

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 171

Julho/setembro – 2006

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Sobre a pretensão de correção da lei injusta

Letícia Balsamão Amorim

Sumário

1. Introdução. 2. Sobre a lei injusta – por uma reaproximação do Direito com a teoria moral. 2.1. Podemos, então, falar de “lei injusta”? 3. Pretensão de correção da lei injusta. 3.1. Métodos para a correção da lei injusta. 4. Decisão judicial razoável. 5. Conclusão.

1. Introdução

“Se a noção de justiça, pela qual o Direito se completa e se realiza, implica considerações de ordem metafísica, que as fazemos sem medo e com decisão. Subverter a ordem natural das coisas, colocando o homem a serviço da ciência, é que não é certo, nem vale a pena”

(VASCONCELOS, 2000).

A ciência do Direito passou vários anos estudando estruturas lógicas como método de decisão judicial. Esse é, sem dúvida nenhuma, um método menos complexo do que se pretende agora. Afinal, bastava o juiz ser “a boca da lei” para aplicar o Direito no caso concreto.

Por meio da subsunção da premissa maior (norma jurídica) sobre a premissa menor (o fato), facilmente se chegava a uma conclusão (a decisão jurídica). Esse método foi desenvolvido pelo positivismo, o qual supunha eliminar do direito o estudo cognitivo dos juízos de valor, pois esses recaíam fora do campo racional.

Mas esse método não mais corresponde às necessidades da atual sociedade. Principalmente após as duas grandes guerras

Letícia Balsamão Amorim é Mestra em Direito Público pela UERJ, Professora universitária, Advogada da União (lotada no Gabinete do AGU).

mundiais, ficou claro que um direito sem um conteúdo delimitado, baseado em certos valores, não pode ser um direito válido. A experiência nazista se tornou a crítica definitiva ao positivismo jurídico e à sua pretensão de eliminar do Direito toda referência à justiça. A nova concepção do direito deve atribuir importância aos princípios gerais do direito (ou princípios constitucionais como preferem outros¹) para que haja uma conciliação dos valores de equidade e segurança jurídica, e para que se busque uma solução que seja “não apenas de acordo com a lei, mas que seja também equitativa, razoável e aceitável”.

O que pretendemos com este estudo é justamente aproximar o Direito de um mínimo de justiça, e assim utilizar a pretensão de correção diante de uma lei injusta para que se alcance uma decisão judicial razoável.

Ora, se é certo que até pouco tempo os juristas consideravam que a busca de justiça não era de sua competência², não era um trabalho para sua seara, o que pretendemos é incluir a justiça como um elemento legitimador das sentenças judiciais e fazer com que a busca da justiça no caso concreto seja sim um ideal a ser procurado pela aplicação do direito. Atienza resumiu muito bem essa pretensão: “la justicia no es un ideal irracional. Es simplemente un ideal o, si se quiere, una idea regulativa; no una noción de algo, sino una noción para algo: para orientar la producción y la aplicación del Derecho” (ATIENZA, 1995, p. 9).

2. Sobre a lei injusta – por uma reaproximação do Direito com a teoria moral

De acordo com o positivismo jurídico, não deveria a ciência do Direito indagar se uma lei é justa ou não. A justiça é um juízo de valor, e, para o positivismo, esses juízos são sempre arbitrários, pois não possuem um critério de racionalidade que possibilite serem previamente determináveis. O juiz, segundo essa doutrina, ao emitir um juízo

de valor, o faz de acordo com sua intuição e subjetivismo. Assim, a Ciência do Direito só poderia questionar acerca da validade ou invalidade de uma lei, ou seja, se a lei surgiu de acordo com os preceitos de uma lei superior e se essa lei tem um mínimo de eficácia. E isso bastaria para que a lei fosse válida em determinado ordenamento.

Talvez essa concepção, que afasta o critério de justiça e todos os juízos de valor de qualquer estudo sistemático, seja muito mais prática e simples. Afinal, é muito mais cômodo desconsiderar tais conceitos da ciência jurídica do que enfrentá-los.

No entanto, a própria história da sociedade (após as duas grandes guerras, as experiências totalitárias) demonstrou que não pode a Ciência do Direito ficar alheia a essas questões. Deve, pelo contrário, enfrentá-las para que não ocorram barbarismos patrocinados pelo Direito.

É por isso que sustentamos a tese de que não basta que uma norma siga os preceitos formais para que ela seja válida em determinado ordenamento jurídico. Além do aspecto formal, devem as normas estar de acordo com um critério material. Esse critério material se refere aos valores e princípios tutelados pelo ordenamento, que se aproximam, no mais das vezes, a um critério de justiça.

