

## Certeza ou “justiça”?

Ana Paula Repolês Torres

**Resumo:** Buscamos demonstrar qual o papel da dimensão de aplicação jurídica nos diferentes paradigmas do Direito, a fim de esclarecer se ao Direito podemos atribuir, além da pretensão de certeza relacionada com a existência de normas gerais e abstratas, uma pretensão de “justiça”. Nesse linha, realizamos uma crítica à Escola da Exegese e ao decisionismo kelseniano, explicitamos as contribuições de Günther e Dworkin, e, por fim, desenvolvemos a questão a partir da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas.

**Áreas de aplicação:** Hermenêutica, Filosofia do Direito.

**Palavras-chave:** aplicação, certeza, justiça.

Tendo como pressuposto a idéia de que as normas jurídicas ultrapassam o momento de elaboração legislativa, já que, por mais “sábio” que se considere o legislador, não há racionalidade capaz de dar conta da realidade, buscamos trabalhar a dimensão da aplicação jurídica, com o intuito de esclarecer porque a única segurança possível em uma sociedade complexa como a que vivemos somente pode advir da unicidade da situação de aplicação, o que implica superarmos a ilusão de que normas gerais e abstratas resolveriam todos os eventuais conflitos jurídicos. Dessa forma, o que pretendemos refutar é a noção de segurança jurídica como a definição *a priori*, pelo legislador, das normas que irão reger a vida dos indivíduos, normas estas aplicadas como regra, como “tudo ou nada”.

Nessa linha, acreditamos que talvez a segurança que almejamos esteja associada à adoção de uma interpretação adequada das normas jurídicas. Questionamos também se ainda é possível pensarmos em uma segurança absoluta e indubitável nas sociedades atuais<sup>1</sup>. Será que a segurança, tendo em vista a diversidade, a pluralidade da sociedade moderna, não estaria justamente na

---

\* Bacharel e Mestre em Direito/Doutoranda em Filosofia – UFMG. Bolsista da FAPEMIG

<sup>1</sup> Até mesmo um dos dogmas centrais para o Direito, que é o instituto da *coisa julgada*, considerado, até recentemente, intangível, imutável, de caráter absoluto, por ser “*expressão máxima a consagrar os valores de certeza e segurança*”, vem sendo criticado e questionado, buscando-se construir novos parâmetros de análise para o referido instituto. Nesta linha, ver, principalmente: (THEODORO JÚNIOR, 2004) e (NASCIMENTO, 2004).

ausência de uma segurança de feição positivista, de uma interpretação literal dos termos normativos, admitindo-se que não é possível ao legislador solucionar, antecipadamente e em abstrato, os futuros casos concretos? Resta então trabalharmos como se processa a interpretação e aplicação jurídica nos diferentes paradigmas do direito moderno, pois isto nos permitirá compreender porque, a partir de uma leitura discursiva do Estado Democrático de Direito, além de “certeza”, as decisões jurídicas devem ser capazes de gerar “justiça”<sup>2</sup>.

A crença excessiva na racionalidade, no âmbito do direito, pode ser demonstrada pela concepção de interpretação e aplicação das leis presente na compreensão liberal de Estado e de Direito, ou seja, no paradigma jurídico onde o Estado é limitado e visto como mecanismo de garantia das liberdades naturais dos indivíduos, ou seja, dos direitos *inerentes à pessoa humana* que, por terem sido considerados direitos naturais, existiriam antes de qualquer organização política. Conseqüentemente, em tal paradigma seria suficiente a criação de leis gerais e abstratas para a garantia da segurança dos indivíduos, leis estas que permitiriam a busca da felicidade privada na medida em que limitariam a liberdade de cada um para assegurar igual autonomia a todos.

*“Sob o paradigma liberal, cabe ao Estado, através do Direito Positivo, **garantir certeza nas relações sociais**, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo.”* (Grifos nossos) (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:55)

No paradigma liberal, portanto, a esfera privada dos indivíduos era preservada da intervenção estatal, já que era considerada como espaço primordial para o desenvolvimento da personalidade e para a realização de atividades

---

<sup>2</sup> É importante dizer, desde já, que quando usamos o termo “*justiça*” no título deste artigo, e no decorrer do mesmo, para contrapô-lo à certeza do direito, não estamos adotando uma concepção moralizante do termo, como se admitíssemos uma fundamentação moral do direito. O que pretendemos ressaltar é que o conteúdo das decisões é importante em um Estado Democrático de Direito, conteúdo este que deve ser obtido levando-se em conta todas as peculiaridades do caso concreto em confronto com um ordenamento composto não somente de regras, mas sim de regras e princípios, para que as decisões tomadas pelo judiciário sejam aceitas como racionais, ou seja, como “*justas*”. “*Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao **sentimento de justiça realizada**, que deflui da adequabilidade de decisão às particularidades do caso concreto.*” (Grifos Nossos) (CARVALHO NETTO, 1999:482).

econômicas. A lógica individualista era tão forte que até mesmo a organização política sofria influência do mercado, entendendo-se a democracia como conflito de interesses, como disputa entre posições antagônicas para a obtenção da maioria parlamentar. A Constituição, nesse contexto, era vista como mero *instrumento de governo*, isto é, como mecanismo que possuía, ao mesmo tempo, a natureza política, por configurar a organização do Estado, bem como jurídica, por limitar, através do direito, o próprio poder estatal, dando origem ao denominado Estado de Direito.

É dentro desse Estado Liberal, onde é perceptível a crença no indivíduo e na razão, que o legislativo adquire preponderância com relação à atividade de aplicação do direito, já que não se duvidava da capacidade do legislador em criar leis que pudessem eliminar todos os conflitos que porventura surgissem na sociedade, sendo a natureza absoluta dos códigos que reuniam tais leis derivada desse mesmo espírito de onisciência e onipotência do legislador. À tarefa judicativa restava, como atividade hierarquicamente inferior à legislativa, unicamente aplicar a lei aos casos concretos de uma forma mecânica e automática, como uma simples operação lógica de subsunção da norma inferior a uma norma superior, ou seja, como resolução de um mero silogismo.

É apoiando-se nesse espírito iluminista que surge a idéia de segurança jurídica, como a crença de que a simples previsão legislativa é capaz de prevenir e solucionar todas as questões passíveis de análise pelo direito, até porque a atividade de aplicação nada acrescentaria ao direito já dado, estabelecido e explicitado nos códigos, cabendo ao juiz somente **reconhecer** qual a resposta jurídica a determinado caso que lhe fosse submetido.

Como expressão dessa concepção liberal de direito podemos citar a Escola da Exegese, que se desenvolveu na França, no século XIX, e que identificava o direito com a lei, mais especificamente com o Código de Napoleão de 1804. A Escola em questão, dessa forma, ao dizer que todo o direito está nos textos, cabendo aos magistrados somente procurar no Código a regra correspondente ao caso concreto, impedindo assim qualquer inovação que ultrapasse os dizeres do legislador, adotou uma leitura positivista<sup>3</sup> do direito, entendendo este como um

---

<sup>3</sup> Cabe dizer que toda classificação é uma redução de complexidade e, portanto, traz consigo o perigo de colocar sob uma mesma denominação coisas que são, devido a suas peculiaridades, diferentes. O positivismo jurídico, por exemplo, adquire feições distintas na Escola da Exegese e na Teoria Pura do

conjunto de leis estabelecidas pela autoridade competente num determinado período histórico. Essa determinação *a priori* das regras que deverão ser aplicadas a todos os possíveis conflitos, ou seja, a crença de que é possível prever de antemão todas as respostas que serão demandadas ao sistema jurídico, e que existe uma única resposta, pré-definida abstratamente, para cada caso, é que justifica a idéia de segurança jurídica tão prezada por essa escola de pensamento.

*“De seu lado, escreve LAURENT:*

*Os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete; este já não tem a missão de fazer o direito, o direito está feito; não existe incerteza; o direito está escrito nos textos autênticos. Mas para que os códigos apresentem tal vantagem, é preciso que os autores e os magistrados aceitem sua nova posição. Diria mesmo que eles devem resignar-se a ela.”* (Grifos nossos) (MACHADO, 1995:130)”

Essa submissão dos juízes aos legisladores significa que os mesmos deveriam adotar métodos para se chegar à vontade do legislador, o que revela assim a confiança que esse período histórico depositava na possibilidade de alcançar um conhecimento do objeto de estudo de maneira neutra através da simples utilização do instrumento metodológico adequado. Para se chegar à resposta correta, portanto, os métodos admitidos pela Escola da Exegese eram: o gramatical, que consistia numa leitura literal da lei, bem como o lógico, no qual se procurava, através da análise dos trabalhos preparatórios e das discussões parlamentares, desvendar a intenção do legislador.

Outra conseqüência desse espírito de onipotência e onisciência do legislador é a alegação da inexistência de lacunas no ordenamento jurídico<sup>4</sup>, pois se o legislador não houvesse se manifestado expressamente sobre determinado caso,

---

Direito de Hans Kelsen. O positivismo da Escola da Exegese, apesar de adotar a compreensão de que o direito é fruto de uma obra humana, ou seja, não é algo dado, por ainda continuar atrelado a uma concepção jusnaturalista de sociedade, acredita demasiadamente na lei, não enxergando qualquer direito além dos códigos. Como veremos adiante, a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, é também denominada positivista, não pela crença no legislador e na lei, mas sim pela análise do direito positivo sem qualquer influência externa ao sistema jurídico (moral, religiosa, política, etc), o que caracteriza sua opção metodológica de realizar uma Ciência do Direito positivo livre de qualquer tipo de ideologia, ou seja, uma Ciência **Pura** do Direito. *“Assim se aliam duas postulações fundamentais da Teoria Pura do Direito: levar o positivismo jurídico às últimas conseqüências e levar a ciência do direito à sua autonomia e independência* (AFONSO, 1984:16). Ademais, para Kelsen, o direito não se reduz à lei, o direito, como norma, é diferente de lei, sendo mais abrangente que esta, incluindo sentenças, atos administrativos, etc.

