um processo de deliberação racional do juiz. É nesse plano que a equidade, como afirmamos, longe de ser um episódio isolado e espúrio no acontecer do Direito, é o seu modo ordinário de manifestação.

Isso não significa que o juiz esteja habilitado à construção de uma norma concreta desvinculada dos supostos normativos que pretende ajustar, ou das razões que as presidem, pois se há uma tal dimensão (do ajuste), é preciso reconhecer que algo a ser ajustado mantém-se presente no processo. A preocupação de atribuir ao juiz espaços cada vez menores de deliberação, longe de conferir segurança jurídica, acaba por paradoxalmente atribuir-lhe espaços de discricionariedade ou, o que é pior, colocar o Direito em descompasso com o mundo da vida. Então, é melhor que tenhamos referenciais que permitam assentar uma expectativa razoável na atuação judicial, em vez de uma intangível dimensão de certeza absoluta.

Tais referenciais, ainda que não sejam eles mesmos passíveis de ser circunscritos a uma conceituação teórica rígida, dão mostra efetiva do seu potencial de controle nas circunstâncias concretas em que se evidenciam. Nesse contexto, exsurge a questão da fundamentação das decisões judiciais, imperativo decorrente da própria natureza destas últimas: um processo racional de deliberação prática. Dentre as muitas justificativas para ela, destacamos a necessidade de um controle democrático sobre o processo decisório, pois ao tornar explícitas as razões pelas quais o juiz decide de uma e não de outra forma, é possível estimar a correção ou ajuste da sua decisão aos parâmetros de Justiça a que deve conformar-se.

Ademais, esse potencial controle reforça o sentimento de responsabilidade do juiz, no sentido ético apontado no texto, que o mantém vinculado não só a parâmetros legislativos que pretende tornar equânimes, mas também às próprias razões em que aqueles se sustentam.

Referências

ATIENZA, Manuel; VIGO, Rodolfo Luís. *Código ibero-americano de ética judicial*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética nicomáquea*. Tradução de Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 1985.

CANTO-SPERBER, Monique; OGIEN, Ruwen. *La philosophie morale*. 2. ed. Paris: Universitaires de France, 2006.

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. New York: Oxford University, 1994.

HELLER, Agnes. *Além da justiça*. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Massachusetts: Harvard University, 1999.

RUSS, Jacqueline. *Pensamento ético contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 1999.

SANTO AGOSTINHO. Las confesiones. In: _____. *Obras completas*. 7. ed. Madrid: Católica, 1979. v. 2.

VELASCO, Marina. *O que é justiça?: o justo e o injusto na pesquisa filosófica: um exemplo: as cotas raciais universitárias*. Rio de Janeiro: Vieie & Lent, 2009.

WÖLFEL, Ursula. *A ética a Nicômaco de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlo Maria. *La exigencia de justicia*. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2006.