A própria constituição dos Estados modernos só pode ser entendida como uma “reserva de justiça” para que se tenha um Estado democrático-constitucional de Direito.

Mas, enfim, como podemos qualificar uma lei de justa ou injusta?

A própria noção de justiça é algo que há muito vem sendo discutido em toda filosofia. Por ser um termo carregado de sentido emotivo, podemos considerá-la uma “noção confusa”. Mas não é pela dificuldade de definir o que seja justiça que devemos afastá-la da ciência do Direito.

A idéia de justiça sugere a todos a noção de certa igualdade. Desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, todos estão de acordo sobre esse ponto.

Para Aristóteles, a justiça é definida pelo frágil equilíbrio que ela estabelece entre um excesso e uma falta, um muito pouco, o que o leva a considerá-la como uma “medida”, um termo médio entre dois extremos.

Para os partidários de um direito racional ideal, de Kant a Del Vecchio, a justiça é fundamentada essencialmente no respeito à autonomia de cada pessoa. “Age do modo que desejarias que agissem teus semelhantes”, esse era o que defendia Kant (PERELMAN, 2000, p. 75).

É exatamente sob o impulso da filosofia kantiana que a teoria da justiça passou para o “lado” deontológico, pois até então a justiça era apenas vista sob o aspecto teológico, como uma virtude, um bem, ou seja, a busca do bom era seu fim. A partir de Kant, a teoria da justiça passou a buscar uma concepção na qual todas as relações morais, jurídicas e políticas sejam postas sob a idéia de legalidade, de conformidade com a lei (RICCEUR, 1991, p. 95).

2.1. Podemos, então, falar de “lei injusta”?

Já dissemos que não há que se falar em um sistema formado apenas por regras. E a ciência do Direito não pode ficar alheia às questões morais. Ora, o sistema jurídico atualmente é um sistema orientado por valores e, portanto, com limites intrínsecos com as teorias morais.

Qualquer constituição dos chamados Estados modernos tem positivados, em seu corpo normativo, princípios como os da dignidade humana, liberdade, igualdade, democracia, Estado de Direito, entre outros. Essa é a base do chamado *Direito racional da modernidade*³. E o caráter desses princípios significa que não se trata simplesmente de normas programáticas, sem aplicação efetiva e imediata, ou meras normas vagas e sem normatividade, mas, ao contrário, com elas se pretende uma tarefa de otimização.

Assim, não podemos temer ou ter receio da aproximação entre Direito e moral, pois esse é um fato presente na maioria das constituições modernas. Ora, a teoria dos princí-

pios oferece um ponto de partida adequado para atacar as teses positivistas da separação entre Direito e moral. Ao contrário do que propugnavam as teses positivistas, “são introduzidas noções pertencentes à moral; algumas que foram fundamentadas, no passado, no direito natural, são hoje consideradas, mais modernamente, como conformes aos princípios gerais do direito” (MAIA; SOUZA NETO, 1998, p. 65).

E justamente a incorporação de elementos morais no conceito de Direito se faz necessária para apoiar os juristas contra um Estado injusto.

A teoria pós-positivista deu grande passo para identificação de uma lei injusta. Ora, essa teoria, como já sublinhado, vem demonstrando que as constituições dos Estados modernos são verdadeiras reservas de justiça.

Essa nova concepção do direito deu relevante enfoque aos princípios jurídicos e elevou-os a verdadeiras normas, válidas e coercivas, deixando para trás o caráter supletivo e subsidiário, sem normatividade, que o positivismo os relegava. Assim, os princípios possuem, de acordo com o pós-positivismo, a mesma dignidade formal que as regras, e, por isso, são normas constitucionais e dotadas da autoridade que lhes confere a rigidez e supremacia da constituição (SCHIER, 1998, p. 123).

Se é verdade que os princípios não diferem formalmente das regras, o mesmo não pode ser dito quanto a suas características e seu aspecto funcional. Os princípios constituem exigências de otimização, pois resultam valores escolhidos como os mais relevantes pela sociedade ao longo da história (vida, dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, etc.); por isso, contêm *standards* que, em primeira linha, devem ser realizados. E é justamente pela sua “referência” a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da justiça, da idéia de direito, dos fins de uma comunidade) que os princípios têm uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma

idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional (CANOTILHO apud SCHIER, 1998, p. 126).