<sup>4</sup> Cabe citar o artigo 4.º do Código de Napoleão que, da forma como foi interpretado, expressa muito bem esse ideal de completude do direito: *“O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, a obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”* (BOBBIO, 1995:74).

haveria a possibilidade de se recorrer à analogia e aos princípios gerais do direito para a solução do conflito. A analogia, que é a aplicação de uma lei prevista no ordenamento para caso semelhante, podia ser justificada alegando-se que o legislador, caso tivesse previsto tal conflito, chegaria à mesma solução. Os princípios gerais do direito, por sua vez, não podiam ser justificados com base em uma suposta intenção do legislador, ocasionando a sua utilização, portanto, uma ruptura com a crença na infalibilidade do legislador.

*“A aplicação dos princípios gerais do Direito demonstra, adicionalmente, o fracasso da metáfora da segurança jurídica para construir a identidade do sujeito constitucional. É preciso frente a esse fracasso construir um novo discurso com recurso à metonímia. Ou seja, é preciso, sair da abstração dos critérios da vontade do legislador e do conhecimento intelectual do sentido do texto e contextualizar o Direito francês moderno, resgatando a tradição repudiada e descartada pelo racionalismo revolucionário.”* (Grifos nossos) (SALCEDO REPOLÉS, 2001:20-21)

É justamente a falta de consideração do contexto, das situações concretas de vida que nos fazem questionar, não somente uma interpretação ahistórica e atemporal dos textos, como se a aplicação do direito pudesse ser feita mecanicamente, mas também o próprio pano de fundo da concepção exegética do direito, qual seja, o paradigma liberal. A abstrata garantia de liberdade e igualdade já não se sustentava em uma sociedade desigual, sendo a segurança apregoada uma mera ficção cujo desmascaramento ocorre com o desenvolver dos fatos históricos, com as reivindicações sociais decorrentes, sobretudo, das mazelas da I Guerra Mundial e da Crise de 1929.

Busca-se a partir desse momento uma materialização dos direitos consagrados nos Códigos, podendo-se dizer que a complexidade social crescente traz consigo a crença de que a vida é dinâmica e que, portanto, não pode ser apreendida em textos, já que, por mais que se queira comandar o futuro, as práticas sociais se impõem e deixam obsoletas leis e códigos inteiros. Como veremos mais adiante, a concepção da atividade de aplicação do direito é então alterada no paradigma do Estado de Bem-Estar Social, exigindo-se novos métodos de interpretação e uma postura mais ativa do juiz, pois passa-se a entender que somente assim seria possível lidar com a complexidade social sem que os direitos dos cidadãos restassem comprometidos.

Fazendo uma reflexão a partir do instrumental hermenêutico, cabe dizer ainda que a idéia liberal de que o significado de uma norma já estaria dado de antemão, bastando para descobri-lo interpretar literalmente o Código para saber a vontade do legislador, perde plausibilidade quando temos consciência do condicionamento histórico e social da razão humana, pois, por mais que queiramos, nunca conseguiremos saber a vontade “daquele” que elaborou o documento constitucional escrito, na medida em que toda análise se faz a partir de uma situação hermenêutica, incidindo, sobre o objeto de estudo, os preconceitos de quem se dedica à atividade em questão. Dessa forma, não podemos mais pensar em uma hermenêutica jurídica que ignore a consciência histórica, haja vista que somente é possível questionar os preconceitos se partimos do pressuposto de que eles existem e nos condicionam em todos os nossos atos. Por outro lado, sabedores de que o significado de uma lei ultrapassa o sentido literal da mesma bem como a intenção de quem a criou, não há porque adotar ainda essa perspectiva liberal de interpretação e aplicação das normas<sup>5</sup>.

Vemos, assim, que entra em crise o paradigma liberal, com a verificação de que a garantia formal de igualdade e liberdade não bastava para assegurar direitos, tendo em vista as inúmeras desigualdades resultantes da abstenção estatal de intervenção nas relações sociais e a correlata submissão das interações à lógica de cunho altamente mercadológico, ou seja, a uma ilimitada livre concorrência. Surgiram então demandas por uma nova concepção de Estado e de Direito, que buscasse compensar os efeitos perversos e desagregadores que a existência de um Estado mínimo e de uma racionalidade calculista, voltada para obtenção de fins egoísticos, numa postura estratégica em que o outro é visto como objeto, como meio, provocou nas sociedades no decorrer dos séculos XVIII e XIX.

É nesse momento, portanto, que o papel do Estado é valorizado e ao mesmo são lhe atribuídas maiores competências, a ponto de ocorrer uma mudança na idéia de felicidade, já que, ao contrário do período liberal, quando a realização

---

<sup>5</sup> “É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude de um ato legislativo. Não obstante, não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhes ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei” (GADAMER, 1999:485).

dos indivíduos ocorria em uma esfera a-política, ou seja, na sociedade civil, no novo paradigma do Estado de Bem-Estar Social adota-se uma concepção única de vida boa. O Estado onipotente passa a absorver o indivíduo, valorizando-se a autonomia pública dos cidadãos em detrimento da autonomia privada, isto é, das diferenças que lhes são intrínsecas. Nessa linha, o indivíduo, diante de um Estado hipertrofiado, assume uma postura de cliente, colocando-se à espera dos benefícios a serem distribuídos pela Administração Pública.

Nessa conjuntura, o surgimento de novas demandas apresenta-se como evidência de que, na modernidade, uma previsão de normas gerais e abstratas é insuficiente para resolução de todos os conflitos devido ao fato de vivermos em uma sociedade estruturalmente complexa, isto é, onde existem inúmeras e contingentes possibilidades de agir, o que nos obriga a admitir que regras positivadas nem sempre garantem segurança nas relações, levando-nos, assim, a questionar que configuração de Estado e de Direito é adequada para lidar com a citada complexidade e garantir, ainda que em outras bases, “certeza” nas relações sociais<sup>6</sup>. O Estado de Bem-Estar Social acreditou que a ampliação do papel do Estado fosse suficiente para dar uma maior segurança aos indivíduos, optando também por realçar a figura do juiz no embate com a complexidade, o que gerou uma problematização do espírito de onisciência e onipotência do legislador, rompendo com a hierarquia entre os poderes legislativo e judiciário, típica do paradigma liberal.

*“O juiz agora não pode ter a sua atividade reduzida a uma mera tarefa mecânica de aplicação silogística, da lei tomada como a premissa maior sob a qual se subsume automaticamente o fato. A hermenêutica jurídica reclama métodos mais sofisticados como as análises teleológica, sistêmica e histórica capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do Direito que a mesma prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais. **Aqui o trabalho do juiz já tem que ser visto como algo mais complexo a garantir as dinâmicas e amplas finalidades sociais que recaem sobre os ombros do Estado.** Explica-se assim, por exemplo, tanto a tentativa de **Hans Kelsen** delimitar a interpretação da lei através de uma ciência do Direito encarregada*

---

<sup>6</sup> Devemos salientar, em rápida exposição, que tanto o Estado Liberal, quanto o Social, guiam-se por padrões unilaterais de compreensão, haja vista que o primeiro enfatiza a força das normas gerais e abstratas, em um apelo descontextualizado à idéia de liberdade, ao passo que o outro acredita que é possível uma materialização plena dos direitos, tendo como vetor a dimensão de uma igualdade que desconsiderava a autonomia dos cidadãos, autores e destinatários do direito. Denota-se que ambas visões desconhecem o fato de que liberdade e igualdade, autonomia privada e pública, são complementares, não antitéticas, mas equíprimordiais, sendo que tal raciocínio será desenvolvido ao longo do presente artigo.

*de delinear o quadro das leituras possíveis para a **escolha discricionária** da autoridade aplicadora, quanto o **decisionismo** em que o mesmo recai quando da segunda edição de sua Teoria Pura do Direito.” (Grifos nossos) (CARVALHO NETTO, 1999:480-481)*

A guinada decisionista de Kelsen foi resultado da constatação dessa complexidade social que aflora no paradigma do Estado de Bem-Estar Social, requerendo este que seja conferida ampla liberdade ao juiz para que o mesmo possa ter resposta para todas as questões jurídicas que lhes sejam submetidas. Na verdade, o grande mérito de Hans Kelsen foi ter colocado em evidência a indeterminação do direito, ou seja, a sua tessitura aberta, já que a partir do século XX não há mais dúvidas de que não é possível estabelecer, **de antemão**, a solução correta para todos os eventuais casos que possam demandar uma decisão jurisdicional.

Antes de adentrarmos na análise do desenvolvimento da noção de interpretação em Hans Kelsen, que é essencial para entendermos a indeterminação intrínseca ao direito, cabe ressaltar que no paradigma do Estado de Bem-Estar Social, por haver uma relativização da crença no legislador e da atividade da interpretação jurídica como uma simples operação lógica, adota-se uma concepção de direito como não mais composto somente de regras, passando a fazer parte do mesmo princípios que deveriam ser materializados quando da aplicação, seja esta realizada pela jurisdição ou pelo executivo.

*“O Direito passa a ser interpretado como sistema de regras e de princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais (“ordem material de valores”, como entendeu a Corte Constitucional Federal alemã), bem como de programas de fins, realizáveis no “limite do possível”.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:59)*

A adoção de *princípios otimizáveis* como *valores fundamentais* aos quais os juízes poderão recorrer quando da decisão de um caso concreto coaduna-se com o decisionismo, já que os valores suprapositivos que deverão ser buscados para fundamentar uma decisão serão escolhidos pelos magistrados, tendo em vista o caso concreto, sem qualquer predeterminação da forma de escolha, admitindo-se até decisões que contrariem o direito estabelecido tendo em vista a *“ordem material*

---

<sup>7</sup> É justamente a concepção do direito como princípios que devem ser realizados na medida do possível, como programas, que está na base do conceito de *normas programáticas* desenvolvido por autores como José Afonso da Silva e Maria Helena Diniz.