“Este momento pós-positivista, afirmando a normatividade e vinculatividade dos princípios, faz assentá-los como valores jurídicos supremos da sociedade, servindo como parâmetro de aplicação do Direito para o Estado (Administração Pública, legislador e juiz) e a sociedade civil passando a constituir verdadeira reserva de justiça, fala-se, aqui, portanto, não de um direito justo à luz de valores metafísicos (superiores e anteriores ao Estado) ou formais (identificados com a própria legalidade) e, sim, de uma *reserva histórica de justiça*: aquela que uma dada sociedade concreta elegeu, em momento definido, como padrão de justiça” (SCHIER, 1998, p. 128).

Assim, de acordo com o pós-positivismo, a questão de justiça se positiva e se torna um problema jurídico na medida em que exige que as normas legais e as decisões judiciais e administrativas se compatibilizem com os preceitos axiológicos constitucionais.

Podemos, portanto, qualificar como injusta toda lei que vai de encontro aos valores materiais tutelados pela ordem jurídica e que não tenha uma justificação (através da argumentação) racional ou razoável.

Enfim, nas sociedades modernas, é o legislador quem fixa a ordem de prioridades para a distribuição de bens. E essa fixação depende da discussão e da decisão política. E é justamente nesse sentido e nessa medida que a idéia de justiça requer a mediação do político para alcançar a prática da justiça.

E assim Paul Ricœur distingue dois campos do discurso da justiça: 1. o discurso da justiça está em ação no debate público relativamente à ordem de prioridade a estabelecer entre os bens sociais primários; 2. e também está no procedimento judiciário, da lei à pronúncia da sentença através do processo.

Com isso, não basta reconhecer uma norma injusta, o Judiciário deve ter meios para corrigir essa injustiça. Daí a importância da argumentação, do discurso para que as decisões (legislativas e judiciais) não se resumam no uso da força pública – “como se o monopólio da violência se resumisse a obra da justiça” (RICCEUR, 1991, p. 106). É sobre esse tema que trataremos no tópico seguinte.

3. Pretensão de correção da lei injusta

Não podemos encarar a justiça apenas como conformidade à lei, pois bastará uma decisão arbitrária do legislador para criar normas por meio de uma conduta injusta. Assim, acreditamos que nem toda prescrição do legislador merece obediência e respeito.

Mas quando é que o juiz poderá deixar de aplicar uma lei por considerá-la injusta?

É, na verdade, contra a injustiça das leis e contra a arbitrariedade que se deve modificar ou revisar a ordem estabelecida.

Por tudo quanto foi exposto, não se justifica mais existir uma separação estanque entre Direito e Moral (não podemos olvidar que, apesar da proximidade, esses são conceitos que não se confundem).

A indagação que passamos agora a analisar é se uma violação do critério moral remove o *status* de norma jurídica ao preceito normativo. E, ainda, diante de uma norma injusta, pode o juiz afastá-la do caso concreto? Em caso afirmativo, que meios possui para isso sem que se possa falar em interferência do Judiciário no âmbito do Poder Legislativo?

Segundo Alexy (1993b, p. 44), quem quer argumentar essa questão positivamente tem que demonstrar que as normas ou o sistema de normas perdem necessariamente o caráter jurídico quando sobrepõem certos limites de injustiça.

É importante enfatizar aqui que, nesta empreitada de justificar um juízo de valor como o critério de injustiça, não poderá o

magistrado utilizar o método descritivo, ou lógico-dedutivo, como se estivesse fazendo um cálculo matemático. Deverá utilizar como *método racional a argumentação*, que há tanto vinha sendo esquecida pela hermenêutica jurídica. O argumento específico para a análise da lei injusta poderia ser chamado, segundo Alexy (1993b, p. 44), de “argumento da injustiça”⁴.

Quem quer, de acordo com Alexy (1993b, p. 45), demonstrar uma conexão conceitual necessária entre o Direito e a Moral deve tratar de mostrar que, nos processos de criação e aplicação do Direito, os participantes têm, necessariamente, uma pretensão de correção, a qual inclui uma pretensão de correção moral. E aqui estaríamos diante de um “argumento de correção”.

A pretensão de correção é um elemento necessário inserido no conceito de Direito. A idéia de correção nos leva a uma conexão conceitual entre Moral e Direito (ALEXY, 1993b, p. 49-51). Inúmeras situações (como, por exemplo, os sistemas totalitários, as grandes guerras mundiais) demonstram que sistema jurídico deve ser algo mais que um sistema de normas estabelecidas validamente e efetivas.

Segundo Dworkin (apud MAIA; SOUZA NETO, 1998, p. 83), não podemos vincular o conceito de Direito apenas à noção de normas criadas validamente pelas autoridades estatais. Assim, esclarece que mesmo as normas produzidas por legisladores eleitos não são válidas se violam determinado direito moral. Compreende que a supremacia da constituição engloba não apenas o seu sentido formal, mas também um sentido material, na medida em que os princípios constitucionais podem ser também princípios morais.

A teoria da pretensão desenvolvida por Alexy (1993b) sustenta que as normas jurídicas individuais e as decisões judiciais, assim como o sistema jurídico em sua totalidade, necessariamente têm uma pretensão de correção. Segundo essa teoria, os sistemas de normas que não têm essa pretensão,

implícita ou explicitamente, não são sistemas jurídicos. E os sistemas jurídicos que têm essa pretensão, mas não a satisfazem, são sistemas defeituosos.

Segundo a teoria do discurso, a pretensão de correção implica a pretensão de justificabilidade. Podemos conceber muitas maneiras distintas de justificação de decisões judiciais. O espectro vai desde meras referências a tradições ou autoridades até a argumentação racional, que considera todos os aspectos. O ponto decisivo é que a pretensão de justificabilidade permite uma perspectiva crítica. O fato de uma decisão judicial não ser justificada, ou estar totalmente justificada de acordo com argumentos irracionais, ou mal justificada, não a priva de seu caráter de decisão judicial. Nesse sentido, a pretensão de justificabilidade que apresenta necessária significa a possibilidade de estabelecer níveis de justificação mais altos como o desenvolvimento dos sistemas jurídicos modernos.

Qualquer um que venha a justificar algo aceita, no mínimo, que a outra pessoa seja um igual, ou ao menos um discurso em que ele não exerça coerção, ou que não seja apoiado pela coerção exercida por outros. Além do mais, pretende-se que seja capaz de defender sua tese não apenas contra seu adversário, mas contra qualquer pessoa. Essas pretensões de igualdade e universalidade provêm da base de uma ética procedimental. Segundo Habermas (apud ALEXY, 1993b, p. 55), essa é a ética discursiva:

“A conexão que a teoria do discurso cria entre os conceitos de correção, de justificação e de generalizabilidade pode transportar-se ao Direito com a ajuda da tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. E se esta tese é verdadeira, se poderia estabelecer uma relação necessária entre Moral e Direito diretamente válida para os sistemas jurídicos modernos, e provavelmente justificáveis para os sistemas jurídicos pré-modernos, dentro do marco de

uma teoria normativa da evolução jurídica”.

Como visto, não é qualquer sistema de norma que pode ser chamado de ordenamento jurídico que possa legitimar um Estado de Direito. Ora, diante a um sistema normativo injusto, o juiz não pode ficar inerte, e aceitar passivamente a injustiça, deve, ao contrário, utilizar a pretensão de correção da lei injusta com argumentos racionais. E pode, ou melhor, deve o juiz adequar a norma que seja falha ou injusta.

3.1. Métodos para correção da lei injusta

Pode ocorrer de o juiz estar diante de uma lei que seja injusta apenas num determinado caso concreto. Essa situação corresponde àquela em que a lei está perfeitamente de acordo com o ordenamento jurídico, com seus valores e princípios, mas a sua aplicação perante um determinado caso concreto seria injusta. Nesse caso, o magistrado poderá afastar a injustiça no caso concreto utilizando como meio de correção a equidade ou pela ponderação de interesses, ou então, quando for provocado, por meio de controle de constitucionalidade difuso (afinal a própria Constituição permite um controle por seus princípios materiais).

Por outro lado, podemos estar diante de uma norma que seja objetivamente injusta, ou seja, uma norma que não está de acordo com os valores e princípios tutelados pelo ordenamento jurídico, seja porque foi criada já em desconformidade com o ordenamento ou porque os valores se modificaram e com isso as normas já não condizem mais com os anseios e valores escolhidos pela sociedade.

Nesse caso específico, seria ideal que o próprio legislador retirasse do ordenamento jurídico a norma objetivamente injusta por meio de sua revogação ou então o próprio judiciário poderia invalidar a norma com um controle de inconstitucionalidade direta, mas para isso dependeria, é claro, da provocação das pessoas competentes para sua propositura.

Mas, diante da omissão tanto do legislador no caso da revogação, como no caso da omissão por parte dos autores competentes para a ADI, o juiz deverá corrigir a lei injusta ante o caso concreto utilizando as técnicas já sugeridas anteriormente.

Exige-se que, em qualquer ordenamento jurídico, haja uniformidade, o que conduz à previsibilidade e à segurança. Mas esses princípios não são suficientes para satisfazer a necessidade de justiça. Aristóteles já previu esse questionamento e propôs o uso da equidade.