*de valores*<sup>8</sup>. Na verdade, o que está por detrás de toda essa mudança é a nova concepção da posição do legislativo e do judiciário, sendo que nesse paradigma não há qualquer prevalência de um poder sobre o outro, chegando Kelsen a dizer que legislativo e judiciário possuem a mesma *qualidade*, estando a diferença entre ambos situada na *quantidade*, já que, materialmente, o legislador é mais livre para criar a lei do que o é o juiz, apesar deste também ter uma certa liberdade para criar direito quando da decisão de um caso concreto.

Para o autor da Teoria Pura do Direito, essa certa liberdade que os juízes possuem ao decidir o caso concreto se deve ao fato de que a aplicação do direito, apesar de ser determinada, já que a interpretação deve levar em conta a hierarquia da ordem normativa, sendo a norma individual criada fundamentada na norma superior, daí advindo sua *“validade”*, é também indeterminada na medida em que o legislador não pode definir, em todos os aspectos, como será a aplicação através da criação de uma norma inferior<sup>9</sup>, o máximo que pode ser feito é o estabelecimento de uma *moldura* dentro da qual caberá ao juiz encontrar uma decisão para o caso a ele apresentado.

Em razão da indeterminação é que Kelsen passou a afirmar que não seria possível alcançar uma única decisão correta para cada caso, ou seja, a ausência de uma total vinculação do aplicador do direito às determinações legislativas abriu um espaço de discricionariedade ao juiz, sendo que o direito legislado seria somente um quadro ou moldura de interpretação do mundo, dentro do qual o aplicador escolheria o sentido da norma que entendesse mais adequado para a solução da controvérsia.

*“Assim, interpretar uma lei não conduz necessariamente a uma solução como sendo a única correta, mas, possivelmente, leva a várias soluções, aferidas somente em confronto com a norma a ser aplicada, mesmo se considerando que apenas uma única delas se torna, no ato da decisão judicial, Direito positivo.”* (Grifos nossos) (KELSEN, 1997:35)

---

<sup>8</sup> Apenas a título de advertência, cabe lembrar os desdobramentos que Ingeborg Maus atribui a esse recurso a suposto direito *“não-escrito”* e *“suprapositivo”*, a uma *“ordem material de valores”*, pelo Tribunal Constitucional Alemão, tendo assim se pronunciado: *“Uma Justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativo”* (MAUS, 2000:197).

<sup>9</sup> Cabe lembrar, como já dito anteriormente, que para Kelsen norma não é o mesmo que lei, sendo norma todo ato advindo de uma autoridade competente, como uma sentença judicial ou uma decisão administrativa. *“A principal consequência dessa distinção é que não se pode estabelecer, para Kelsen, uma diferença qualitativa entre a atividade do juiz e a do legislador. Com isso Kelsen derroga de vez a idéia do legislador onipotente”* (SALCEDO REPOLÉS, 2001:24).

Dessa forma, Kelsen critica o entendimento de que um método adequado seria necessário e suficiente para se obter a *decisão correta* de qualquer caso, como entendia a teoria tradicional da interpretação, afirmando o autor que a obtenção de uma decisão justa seria muito mais uma questão de política do direito do que um simples *reconhecimento* do direito já dado. É importante também ressaltar que a discricionariedade dada ao aplicador abriu espaço para que Kelsen admitisse que questões metajurídicas, como fatores morais, éticos, políticos, etc, influenciassem na decisão do juiz, sem que fosse comprometida a *pureza* metodológica de sua teoria.

Resta salientar o giro decisionista<sup>10</sup> da Teoria Pura do Direito, alteração esta que se caracteriza como a possibilidade do juiz decidir o caso concreto adotando uma interpretação que não se encontra dentro do esquema de interpretação estabelecido pelo Direito e evidenciado pela Ciência do Direito. Esta possui como tarefa o esclarecimento das possíveis interpretações de uma norma, ou seja, possui como função uma atividade de cognição, de “*descrição*” das normas positivadas, oferecendo, desta forma, interpretações das normas que poderão, **ou não**, serem levadas em conta pelo aplicador.

Percebe-se, portanto, que a possibilidade dos intérpretes autorizados escolherem uma solução para determinado caso fora da moldura descrita pela Ciência do Direito revela que, na leitura positivista kelseniana, a única coisa que realmente vincula o aplicador é uma norma de competência, ou seja, a atribuição de

---

<sup>10</sup> Ao analisarmos a teoria da interpretação de Hans Kelsen, não podemos nos olvidar que a mesma sofreu modificações nas várias edições da obra do autor, assim, temos que lembrar do giro decisionista da edição de 1960 da Teoria Pura do Direito, bem como da tese da interpretação autêntica, incluída na edição francesa de 1953 e ampliada na de 1960. Cabe esclarecer que a primeira edição da Teoria Pura do Direito data de 1934, sendo nela reproduzidas as idéias sobre interpretação jurídica já publicadas anteriormente, na própria década de 30, na *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, com o título “*Zur Theorie der Interpretation*”. Uma análise pormenorizada das várias edições da Teoria Pura do Direito pode ser encontrada em: (CATTONI DE OLIVEIRA, 1997). Fica evidente, assim, que a alteração ocorrida na edição de 1960 da obra de Kelsen nos mostra uma incoerência interna em sua própria teoria, chegando o autor, implicitamente, até mesmo a negar a distinção entre ser e dever-ser que havia se proposto a delimitar claramente no início de seu trabalho, quando procurava analisar as diferenças entre eficácia e validade do direito, entre norma (dever-ser) e fato (ser). Para tal pensador, o direito diria respeito somente ao dever-ser, às normas positivadas que seriam objeto de descrição por parte da Ciência do Direito. Questões como legitimidade, eficácia, não poderiam ser analisadas pela ciência jurídica, pois elas necessariamente introduziriam fatores externos ao direito, como questões de política, sociologia, filosofia, etc, que acabariam por impedir a tal *pureza* metodológica do Direito que Kelsen tanto prezava. Ocorre que, ao admitir que um mínimo de eficácia seria necessário ao direito, e que o juiz poderia decidir sem observar as interpretações elencadas pela Ciência do Direito, ou seja, sua escolha poderia se encontrar fora da moldura traçada pelo direito positivo, Kelsen acaba colocando em xeque sua própria postura metodológica, podendo-se dizer que não conseguiu mais manter uma nítida diferenciação entre ser e dever-ser. Nesse sentido, conferir: (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 1999:429)

poderes de decisão que uma norma superior confere ao mesmo. Ocorre que esse giro decisionista da Teoria Pura do Direito é incompatível com a própria concepção da validade das normas desenvolvida por Kelsen, segundo a qual uma norma inferior encontra seu fundamento em uma norma superior, até se chegar à norma pensada que seria a norma fundamental.

O que percebemos é que Kelsen acaba assumindo uma postura muito próxima do *realismo jurídico*<sup>11</sup>, ao afirmar que o aplicador **cria** direito, ou seja, que o direito pode ser construído na situação de aplicação, desprezando-se, de certa forma, a própria atividade legislativa. Visualizamos em Kelsen assim uma desvalorização da diferenciação entre a atividade legislativa e a judiciária. Mas será que uma análise da prática das decisões judiciais nos leva necessariamente a abandonar toda pretensão de validade?

Não obstante esses questionamentos que não se calam, cabe lembrar que grande foi o mérito de Kelsen ao constatar a indeterminação inerente ao direito, já que todas as normas, mesmo aquelas que não são obscuras, necessitam de interpretação. Entretanto, adiantamos que, ao contrário do que pensou Kelsen, não entendemos que a indeterminação leve necessariamente à discricionariedade, isto é, à arbitrariedade do juiz, pois, como desenvolveremos a seguir, no próprio direito podem ser encontradas soluções para todos os casos, mesmo após a constatação da abertura de interpretação que o direito, como texto, sempre apresenta.

Outra ressalva quanto à Teoria Pura do Direito é que, apesar de Kelsen criticar a jurisprudência tradicional no que diz respeito à crença no método para se obter uma única resposta correta para cada caso, o mesmo autor ainda acreditava ser viável estabelecer uma moldura com **todas** as interpretações possíveis de uma mesma norma. Será realmente plausível a delimitação *a priori*, pela Ciência do Direito, de todos os sentidos que uma norma pode vir a possuir, independentemente da análise da situação histórica na qual o conflito se desenvolve? Como falamos anteriormente, é impossível uma interpretação a-histórica, uma interpretação que não leve em conta o contexto no qual o sentido é produzido, justamente pelo fato de

---

<sup>11</sup> Realismo jurídico é uma corrente de pensamento do direito que ressalta a natureza política do juiz, na medida em que entende este como criador de direito novo quando da decisão de um caso concreto, não apresentando o magistrado, desta forma, qualquer compromisso com o passado do ordenamento jurídico em questão. Como expoente máximo do realismo jurídico norte-americano, poderíamos citar o *Chief Justice* Oliver Holmes. Sobre o tema, ver: (SCHWARTZ, 1966).

não existir uma descrição neutra do objeto de estudo, já que todas as observações são influenciadas pelas crenças datadas daqueles que realizam a interpretação.<sup>12</sup>

Resta também lembrar que Kelsen, ao afirmar que não existe método capaz de descobrir, dentro do ordenamento de regras positivadas, uma única resposta a-temporal para cada caso, como entendia a jurisprudência tradicional de base jusnaturalista, acaba afirmando que a **segurança jurídica** tão alarmada por esta não passa de uma **ilusão**, pois o simples uso da razão não é suficiente para se alcançar uma decisão justa. O autor da Teoria Pura substitui, portanto, a razão por um ato de vontade, ou seja, um ato de conhecimento por um ato de vontade, considerando como uma questão de política saber se uma decisão é justa ou não<sup>13</sup>. É necessário ainda dizer, portanto, que apesar de Kelsen entender a segurança jurídica, tal como ela foi pensada pela jurisprudência tradicional, como uma ilusão, o autor não a descarta totalmente, em virtude de razões não jurídicas, entendendo que o termo seria necessário por convicções políticas, para a existência de um Estado de Direito, e não por considerá-la uma verdade atingível através de uma postura racional dos legisladores ou aplicadores do direito.

O fato é que a ausência da tão-almejada segurança prometida pelo Estado onipotente, em virtude da crise do mesmo, colocou-nos diante de um novo paradigma de Direito e de Estado, qual seja, o Estado Democrático de Direito. A crise do Estado de Bem-Estar Social foi decorrente da enorme pretensão do mesmo e da falta de conhecimento dos limites impostos a qualquer sistema na modernidade. Por outro lado, por ter negado o que se propunha, ou seja, não ter proporcionado

---

<sup>12</sup> Nesses termos, não faz sentido estabelecer a distinção entre a interpretação como ato de conhecimento, aquela realizada pela Ciência Jurídica, como mera descrição do objeto, e a interpretação como ato de vontade, aquela realizada pelos aplicadores do direito. Toda descrição não é um simples ato de conhecimento, sendo produção de realidade, já que hoje se reconhece a auto-implicação cognitiva de toda forma de conhecimento. *“A concepção de que a linguagem é mero instrumento para a designação dos objetos consiste no paradigma fundamental da filosofia da consciência. Assim, a linguagem e a interpretação, por consequência, seriam uma ‘terceira coisa’ interposta entre o sujeito (intérprete) e o objeto (sistema normativo). O linguistic turn impôs a superação de tal paradigma, reconhecendo à linguagem um papel criador na relação do homem (intérprete) com o mundo (sistema normativo)”* (CRUZ, 2000:24). Cabe dizer, entretanto, que o reconhecimento da interpretação como *ato de vontade* não significa, necessariamente, deixar a interpretação ao arbítrio do aplicador, tal como Kelsen pretendeu.

<sup>13</sup> “Kelsen inaugura com isso o problema central que permeará todo o debate da hermenêutica jurídica ao longo do século XX: **o de refletir sobre o papel da atividade jurisdicional como um papel político e ao mesmo tempo ter que legitimá-lo**. Mas o que aparece para Kelsen como um problema, como uma ausência a ser superada, é para as teorias da hermenêutica, do realismo e do positivismo de Hart, uma solução. O realismo, por exemplo, dirá que é necessário se assumir que o juiz age politicamente e que esse não é problema do judiciário e sim o de controlar ideologicamente a linha política do juiz (HABERMAS, 1997)” (Grifos nossos) (SALCEDO REPOLÊS, 2001:27).

condições de emancipação dos indivíduos na medida em que os transformou em clientes da Administração Pública, o Estado Social não se encontrava somente em uma situação de escassez, isto é, de impossibilidade de distribuir bens e direitos a todos os necessitados, como também não conseguia responder a um novo desafio, qual seja, à reivindicação por autonomia.

Os novos movimentos sociais são exemplificativos da alteração que se produziu, já que a novidade dos mesmos se encontra em uma mudança de demandas, abandonando-se as concessões de um Estado hipertrofiado por uma luta permanente por reconhecimento e emancipação, indo além de uma dimensão tão-somente materializante. Nesse contexto, concepções, como a positivista de Kelsen ou a teoria da decisão de Luhmann, em que os juízes podem decidir de acordo com suas convicções, não importando para definição do direito o conteúdo das decisões judiciais, sendo a segurança advinda somente da certeza de que haverá uma resposta, não podem ser mais sustentadas por operadores do direito, em uma perspectiva interna ao sistema jurídico, pois aos participantes interessa que as decisões tomadas sejam também “justas”, ou seja, que se apresentem como adequadas à unicidade dos casos concretos. Procura-se, cada dia mais, como veremos adiante ao trabalharmos a concepção procedimentalista do direito de Jürgen Habermas, mecanismos para que o direito não seja somente coerção, imposição, mas que garanta também a autonomia dos indivíduos, na medida em que estes possam, ainda que como “condição de possibilidade”, ser não somente destinatários, mas autores das normas que regem seu viver.

É dentro desse contexto que podemos situar Ronald Dworkin e a crítica que o mesmo dirige ao positivismo, principalmente ao positivismo de Austin e Hart<sup>14</sup>. Cabe dizer, entretanto, que em uma palestra (DWORKIN, 1997) na cidade de Tóquio, Japão, Dworkin expressamente referiu-se a Kelsen, o que nos comprova que a crítica desenvolvida em suas obras refere-se ao positivismo jurídico de uma forma geral.

Dworkin, para realizar o questionamento ao positivismo, procura delimitar quais os sentidos que a palavra discricionariedade pode apresentar, acabando por

---

<sup>14</sup> Tanto Austin quanto Hart baseiam a autoridade das regras em sua origem, sendo que o primeiro diz serem as normas ordens de um soberano, ao passo que o segundo atribui validade às normas pelo fato delas serem estabelecidas de acordo com uma *regra de reconhecimento*, sendo que esta última regra não seria *válida*, mas sim *aceita* pela comunidade a que se refere. Ambos os autores, tal como Kelsen, admitem a discricionariedade do juiz quando não há uma regra específica para o caso a ser julgado. Para um maior aprofundamento, ver: (DWORKIN, 2002:29-35).

falar em dois tipos de discricionariedade, a fraca e a forte. Quando se diz que uma regra não pode ser aplicada automaticamente, já que depende de um julgamento do aplicador, estamos nos referindo a uma discricionariedade fraca. Esta também ocorre quando a decisão não pode ser alterada por uma instância superior, ou seja, *“quando algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário.”* (DWORKIN, 2002:51)

A discricionariedade que se critica no positivismo jurídico, por sua vez, é a forte, aquela que deriva da ausência de padrões para a tomada de decisão, ou seja, quando o aplicador pode escolher tendo em vista pressupostos extra-jurídicos, como explicitado por Kelsen em seu giro decisionista<sup>15</sup>. Nessa concepção da atividade de interpretação jurídica, ao aplicador não basta reconhecer um direito vigente, podendo o mesmo inovar, criar direito novo, simplesmente pelo fato de ter competência para tanto. Além de tal concepção da aplicação jurídica colocar em xeque a própria Teoria Pura do Direito, conforme vimos acima, negando os pressupostos de validade estabelecidos pela mesma, ela também não responde, como afirma Dworkin, porque os indivíduos devem obedecer a tais decisões, já que as mesmas não são consideradas como reconhecimento de pretensões de direito.

*“Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes.”*  
(DWORKIN, 2002:55)

Se esses padrões que não são regras não obrigam aos juízes, já que não são direito antes da decisão, por que haveriam de obrigar os indivíduos? Dworkin, para responder a questões como esta e refutar a tese positivista da discricionariedade, trabalha com o conceito de *“princípio”*<sup>16</sup>, relacionando-o com a obrigatoriedade de obediência às normas. Para tal jurista, tanto as regras quanto os princípios seriam normas jurídicas, ou seja, seriam obrigatórios para os destinatários e aplicadores de um ordenamento jurídico. Se Dworkin reconhece, *a priori*, uma

<sup>15</sup> *“Hart, por exemplo, afirma que, quando o poder discricionário do juiz está em jogo, não podemos mais dizer que ele está vinculado a padrões, mas devemos, em vez disso, falar sobre os padrões que ele tipicamente emprega”* (DWORKIN, 2002:55).

<sup>16</sup> Dworkin às vezes utiliza o termo princípio de maneira genérica, referindo-se a políticas, princípios (em sentido estrito) e outros padrões. No entanto, utilizamos no texto o termo princípio no sentido estrito estabelecido pelo mesmo autor. *“Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”* (DWORKIN, 2002:36).

diferença entre regras e princípios, ao definir que as primeiras operariam como “*tudo-ou-nada*”, ao passo que os princípios seriam elaborados para serem densificados nas situações concretas, sendo aplicado aquele mais adequado ao caso específico, o que não impediria a validade dos demais, que poderão prevalecer em eventuais aplicações futuras, o autor em questão acaba por admitir que até mesmo as regras devem ser aplicadas de maneira principiológica, isto é, levando-se em conta a complexidade e irrepetibilidade das situações concretas de aplicação, assumindo, dessa forma, que o imponderável possa surgir<sup>17</sup>.