“A equidade, mesmo sendo justa, não se resume a essa justiça que é conforme à lei, mas é, antes, um corretivo à justiça legal. A equidade se faz necessária porque a lei é sempre uma disposição universal e às vezes não consegue abarcar situações específicas” (ARISTÓTELES, 2000).

A equidade seria, então, verdadeira ‘muleta da justiça’.

Com isso, devemos entender que nem os precedentes nem as leis devem ser aplicados mecanicamente; o juiz possui o poder e o dever de interpretar e adequar a norma ao caso concreto. E pode, se necessário, a equidade prevalecer sobre a segurança, e o desejo de evitar conseqüências iníquas pode levar o juiz a dar nova interpretação à lei. Mas é importante que as decisões sejam motivadas, argumentadas racionalmente, para que se evitem arbitrariedades.

4. Decisão judicial razoável

Por tudo quanto já foi dito, a noção de Estado de Direito não pode mais ficar limitada apenas ao princípio da legalidade como previam as teorias formalistas. É claro que, para não sofrermos as arbitrariedades por parte dos detentores do Poder, os nossos governantes devem estar limitados por normas jurídicas. Mas essas normas devem ser elaboradas democraticamente e abranger direitos fundamentais. E não basta que sigam um procedimento correto e adequado

para que sejam válidas; devem estar de acordo com preceitos éticos e morais escolhidos como relevantes pela sociedade.

É a partir dessa premissa que o Estado de Direito atualmente passa a ser entendido acrescido de dois adjetivos: Estado *democrático-constitucional* de Direito. Assim, não é qualquer direito que irá satisfazer os anseios da sociedade, mas um direito que seja democrático e que tenha como conteúdo valores éticos.

“O critério de legitimidade do poder constituinte não é mera posse do poder, mas a concordância ou conformidade do acto constituinte com as ‘idéias de justiça’ radicadas na comunidade” (CANOTILHO, 1993).

“As Constituições não surgem do nada, mas decorrem de um processo político que tem como pano de fundo a evolução do constitucionalismo democrático e dos direitos humanos, que estabelecem as bases para a organização de sociedades que estão se reorganizando sobre o *ethos* da igualdade e da liberdade” (VIEIRA, 1999, p. 255).

Assim, podemos observar o quão intrínseco está o Direito, atualmente, às teorias morais; “a vigência das normas jusfundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto, frente à Moral” (ALEXY, 1993d, p. 525-526).

Importante também ressaltar que justamente pelo fato de haver uma verdadeira fusão do direito constitucional com as teorias morais é que encontramos normas jurídicas prescritas de modo vago, muito abstrato, como é o que ocorre com normas relacionadas aos direitos fundamentais, por exemplo, direito à liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana. Ora, todas essas normas são preceitos que possuem um conteúdo moral, que envolvem questões de justiça e equidade. Exatamente por essas características, essas normas não podem ser interpretadas pelo método lógico-dedutivo, pela subsunção.

Foi preciso que a hermenêutica constitucional desenvolvesse métodos adequados para devida concretização dessas normas para que não passassem de meros recados, programas políticos sem efetividade prática.

“A constitucionalização de princípios morais, ao invés de neutralizá-los, moraliza obrigatoriamente o debate constitucional. Ao acolher direitos fundamentais e princípios formais de justiça, a Constituição convida todos os seus intérpretes a uma leitura ética de seu texto. Contestar isto seria reduzir a Constituição a dispositivo retórico, destituído de força normativa” (DWORKIN apud VIEIRA, 1999, p. 240).

Diante de tais mudanças metodológicas por que passa a hermenêutica constitucional, o que devemos antes aceitar é que, em face do caráter aberto dos princípios e direitos constitucionais, não há alternativa senão delegar aos magistrados o preenchimento do conteúdo desses preceitos. No entanto, o que buscamos aqui é determinar métodos em busca de uma decisão razoável, que não fique à mercê do arbítrio e escolhas pessoais por parte dos juizes.

Considerar que a justiça do juiz é aplicar a lei, sem modificá-la, é cometer um grande erro. Definir o ato justo ou a decisão justa com relação à regra aplicada corretamente é supor que nem a escolha nem a interpretação da regra levantam problema. No entanto, a lei pode mostrar-se insuficiente, e o recurso à equidade parece ser inevitável.