Poderíamos dizer, portanto, que em um ordenamento jurídico não existem princípios contraditórios, mas sim contrários, pois eles não se excluem reciprocamente, sendo ambos válidos *a priori*, aplicando-se aquele mais adequado ao caso em análise. Regras opostas, por sua vez, não podem existir em um ordenamento jurídico, devendo então ser declarada a ausência de validade de uma delas. Cabe dizer também que as enunciações das exceções de uma regra servem para confirmá-la, além de tornar completa a sua descrição. Entretanto, é importante afirmar que, tendo em vista que as regras são aplicadas como princípios, até mesmo a distinção entre princípios e regras perde o sentido quando da densificação das normas jurídicas, pois não é plausível o estabelecimento antecipado de uma resposta correta para um eventual caso concreto sem levar em conta a situação hermenêutica onde o conflito surgiu, se uma tal pretensão ainda existisse nada mais representaria do que um resquício iluminista, em outras palavras, poderíamos dizer

---

<sup>17</sup> Como contraponto a Ronald Dworkin, elaborando uma distinção morfológica entre princípios e regras, entendendo que tal distinção seria central para o direito moderno, e não somente operacional, Robert Alexy perde de vista a dimensão da aplicação do direito, na medida em que, ao pretender regular a vida através de regras, desconhece que os textos não possuem esse poder devido ao próprio horizonte hermenêutico no qual estamos inseridos. Por outro lado, ao afirmar que os princípios devam ser “*otimizados*” quando de sua aplicação, quer dizer, devam ser “*preferidos*” uns aos outros nas situações concretas, realizando-se um juízo gradual, Alexy termina por confundir as normas com valores, com bens, não as compreendendo como padrões universalizáveis de conduta. Assim procedendo, o autor em questão assume uma perspectiva axiológica, em detrimento da deontológica, identificando, em grande parte, direito e moral, e, de um outro ângulo, terminando por também confundir direito e política, na medida em que os princípios não são visto como “*trunfos*” perante a política, mas sim como objeto de “*ponderação*”, de “*negociação*”, adotando-se, desta forma, o proceder típico do sistema político. Em outros termos, ao se referir a uma “*otimização*” de princípios, Alexy acaba por admitir que a aplicação jurídica também implica a atividade de elaboração de leis, isto é, implica um “*discurso de justificação*”, não diferenciando completamente os “*discursos de aplicação*” dos “*discursos de justificação*”, tal como o faz Klaus Günther, como logo veremos. Resta dizer que a teoria desenvolvida por Robert Alexy é moderna, pois leva em conta que o paradigma do Estado Democrático de Direito não condiz com o modelo de regras, mas tal autor peca por não considerar o giro hermenêutico-pragmático, o que fica claro ao criticar como “*ideal*” a pretensão contrafactual, levantada por Günther, de participação ilimitada nos “*discursos de justificação*”. Nesse sentido, ver: (ALEXY, 1993, 2002, 2003ab).

que esse tipo de pretensão tem como pressuposto o esquecimento da circunstância de que não existe compreensão desinteressada, de que toda interpretação/aplicação de uma norma é uma atribuição de sentido<sup>18</sup>.

O direito, entendido como um todo principiológico, teria sempre resposta para qualquer caso, resposta esta a ser encontrada somente na situação de aplicação<sup>19</sup>. Assim, quando não existisse uma regra específica para determinado caso, os princípios, subjacentes ou não às regras, poderiam ser utilizados para o *reconhecimento* do direito na situação de aplicação. Percebe-se, assim, que uma visão principiológica do direito é diferente “daquelas” que pressupõem métodos absolutos voltados para a busca de uma resposta, a-temporal e em abstrato, para os eventos da vida cotidiana.

Os positivistas, como ressaltamos anteriormente, adotam o modelo de regras, somente reconhecendo normatividade a estas. É justamente essa restrição das normas às regras que faz com os positivistas adotem a tese do decisionismo, pois ao não ser encontrada uma resposta para determinado caso nas regras estabelecidas, ao juiz caberia decidir com base em fatores extra-jurídicos, utilizando-se de princípios não jurídicos. A ausência de normatividade dos princípios, assim, faria com que a escolha dos mesmos fosse deixada ao arbítrio do aplicador, criando ele direito quando da decisão do caso e tornando a mesma obrigatória para os destinatários em virtude da coercitividade do direito.

---

<sup>18</sup> Apesar de Alexy criticar a tese da “*resposta correta*” de Dworkin, tese esta que será analisada no desenvolver do texto, acusando-o de ter afirmado ser possível a definição, em abstrato, de uma única leitura possível para uma norma jurídica, o autor em questão “desconheceu” da base hermenêutica do pensamento de Dworkin, base esta que lhe permite afirmar que não existe uma verdade a-temporal e universal, o que não impede que possamos falar em uma “verdade” para “nós”, condicionada historicamente, mas nem por isso menos “verdadeira”. O que podemos perceber é que as críticas que Alexy faz a Dworkin podem ser aplicadas ao próprio Alexy, como se este tivesse realizado uma *transferência*, uma *projeção*, como se estivesse olhando-se no “espelho”. Nesse sentido, quem está preso a uma *ficção ontológica*, apresentando-se como *Descartiano*, acreditando ainda em métodos infalíveis, em uma verdade a-histórica representada pela manutenção do conceito de regra jurídica, como se esta pudesse prever todas as circunstâncias fáticas nas quais será aplicada, é o próprio Alexy. Resta dizer também que as críticas que Alexy faz a Günther podem ser aplicadas a ele próprio, da mesma forma que as ponderações que Moral Soriano realiza sobre a teoria de Günther não se adequam a este, mas sim são apropriadas para demonstrar a confiança exacerbada na razão ainda presente, mesmo que de modo sofisticadamente “moderno”, na obra de Robert Alexy. Sobre o tema, ver: (SORIANO, 1998).

<sup>19</sup> “É nesse sentido que Ronald Dworkin pôde afirmar que há uma única resposta correta para cada caso, não é em termos de que só seja possível uma única leitura de um texto legal. Dworkin tem uma formação extremamente sofisticada, é um crítico literário, sabe não somente que um texto admite várias leituras, mas que o horizonte de possibilidade de leituras se altera com as mudanças sociais verificadas ao longo do tempo. Por isso mesmo, para ele, não temos acesso ao fato, mas a leituras que fazemos desses fatos. (...) A grande questão reside aí: como lidar com a aplicação dessas garantias que não garantem nada, com as normas gerais e abstratas. Esse é o grande problema da doutrina constitucional hoje” (CARVALHO NETTO, 2003: 159-160).

A questão subjacente a esse confronto entre o positivismo e o entendimento do direito e da interpretação jurídica de Dworkin é que, num Estado Democrático de Direito, não basta a certeza de que haverá uma decisão, o conteúdo dessa decisão é importante, na medida em que se busca um direito não somente eficiente, mas um direito também legítimo, um direito “*justo*”. Assim, uma concepção positivista do direito deve ser abandonada em favor de uma outra visão do ordenamento jurídico que parta da idéia de que os indivíduos, livres e iguais, possuem “*obrigações genuínas*”<sup>20</sup> resultantes da formação de uma verdadeira comunidade de princípios. Uma visão do sistema jurídico, assim entendida,

*“reconhece que o Direito serve ao propósito de permitir às pessoas planejar seus negócios e que, para esse propósito, é desejável a previsibilidade. Mas acrescenta que o Direito deveria fazer mais do que isso pela comunidade. O Direito também deveria tornar essa regência, esse governo, mais coerente em seus princípios; deveria também procurar ajudar a preservar aquilo que poderíamos chamar de integridade de regência, do governo, da comunidade, de modo que a comunidade fosse regida por princípios, e não apenas por regras que pudessem ser incoerentes com os princípios. E insiste que esse último propósito é tão importante que bem deveria, nos casos particulares, ser mais importante do que a previsibilidade e a certeza.”* (DWORKIN, 1997:61)

Na verdade, as diferentes formas de interpretação aqui apresentadas, desde a positivista, até a que leva em conta a normatividade dos princípios, refletem visões diversas do próprio direito, a primeira entendendo ser função do mesmo somente garantir a segurança jurídica, ao passo que a última entende o direito como expressão da forma como a comunidade enxerga a si própria, ou seja, como parâmetro normativo de uma comunidade na qual os cidadãos fraternos possuem consciência de obrigações recíprocas, obrigações estas derivadas de princípios difundidos nessa mesma comunidade e não de um acordo egoístico entre os indivíduos, como ocorre no modelo de regras. Em uma comunidade baseada em regras, as obrigações são resultantes de convenções, nas quais as partes, com interesses antagônicos, fazem concessões recíprocas para que possam viver em

---

<sup>20</sup> “(...)numa sociedade em que o Direito goza de legitimidade, as pessoas o consideram assim, porque compreendem suas obrigações como genuínas, obrigações aceitáveis, porque as admitem como corretas e racionais. Para tanto, temos de compreender a sociedade política como uma verdadeira comunidade, em que as pessoas aceitam obrigações reciprocamente porque compartilham uma idéia geral e difusa dos direitos e das responsabilidades, o que ocorre por força da integridade.” (BARROS, 2000:239).

comunidade, reduzindo-se todas as obrigações, portanto, ao conteúdo das regras estabelecidas. Por isso Kelsen, típico representante do convencionalismo, ao admitir a total discricionariedade do juiz, não pode impor ao mesmo padrões de decisão obrigatórios fora da moldura traçada pela regra. Assim, no modelo de regras, as pessoas

*“obedecem às regras que aceitaram ou negociaram como uma questão de obrigação, e não de mera estratégia, mas admitem que o conteúdo dessas regras esgota sua obrigação. Não consideram que as regras foram negociadas com base em um compromisso comum com princípios subjacentes que são, eles próprios, uma fonte de novas obrigações; pensam, ao contrário, que essas regras representam um acordo entre interesses ou pontos de vista antagônicos.”* (DWORKIN, 1999:253)

Para desenvolver seu modelo de princípios, adotando a *“integridade”*<sup>21</sup> como diretriz tanto da aplicação quanto da elaboração de normas, Dworkin analisa como a interpretação jurídica se dá no convencionalismo, isto é, no modelo de regras, quanto no pragmatismo. No convencionalismo, o juiz ficaria limitado às regras estabelecidas, assim, para decidir qualquer caso, deveria voltar ao passado e encontrar a decisão acordada para aquele caso específico. O pragmatismo, por sua vez, volta-se para o futuro, não se restringindo o juiz às regras estabelecidas, com o intuito de alcançar uma decisão que consiga melhores resultados, podendo o aplicador, portanto, utilizar-se de qualquer padrão quando da decisão do caso concreto. Podemos dizer que Kelsen conseguiu visualizar a deficiência do convencionalismo ao cair no decisionismo<sup>22</sup>, já que não é possível estabelecer de antemão, através de regras claras e precisas, todas as soluções dos eventuais conflitos futuros. Entretanto, a discricionariedade, em seu sentido forte, atribuída ao aplicador, acabou aproximando a teoria kelseniana do pragmatismo, já que concedeu ampla liberdade ao juiz, confundindo sua atividade com a do legislador.

Contraopondo-se ao convencionalismo e ao pragmatismo, Dworkin apresenta a tese da integridade, que seria tanto um ideal legislativo quanto jurisdicional. Politicamente, a integridade impediria que as normas fossem

<sup>21</sup> *“Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”*(DWORKIN, 1999:305).

<sup>22</sup> *“A discricionariedade em que se vê o juiz ao decidir um caso sobre o qual não há convenção previamente estabelecida revela a impropriedade do convencionalismo como uma teoria que oferece “segurança jurídica” aos membros de determinada comunidade”* (Grifos nossos) (LAGES, 2001:44).

estabelecidas não com base em princípios, mas sim em razão de conciliações, de concessões recíprocas entre interesses conflitantes. Jurisdicionalmente, a integridade faria com que os juízes decidissem os casos concretos fundamentando-se num ordenamento de princípios, ou seja, numa ordem jurídica legítima, levando em conta, ao mesmo tempo, o passado e o futuro, isto é, abandonando tanto a idéia de uma coerção mecânica das regras estabelecidas quanto de uma total liberdade do aplicador.

*“O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.” (DWORKIN, 1999:271)*

Para Dworkin, os juízes realizam uma *“interpretação construtiva”*, como se eles fossem autores de um *“romance em cadeia”* no qual teriam que participar de um projeto em comum com outras pessoas, interpretando o passado para dar continuidade ao projeto de forma coerente. Assim, um juiz teria que interpretar as decisões jurídicas anteriores, ou seja, o ordenamento jurídico como um todo, para então saber qual a melhor maneira de dar continuidade ao projeto do qual faz parte.

Para melhor expor sua concepção de interpretação jurídica, principalmente nos *hard cases*, que seriam aqueles casos nos quais o aplicador não encontra no ordenamento uma regra na qual poderia basear sua decisão, Dworkin utiliza-se de um juiz imaginário, *Hércules*, que seria capaz de dar continuidade à história da melhor maneira possível, justamente por aplicar o direito de acordo com o princípio da integridade.

Outra diferença que podemos identificar entre Dworkin e Kelsen é que, ao contrário deste último, o primeiro entende haver uma resposta correta para cada caso, devendo o juiz, para tanto, interpretar o direito *“em sua melhor luz”*, atentando para o caso concreto e para um ordenamento que não é composto somente de regras, mas também de princípios que convivem com estas ou são subjacentes às mesmas. Dessa forma, percebe-se que a resposta correta da qual fala Dworkin não

é uma verdade abstrata e a-histórica, mas sim é obtida na situação de aplicação, levando-se em conta a complexidade e “irrepetibilidade” do caso concreto, configurando-se, ao invés de uma questão semântica, de significado, como uma questão de postura do magistrado, ou seja, utilizando-nos da terminologia habermasiana, diríamos que se trata de um problema de “*pragmática formal*”, de levantamento de “*pretensões de verdade*” que, apesar de pressuporem um horizonte de sentidos naturalizados, isto é, a dimensão hermenêutica, são caracterizadas pela capacidade em transcender contextos.

Desse modo, após a análise do direito como conceito interpretativo realizado por Dworkin, não podemos mais aceitar uma concepção do direito baseada somente em regras, na qual a interpretação das mesmas fosse estabelecida a-historicamente e desvinculada do caso concreto, da situação de aplicação, tal como pretendeu Kelsen quando apresentou o papel tanto da Ciência do Direito, quanto do juiz, antes de sua guinada decisionista. O decisionismo, por sua vez, também não pode mais ser justificado quando aceitamos a necessidade de integridade no direito, que requer que todas as decisões sejam coerentes com as decisões anteriores do ordenamento, para que os destinatários das mesmas as entendam como obrigatórias, por espelharem um emaranhado de princípios que formam a verdadeira comunidade.

Toda essa idéia desenvolvida por Dworkin da normatividade dos princípios e da validade de princípios opostos em um mesmo ordenamento jurídico pode ser melhor compreendida quando trabalhamos com a distinção entre “*discurso de justificação*” e “*discurso de aplicação*”, desenvolvida por Klaus Günther. Este autor, partindo da constatação de que inexistem “*normas perfeitas*”, como ressaltamos anteriormente, já que para tanto seria necessário que o legislador possuísse conhecimento e tempo ilimitados para prever todas as interpretações possíveis de uma norma diante das eventuais situações fáticas, afirma que a justificação de uma norma é distinta de sua aplicação, pois esta última depende do caso concreto, não sendo possível se falar em interpretação de uma norma sem a consideração da situação fática, bem como da relação desta norma com as demais, a fim de se saber qual delas é “*adequada*” ao caso concreto.

*“Discursos de aplicação pressupõem que as razões que usamos são normas válidas. Em vez de sua validade, os participantes discutem agora sua referência a uma situação. Somente é possível a identificação de uma norma que é adequada a uma situação se os*

*participantes esgotarem todas as normas prima facie aplicáveis, com respeito a uma descrição completa da situação.” (GÜNTHER, 2000:92)*

Princípios opostos, portanto, são normas válidas, *prima facie* aplicáveis, sendo densificados na situação de aplicação em virtude da adequabilidade ao caso concreto, caso este único porque até os fatos não são dados na medida em que também dependem da interpretação, o que nos leva a qualificá-los como “textos”, já que somente produzem sentido, tornando-se acessíveis para nós, através da mediação lingüística.

Para sintetizar o pensamento de Günther, poderíamos dizer que o “*discurso de justificação*” seria a formação discursiva de normas válidas, o que se daria pelo processo legislativo democrático, ou seja, pela imparcialidade na elaboração das normas, já o “*discurso de aplicação*” estaria voltado para a garantia da imparcialidade na aplicação das normas, imparcialidade esta que somente seria obtida, ainda que em potência, se todas as características do caso concreto fossem consideradas, para que, através da interpretação, fosse encontrada no ordenamento jurídico uma norma adequada à situação fática em questão. A atividade do juiz, portanto, nada tem a ver com a justificação das normas jurídicas, não podendo o mesmo, em conseqüência, criar direito novo quando da resolução de um conflito, restando-lhe *encontrar*, no ordenamento de princípios e regras, uma norma adequada à situação *sub judice*.

Essa dependência da situação de aplicação revela, como ressaltamos anteriormente, que não é mais possível definir antecipadamente todas as interpretações possíveis de uma norma, ou seja, não se pode delimitar, a-historicamente, quais sentidos serão atribuídos a uma norma. Toda interpretação depende do contexto e do embate entre as normas de um ordenamento, já que a adequabilidade advirá desse confronto entre normas válidas aplicáveis *prima facie*.

*“Se toda norma válida requer um complemento coerente com todas as outras normas que podem ser aplicadas prima facie à situação, então o significado da norma está se alterando em cada uma das situações. Desta maneira, dependemos da história, cada momento que encaramos uma situação que não poderíamos prever e que nos força a alterar nossa interpretação de todas as normas que aceitamos como válidas.” (Grifo nosso) (GÜNTHER, 2000:97)*

Essa história da qual dependemos pode ser entendida como os distintos paradigmas que formam a nossa visão do mundo, que influenciam a escolha de

quais normas entendemos como válidas e quais interpretações daremos às mesmas quando do discurso de aplicação. Como dissemos anteriormente, os paradigmas são horizontes de sentidos compartilhados que nos orientam na tomada de decisões, reduzindo, assim, a complexidade, na medida em que em cada paradigma podemos encontrar já definidas as relações de primazia entre as normas, o que nos permite uma certa certeza e segurança na sociedade moderna, reflexão esta a qual ainda retornaremos.

Para prosseguirmos, cabe dizer que apesar de Dworkin ter apresentado uma concepção de interpretação jurídica adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, atentando para o fato de que as decisões devem ser “*justas*”, além de certas, o mesmo autor sobrecarregou a atividade dos juízes na medida em que criou Hércules, figura imaginária que se encontra muito distante dos simples seres humanos, já que estes não dispõem de tempo suficiente para analisar todas as características da situação de aplicação e todas as relações entre as normas existentes em um ordenamento a fim de saber qual a decisão correta do caso em apreciação.

Mesmo argumentando, como fez Dworkin, que Hércules não seria real, sendo somente um modelo a ser seguido contrafactualmente, ainda assim não seria possível aceitar esse ideal de magistrado, como um fim a ser permanentemente buscado e nunca alcançado, pois a prática judiciária nos revela que os juízes não são heróis, além de não serem os únicos responsáveis pela decisão alcançada<sup>23</sup>. Por outro lado, o ideal de um juiz monológico está distante de nossas práticas, já que a própria noção de paradigma, que está subjacente, mesmo que implicitamente, a cada decisão, traz em si toda a comunidade, pois representa a compreensão difusa do direito e da sociedade que direcionará a escolha da resposta correta.

---

<sup>23</sup> É interessante lembrar aqui a crítica que Frank Michelman faz ao juiz Hércules: “*What is lacking is dialogue. Hercules ...is a loner. He is much too heroic. His narrative constructions are monologous. He converses with no one, except through books. He has no encounters. He meets no otherness. Nothing shakes him up. No interlocutor violates the inevitable insularity of his experience and outlook. Hercules is just a man, after all. No one man or woman could be that. Dworkin has produced an apotheosis of appellate judging without attention to what seems the most universal and striking institutional characteristic of the appellate bench, its plurality*” (HABERMAS, 1997:278). Michelman substitui Hércules pelo juiz da *Supreme Court* William J. Brennan, juiz esse de “carne e osso” que representaria o papel de um “juiz responsável”, na medida em que este, para garantir a legitimidade de suas decisões, amplia a base das mesmas ao interagir com o público. O grande problema de Mickelman é não trabalhar como se daria a mediação entre o entendimento mais ampliado do público e o do magistrado, acabando assim por justificar uma postura criadora do magistrado, confundindo, desta forma, o discurso de aplicação com o de justificação. Sobre o “juiz responsável”, conferir: (HABERMAS, 2003a:156 – 159).