Aristóteles (2000) já previa que o equitativo é justo: não é o legalmente justo, mas uma correção da justiça legal. Assim, uma justiça humana, portanto passível de ser imperfeita, não pode impor uma submissão incondicional. Será adequado temperar seus excessos pelo recurso à correção para que se tenha uma decisão razoável.⁵

A busca de decisões razoáveis, apesar de ser uma noção vaga e instável, estabelece, para o Estado de Direito, um limite ao exercício do poder discricionário legalmen-

te reconhecido. Assim, as escolhas feitas pelo legislador, pelo administrador ou pelo juiz não poderão ser desarrazoadas, sob pena de serem consideradas contrárias ao Direito, e portanto ilegais.

O Direito deve ser antes uma técnica a serviço do ideal de justiça. Não podemos dizer que o método lógico-formal, dedutivista, deva ser abandonado. Deve, no entanto, ser completado, pois se mostra insuficiente para a concretização de um direito que se baseie na justiça. “O juiz não pode contentar-se em aplicar a lei: deve servir-se da lei para motivar suas decisões, mas estas devem ser acima de tudo equitativas.” (PERELMAN, 2000, p. 72).

O juiz deve utilizar a regra formal para aplicar o direito, mas essa regra deve ser preenchida no seu aspecto essencial ou acessório. E deve o juiz justificar o seu posicionamento; para isso, deverá recorrer não, como se poderia acreditar, a uma lógica dos juízos de valor, mas a todos os recursos de uma argumentação.

Também é projeto de Dworkin (1984) construir uma teoria da decisão judicial que não deixe espaço para a discricionariedade judicial (a despeito das teorias patrocinadas por Frank, Kelsen e Hart). Dworkin (1984) tem como ponto de partida o fato de que, além das regras, o ordenamento jurídico é formado por princípios⁶ e ambos são espécies do gênero normas jurídicas. E os princípios, segundo Dworkin (apud VIEIRA, 1999, p. 197), constituem “uma exigência de justiça ou *fairness* (equidade) ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Colocando os princípios ao lado das regras, e conseqüentemente exigindo-se sua efetividade como norma jurídica, Dworkin estreita, consideravelmente, o espaço deixado ao magistrado, tornando o julgador mais vinculado ao ordenamento, diferentemente do que pretendiam os realistas ou positivistas.

Considerando os princípios normas jurídicas com imediata aplicabilidade, o juiz deve estar vinculado a eles; assim, o uso dos princípios não significa que se esteja agin-

do discricionariamente, mas apenas aplicando elementos estruturantes do sistema jurídico, que não se confundem com seus próprios valores.

Segundo Dworkin (apud VIEIRA, 1999, p. 200), quando o juiz se depara com um *hard case*, ele não decide de forma discricionária, pois, apesar de a regra muitas vezes não conter todos os elementos para a tomada de decisão, o Direito oferece outros critérios que também vinculam o magistrado. Assim, não há uma liberdade total, em que o magistrado decide a partir de valores externos ao Direito, que, na maioria das vezes, são os seus próprios, mas uma esfera carregada de princípios (que fazem parte do ordenamento jurídico) que limitam e impõem determinado sentido às decisões judiciais.

É com essa tese que Dworkin (1984) refuta a posição dos positivistas de que toda norma aberta é, na realidade, um convite para que os juízes exercitem suas próprias escolhas e opiniões. Pois, para Dworkin (1984), ao aplicar normas de textura aberta, os juízes estarão obrigados por princípios que integram o Direito, ou seja, o juiz deve decidir conforme a direção indicada pelo princípio ao qual ele se vê obrigado, da mesma forma que se vê obrigado a aplicar uma regra. E, pelo fato de os princípios possuírem conteúdo moral, que envolve questões de justiça e equidade, os juízes não só podem como devem realizar um debate na esfera moral, a fim de decidir casos concretos.

Com isso, Dworkin (1984) tenta demonstrar que as escolhas dos juízes não são arbitrárias, nem ao menos discricionárias. Devem, ao contrário, basear-se racionalmente de acordo com as próprias estruturas oferecidas pelo ordenamento, para que o magistrado atinja a decisão correta.

É certo que a maior dificuldade que encontramos atualmente no que diz respeito à “nova hermenêutica” é quanto à densificação ou concretização das normas constitucionais principiológicas.

Ora, a justificativa da teoria jusnatural não é mais aceitável, não concretizamos as

normas de acordo com o estado de natureza, com preceitos materiais pré-determinados. E o método subsuntivo não é adequado para a interpretação de princípios. E tão-pouco podemos aceitar, como previam as teorias realistas, que o preenchimento das normas abertas fique ao arbítrio do magistrado. Mas e se, para a concretização dos direitos fundamentais (normalmente estão previstos em forma de princípios), o recurso ao próprio texto constitucional for insuficiente?