*“O princípio monológico torna-se especialmente insustentável, quando se tem como necessários paradigmas jurídicos redutores de complexidade, como é o caso de Günther. Pois a pré-compreensão paradigmática do direito em geral só pode colocar limites à indeterminação do processo de decisão iniciado teoricamente e garantir uma medida suficiente de **segurança jurídica**, se for compartilhada intersubjetivamente por todos os parceiros do direito e se expressar uma autocompreensão constitutiva para a identidade da comunidade jurídica.”* (Grifos nossos) (HABERMAS, 1997:278)

Os paradigmas, portanto, ao auxiliarem os magistrados através da redução de complexidade, tendo em vista a indeterminação intrínseca ao direito, estão trazendo para o aparato jurisdicional do Estado o entendimento compartilhado por todos os cidadãos, realizando-se o ideal de integridade na medida em que o processo interpretativo é visto como aberto a todos, alcançando-se aquilo que Häberle denominou de uma “sociedade aberta de intérpretes”. O juiz, desta forma, não atua sozinho, haja vista que ao se utilizar de compreensões paradigmáticas, ele está assumindo que faz parte de um projeto comum, sendo que sua própria decisão reflete uma compreensão compartilhada com seus iguais, estando inserida em um processo de aprendizagem sem fim, o qual não está imune a quedas. Melhor então seria interpretar “hércules” como uma mera figura de linguagem criada por Dworkin, uma metáfora, pois para ser coerente com toda sua obra, o juiz em questão deve se colocar como integrante de um “romance em cadeia”, abandonando assim qualquer postura isolacionista.

A mudança de uma perspectiva monológica para uma dialógica é justamente o que subjaz o pensamento tanto de Dworkin, Günther, quanto o de Habermas, sendo que para este último ela assume a forma de um tipo específico de racionalidade, qual seja, a comunicativa. Esta racionalidade presente na Teoria do Discurso parte de uma crítica ao pensamento kantiano, segundo o qual o indivíduo, por si só, poderia encontrar as normas do agir através de um simples recurso à razão. Para a teoria habermasiana, por sua vez, as normas de conduta não seriam derivadas de uma ligação direta do indivíduo com sua própria racionalidade, mas sim através da intersubjetividade, ou seja, através da interação com os demais indivíduos. Em virtude de uma racionalidade voltada para o entendimento, os

cidadãos poderiam descobrir quais normas adotariam para reger seu viver em comum<sup>24</sup>.

O ideal de integridade expressa essa consideração do outro como um igual, entendendo os indivíduos que eles fazem parte de um projeto compartilhado e são responsáveis pela definição das normas que regularão sua convivência em conjunto. A questão que surge então é o que possibilitaria essa solidariedade entre estranhos, já que sempre está presente a possibilidade dos indivíduos agirem voltados para satisfação de seus próprios interesses. Desse modo, é a forma jurídica moderna que assumiu, ainda que contingencialmente, a tarefa de fazer com que os indivíduos respeitem as liberdades subjetivas de cada um, na medida em que pode impor coercitivamente a observância de suas normas. Por outro lado, o direito também é responsável pela integração social, em virtude de ser capaz de, ao possibilitar o surgimento de normas legítimas, criando condições para o exercício das liberdades comunicativas, fazer com que até mesmo os sistemas dominados pela racionalidade instrumental, aquela que liga meios a fins, como a do aparato burocrático estatal ou a do sistema econômico, sejam submetidos à racionalidade comunicativa, por se submetem a normas que foram intersubjetivamente construídas.

A atribuição de iguais liberdades para todos é uma idéia que Habermas retira de Kant, tal como a noção de que o direito é, ao mesmo tempo, coerção e emancipação. O direito seria coerção pelo fato de restringir a liberdade de cada um para garantir a liberdade de todos, e seria emancipação na medida em que os indivíduos são considerados autores das normas que regem seu viver. A grande diferença de Habermas para Kant é que o primeiro não subordina o direito à moral, entende que direito e moral são esferas independentes, porém complementares<sup>25</sup>. A moral, dizendo respeito ao que é bom para todos, isto é, a uma questão de “*justiça*”, é somente um dos argumentos que concorre na elaboração das normas, do mesmo modo que questões éticas, ou seja, voltadas para definição de uma forma de vida

---

<sup>24</sup> “Os sujeitos, portanto, não mais buscam a orientação de seu agir de forma direta, como uma participação imediata em uma razão universal, mas sim constróem as máximas do agir na relação com o outro, sendo este não mais limite do agir, mas sim pressuposto para a construção de uma racionalidade procedimental” (PRATES, 2003:50).

<sup>25</sup> “O direito é compreendido como um complemento funcional da moralidade pós-tradicional, compensando assim vários de seus déficits, tais como os da indeterminação cognitiva e da incerteza motivacional”(ARAÚJO, 2003:231).

concreta, bem como questões pragmáticas, que também conseguem ressonância no “*discurso de justificação*”.

Tanto a moral como o direito têm como pressuposto o “*princípio do discurso*”, pois ambos possuem normas que demandam o assentimento de todos os afetados<sup>26</sup>. No entanto, o “*princípio do discurso*”, a priori neutro, é expresso no âmbito da moral como o “*princípio da universalização*”, requerendo uma aceitação simétrica de todos, conduzindo ao fato de que as normas morais somente se sustentam pela força do melhor argumento. No direito, por sua vez, o “*princípio do discurso*” é inserido através do “*princípio da democracia*”, na medida em que são institucionalizados procedimentos para a formação imparcial das normas de ação, isto é, o “*princípio da democracia*” representa a institucionalização da formação discursiva da opinião e vontade políticas, o que torna possível a elaboração de um direito legítimo.

Cabe ainda dizer, para diferenciar esses dois âmbitos de normas da ação, que a moral caracteriza-se como um sistema de saber, pertencente à cultura, não se vinculando com motivos que fariam com que suas normas fossem realmente respeitadas, nem com instituições que tornariam viável a concretização das expectativas generalizadas. A compatibilização desse saber moral com a ação depende então dos próprios atores, na verdade, depende do processo de socialização, da construção de uma personalidade individual favorável à consciência moral, pois a força dos melhores argumentos não é, por si só, suficiente para motivar uma ação conforme uma norma moral.

A questão é que uma moral que depende de estruturas de personalidade adequadas ficaria restringida em sua eficácia se não pudesse motivar os indivíduos a agir moralmente através do direito, pois este, mesmo sendo um sistema de saber, é também um sistema de ação, o que significa que, além de ser composto de proposições normativas, o direito é também institucionalizado, o que permite que suas normas tenham eficácia imediata, o que não ocorre com a moral.

***“O Direito possui um caráter funcional que a moral não tem, porque aquele requer a tomada de decisões e a implementação das mesmas em um nível institucional. Essa necessidade de chegar a uma decisão, e ao mesmo tempo fazê-lo legitimamente, evidencia a tensão entre facticidade e validade.*”**

---

<sup>26</sup> Tal é a definição do princípio do discurso: “*D: são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.*” (HABERMAS, 1997:142).

*A moral opera no jogo interno de argumentação, não tendo por isso que institucionalizar as decisões que são tomadas. Ela pretende a aceitabilidade universal das normas que se submetem ao princípio moral, e pretende que esta aceitabilidade se dê na discussão. Em suma, o princípio moral é um critério de argumentação construído racionalmente, que reduz a decisão ao âmbito de validade e que opera como princípio de universalização na construção das regras do jogo argumentativo.” (SALCEDO REPOLÉS, 2003:104-105)*

Tendo em vista que no direito existe essa tensão entre facticidade e validade, entre coerção e emancipação, cabe explicitar que o “*princípio da democracia*”, relacionado com a formação discursiva de um direito legítimo, possui um sentido performativo, que é justamente o de buscar transformar os destinatários das normas em seus autores, ou seja, o de ampliar as liberdades na medida em que se abre a possibilidade aos indivíduos, não só de exercerem liberdades subjetivas, mas também de usufruir de suas liberdades comunicativas. Cabe dizer aqui que essa distinção de liberdades está relacionada com a questão da autonomia, sendo a autonomia privada uma liberdade de atuação no âmbito subjetivo, ao passo que a autonomia pública caracteriza-se como uma liberdade comunicativa, ou seja, como a possibilidade dos indivíduos participarem da formação pública da opinião e vontade políticas.

O que percebemos, como dissemos anteriormente, é que é o direito que legitima o exercício do poder político, mas tal legitimidade assume diferentes perspectivas dependendo do conceito de Estado e de Direito do qual se parte. O que sempre esteve presente, desde o paradigma liberal, é a liberdade subjetiva dos indivíduos, isto é, sua autonomia privada, o que justifica ser a estrutura individualística um dos fatores caracterizadores da modernidade do direito. Assim, a legitimação do poder político no período liberal se dava em função da limitação do mesmo pelo direito, ou seja, decorria da idéia de que os direitos humanos têm prevalência sobre a formação democrática da vontade política, o que revela uma predominância da autonomia privada em relação à pública, expressão de uma concepção de direito ainda baseada em um Direito Natural.

No paradigma do Estado de Bem-Estar Social, por sua vez, assistimos a uma mudança na hierarquia das autonomias, passando a autonomia pública a ter prioridade em relação à privada, em virtude do pensamento de que um poder político legítimo seria aquele condizente com a auto-compreensão ética da comunidade. Os direitos humanos, nessa perspectiva, passaram a ser meros instrumentos para o

alcance dos valores considerados essenciais pelos integrantes dessa associação regulada pelo direito.