Nesse caso, o intérprete constitucional será obrigado a buscar o conteúdo desses preceitos a partir de um processo de interpretação que, embora tome por base o texto constitucional, a doutrina e eventuais precedentes, não negligencie a necessidade de recorrer ao discurso da filosofia política, à argumentação racional.

Dworkin (1984) pretende elaborar um método (mesmo que contrafático) para que se possa chegar a uma única resposta correta ou verdadeira. Para ele, essa resposta correta seria a que melhor possa justificar-se por meio de uma teoria substantiva que contenha aos princípios que melhor correspondam à constituição, às regras de Direito e aos precedentes. E, segundo ele, uma decisão será justa (ou seja, respeitará a integridade do direito) se fornecer a resposta correta (mesmo que esta não se baseie na estrita legalidade) para o caso.

Mas, segundo Dworkin (apud ALEXY, 1993a), apenas o juiz ideal, a quem chama de “Hércules” (equipado com *superman skill, learning, patience and acumen*), estaria em situação adequada para chegar a essa única resposta correta. Assim, caberia ao juiz real a tarefa de se aproximar a esse ideal o máximo possível.

Segundo Alexy (1993a, p. 20), pelo fato de nosso ordenamento ser composto de regras e princípios, e pelo fato de não podermos estabelecer uma hierarquia prévia (uma lista de *topois*) desses princípios, a argumentação jurídica não nos pode levar em cada caso precisamente a um único resultado. E

isso vale tanto para a subsunção de regras como para a ponderação de princípios. E, no que diz respeito aos princípios, ele defende que, por serem mandados de otimização, sempre exigirão um conteúdo moral, e, em sua aplicação, há que se recorrer sempre a questões morais. E a grande empreitada que se coloca é a de sustentar que essas valorações morais não podem ser extraídas obrigatoriamente de um material arbitrariamente fixado. E a busca da racionalidade da argumentação jurídica vai depender essencialmente de se, e com que alcance, essas valorações são suscetíveis de um controle racional. “La cuestión de la racionalidad de la fundamentación jurídica lleva así a la cuestión de la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios prácticos o morales en general” (ALEXY, 1993a, p. 20).

Alexy (1993a) admite que não são possíveis teorias morais *materiais* em que, para cada questão prática, permitam extrair com segurança intersubjetivamente uma resposta precisa, mas, sim, que são possíveis teorias morais procedimentais que formulem regras ou condições para uma argumentação ou decisão prática racional. “Uma versión especialmente prometedora de una teoría moral procedimental es la del discurso práctico racional” (ALEXY, 1993a, p. 21).

Assim, Alexy (1993a) está preocupado em desenvolver mecanismos racionais de ponderação e decisão, repelindo as teorias decisionistas do direito e a discricionariedade postulada pelo positivismo jurídico. E, segundo ele, uma ponderação será racional se o enunciado de preferência a que conduz puder ser fundamentado racionalmente. Com isso, transfere o problema da racionalidade da ponderação para a fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores e princípios opostos.

Para se atingir uma argumentação racional, Alexy (1993a) desenvolve um sistema de 28 regras e pretende, assim, formular um código da razão prática. Essas regras se estendem desde aquelas que exigem não con-

tradição, clareza lingüística e verdade empírica, passando por aquelas que expressam a idéia de universalizabilidade, que assegura a cada um o direito de tomar parte no discurso e a cada um a mesma consideração no discurso, até aquelas que se dirigem a uma argumentação consequencialista, à ponderação e à análise de formação de convicções normativas.

E chega Alexy (1993a) a concluir que uma única resposta para cada caso só poderia admitir-se recorrendo a cinco idealizações, a saber: 1) tempo ilimitado; 2) informação ilimitada; 3) clareza lingüística conceitual ilimitada; 4) capacidade de disposição ilimitada para as mudanças de regras e 5) carência de prejulgamentos ilimitada.

Assim, apesar de o juiz “Hércules” ficar adstrito apenas a um plano ideal, e portanto afastando-nos de chegar a uma resposta única e correta racionalmente, é de se esperar e exigir que o juiz real busque sempre se aproximar ao máximo desse ideal com uma decisão pelo menos razoável, que vá ao encontro dos valores tutelados constitucionalmente, dos precedentes, da doutrina e das regras e princípios do nosso ordenamento.

5. Conclusão

Chegamos ao fim deste trabalho com a certeza de que muito ainda tem que ser pesquisado em torno do tema proposto. Mas ficaremos satisfeitos se os leitores tiverem percebido que a intenção central deste breve estudo foi alertar para a necessidade de se questionar o conteúdo material das normas, e fazer um controle das escolhas (que não podem ser tão discricionárias como se pretendia) determinadas pelo legislador ou pelo administrador.

Assim, não é qualquer norma que pode ser tida como norma jurídica, ainda que seja válida formalmente. Afinal, o Direito se aproxima da teoria moral para provar que não basta o aspecto formal para que uma norma seja válida, mas há certos limites materiais que devem ser obedecidos.

E nesse mister grande importância tem a decisão judicial, que deverá controlar todo tipo de arbitrariedade que possa tornar uma lei injusta. E, ao corrigir uma lei injusta, não estará o judiciário substituindo a suposta discricionabilidade do legislativo por uma decisão subjetiva e individual (como pretendiam os relativistas); ao contrário, deverá corrigir a lei injusta de acordo com os valores e princípios presentes no ordenamento jurídico, princípios dotados de normatividade, que foram eleitos pela sociedade ao longo da história como os mais relevantes, utilizando para essa correção a argumentação jurídica como método cognitivo.

Notas

¹ Cf. BONAVIDES, 1994. O professor Paulo Bonavides, brilhantemente, em seu curso, discorre sobre a importante passagem dos princípios gerais do direito para princípios constitucionais que se verifica no nosso ordenamento.

² Diziam os seguidores do positivismo que a justiça é um ideal importante, mas não cabe ao direito estudá-lo, caberia a outros tipos de ciência, como a filosofia, sociologia, etc., mas não o direito.

³ Expressão usada por Robert Alexy (1993b).

⁴ Ora, concordamos com a posição de José Américo M. Pessanha (1989, p. 230), de que há necessidade de se reabrir espaço para outra forma de racionalidade, igualmente legítima e insubstituível, sobretudo nos campos do plausível, do verossímil, do provável, na medida em que escapa às certezas do cálculo. Esse é o território da Teoria da Argumentação.

⁵ Perelman diferencia o razoável do racional. Para ele, a categoria do razoável, que desempenha um papel fundamental na argumentação, difere do racional, porque esse se refere a verdades eternas e imutáveis, é coercivo e demonstrativo; o razoável, por sua vez, diz que é uma noção mais vaga, com conteúdo condicionado pela história, pelas tradições, pela cultura de uma sociedade, é argumentativo e não coercivo. Por isso preferimos adotar como objetivo deste estudo a busca de uma decisão “razoável” por entendermos não ser possível uma única e verdadeira decisão demonstrável.

⁶ Apesar de considerarmos a diferença entre princípios e regras de extrema relevância, não o faremos aqui. Remetemos os leitores às obras de DWORKIN, 1984; ALEXY, 1993; ATIENZA, 1995, 2000; e, entre nós, SARMENTO; GALUPPO, 1999 e VIEIRA, 1999.

Referências

- ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993a.
- _____. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. In: _____. *Derecho e razón práctica*. México: Fontamara, 1993b.
- _____. *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*. In: _____. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993c.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Grazón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993d.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: M. Claret, 2002.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.
- _____. *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Do estado liberal ao estado social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BÖNCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.
- BÖNCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Lê droit, l'état et la constitution démocratique*. Paris: LGDJ, 2000.
- CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Alicante: Doxa, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- _____. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas. 1997.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 143, jul./set. 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. São Paulo: M. Fontes, 2001.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 1998.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- _____. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: A. Amado, 1962.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- MAIA, Antônio C.; SOUZA NETO, Cláudio P. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Manoel Messias (Org.). *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- _____. , et al. Direito e teoria da argumentação. *Cadernos Pet-Jur*: Departamento de Direito Puc-Rio, Rio de Janeiro, a. 3, n. 1 (2. ed.), 1997.
- _____. Excurso: da distinção fato/valor ou das pretensões da teoria crítica. In: _____. *A genealogia de Foucault e a teoria crítica da sociedade*. 1999. ? f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- PESANHA, José Américo Motta. A teoria da argumentação ou nova retórica. In: CARVALHO, Maria Cecília de (Org.). *Paradigmas filosóficos da atualidade*. São Paulo: Campinas, Papirus, 1989.
- PLATÃO. *A república*. São Paulo: M. Claret, 2001.
- RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica*. Lua Nova, São Paulo, n. 25, 1992.
- RICCEUR, Paul. *O justo entre o legal e o bom*. In: _____. *Leituras 1: em torno do político*. São Paulo: Loyola, 1991.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.