*“O republicanismo, que remonta a Aristóteles e ao humanismo da Renascença, sempre deu primazia à autonomia pública dos cidadãos do Estado, em comparação com as liberdades das pessoas em particular que antecedem a política. O liberalismo, que remonta a Locke, conjurou o perigo das maiorias tirânicas e postulou uma primazia dos direitos humanos. Em um dos casos, a legitimidade dos direitos humanos se deveria ao resultado de um auto-entendimento ético e de uma autodeterminação soberana de uma coletividade política; no outro caso, os direitos humanos, já em sua origem, constituiriam barreiras que vedariam à vontade do povo quaisquer ataques a esferas de liberdade subjetivas e intocáveis.”*  
(HABERMAS, 2002: 291)

Em um Estado Democrático de Direito, é necessário superar tanto uma concepção republicana que privilegia a autonomia pública dos cidadãos, tendo em vista a existência de uma pluralidade de formas de vida, quanto uma visão liberal, que privilegia a autonomia privada, entendendo-a como autodeterminação moral, o que gera a idéia de direitos humanos inatos e anteriores à organização política do Estado<sup>27</sup>. Como mencionamos anteriormente e aprofundaremos a seguir, em uma democracia constitucional, a autonomia pública e a privada são *“eqüiprimordiais”*, isto é, não é possível falar em autonomia privada sem a pública e vice-versa, pois é por meio do exercício da autonomia pública que os cidadãos conferem, reciprocamente, os direitos subjetivos.

Num paradigma democrático, portanto, a legitimidade provém da possibilidade dos destinatários serem co-autores das normas que regerão seu viver, ou seja, do fato dos indivíduos não serem somente portadores de uma autonomia privada, mas sim de poderem construir essa mesma liberdade subjetiva na medida em que exercem sua autonomia política<sup>28</sup>. Desta forma, as liberdades comunicativas devem estar disponíveis para os indivíduos, já que assim se abre a **possibilidade**

---

<sup>27</sup> *“Contra esses unilateralismos complementares deve-se perseverar no fato de que a idéia dos direitos humanos – o direito fundamental kantiano sobre as mesmas liberdades subjetivas de ação – nem se impõe simplesmente ao legislador soberano como um limite externo, nem deve ser instrumentalizada como um requisito funcional para os seus objetivos”* (HABERMAS, 2001:147).

<sup>28</sup> A implicação material entre a autonomia pública e a autonomia privada está expressa na seguinte passagem: *“A intuição expressa-se, por um lado, no fato de que os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos do Estado”* (HABERMAS, 2002:293 – 294).

de participação, não sendo possível qualquer tipo de coerção para se alcançar legitimidade.

De fato, quando se fala em autonomia pública, pressupõe-se a liberdade dos indivíduos de participarem **ou não** da formação discursiva da vontade política, ou seja, o direito abre a possibilidade dos indivíduos respeitarem as normas por elas serem legítimas, mas não pode obrigar os cidadãos a exercerem suas liberdades comunicativas. É justamente aqui que aparece a coerção típica do direito moderno, pois a negativa de formação de um direito legítimo não impede a existência e aplicação do direito para que a liberdade de todos seja assegurada com a restrição da liberdade de cada um. Com efeito, Habermas admite que, em função da autonomia privada, a participação democrática seria uma condição de possibilidade, nunca uma obrigação ou um dever imposto aos indivíduos.

Dessa forma, em razão do direito ser aplicado coativamente sobre aqueles que decidiram não exercer a faculdade de participar do processo de formação discursiva das leis, isto é, que não quiseram exercer sua autonomia pública, explica-nos porque é sempre possível o ressurgimento do paradoxo do direito, isto é, do fato do sistema jurídico dizer o que é e o que não é direito.<sup>29</sup> É possível, portanto, defendermos a relevância de um direito legítimo em um Estado Democrático de Direito, mas não podemos esquecer da circunstância de que tal pretensão normativa possui um caráter contrafactual e, portanto, pode não ser atingida quando da elaboração de uma norma ou da decisão de um caso concreto, o que revela o risco inafastável na moderna operação do direito.

---

<sup>29</sup> Habermas, ao dizer que a Constituição estabelece os procedimentos para a gênese democrática do Direito, sendo esta a coesão interna entre direitos humanos e soberania, refere-se a um paradoxo, qual seja, o da obtenção da legitimidade através da legalidade. É justamente aqui que aparece a crítica de Frank Michelman, já que o mesmo questiona qual a legitimidade do poder constituinte, sendo este quem define os procedimentos legais para a elaboração de um posterior direito legítimo. Nesse sentido, “(...) Michelman não acredita que essa interpretação da democracia deliberativa seja capaz de solucionar a relação paradoxal entre democracia e Estado de direito. Parece que o paradoxo ressurgiu no momento em que tentamos identificar, retrospectivamente, o ato que criou a constituição e averiguar se, na perspectiva teórico-discursiva, a própria formação da opinião e da vontade do grupo de cidadãos que se reuniu para dar origem à constituição pode ser entendida como um processo absolutamente democrático.” (HABERMAS, 2003a:161). Habermas responde a essa crítica afirmando que a relação de simultaneidade entre soberania popular e direitos humanos, entre autonomia pública e privada, já se encontra presente no próprio ato de instituição de uma comunidade regida pelo direito, quando os cidadãos, com o intuito de criarem uma associação de homens livres e iguais, estabelecem os direitos que têm que atribuir-se reciprocamente por pretenderem regular sua vida pelo direito.

Alguns pensadores que podem, grosso modo, ser classificados como comunitaristas, como Denninger<sup>30</sup>, partem do pressuposto de que para se ter um direito legítimo seria necessário a existência de um sólido consenso ético de fundo e de cidadãos virtuosos, colocando a questão da participação democrática como se fosse um dever imposto aos cidadãos, ou seja, a autonomia pública, de acordo com esse entendimento, seria considerada como uma obrigação, o que colocaria em xeque o próprio conceito de autonomia, pois a liberdade é incompatível com qualquer imposição.

Habermas critica esse tipo de pensamento por entender como essenciais tanto a autonomia pública quanto a privada, afirmando que um consenso ético não deve ser refutado como pressuposto da democracia somente porque ele é inatingível numa sociedade pluralista como a moderna, mas também porque não é necessário, sendo suficiente, para a formação de um direito passível de aceitação por todos, o sentido performativo que a própria prática constituinte carrega consigo.

*“In modern legal orders, for good reasons the political rights of participation and communication take on the form of subjective-public rights, which can be interpreted by citizens as liberties. **Citizens of a democratic state are free to decide when and how they can make use of their political rights. In any case, respect for the common good can only be recommended, but it cannot be made into a duty.** Nonetheless, the democratic process derives its legitimating power only from the citizens’ discursive understanding of the norms of their common life. **The paradox of generating legitimacy out mere legality can only be solved if a liberal political culture encourages its citizens not to remain in the position of self-interested market actors, but rather to make use of their political liberties in a manner oriented toward mutual understanding.**” (Grifos nossos) (HABERMAS, 2000:527)*

Essa cultura política liberal, necessária para se trabalhar de forma construtiva o paradoxo constitutivo do sistema jurídico, na verdade caracteriza-se como uma concepção ética no sentido “fraco” do termo, ou seja, estabelece-se um determinado comportamento como *ideal*, qual seja, a mudança da perspectiva dos destinatários para o de autores do direito, mas se reconhece que esse *ideal* já se encontra presente nas nossas práticas cotidianas, na medida em que as pessoas sabem intuitivamente que fazem parte de um projeto comum, por terem aceitado regular suas relações por um direito positivo e coercitivo. Tendo em vista esse

---

<sup>30</sup> Para um maior aprofundamento, ver: (DENNINGER, 2000).

sentido performativo da prática constituinte<sup>31</sup>, a resposta sobre qual a interpretação correta de um “*hard case*” pode ser obtida sem o recurso a uma homogeneidade de valores subjacente ao ordenamento jurídico, até porque tal homogeneidade não ocorre em sociedades funcionalmente diferenciadas e, portanto, complexas, como as atuais. A convicção de que se trata de uma *resposta correta* deve-se a essa intuição contrafactual de que os cidadãos, inclusive os aplicadores do direito, estão dando continuidade a um projeto que pertence a todos, e que devem buscar a melhor solução, a qual na perspectiva da Teoria do Discurso apresenta-se sob a forma do melhor argumento, sendo uma resposta que, para “nós”, no momento histórico em que nos encontramos, defendemos como a mais adequada à situação fática “irrepetível” em questão.

Falamos na possibilidade de existência de uma resposta correta porque o Direito, no paradigma democrático, não pode ser indiferente à forma como os aplicadores chegam às decisões, necessitando estas de serem justificadas para que sejam racionalmente aceitas por seus destinatários. Como dissemos anteriormente, toda decisão não é resultado de uma atividade isolada do juiz, ela depende das partes, na medida em que estas participam da reconstrução argumentativa da situação de aplicação, bem como da comunidade de uma forma geral, na medida em que os paradigmas jurídicos são utilizados para dar uma maior previsibilidade e segurança às escolhas dos magistrados.

Cabe ressaltar, ainda, que no Estado Democrático de Direito, por terem se tornado reflexivos, sendo difundida a consciência de que existe um pano de fundo compartilhado que está embutido em todas as nossas escolhas e atos, bem como nas decisões dos aplicadores do direito, esses paradigmas se sabem paradigmas e, portanto, podem eles próprios se apresentarem como alternativas a serem selecionadas tendo em vista as situações específicas de aplicação.

*“No paradigma do Estado Democrático de Direito, o discurso liberal e o discurso de bem-estar devem ser considerados reflexiva e criticamente como estratégias ou até mesmo lógicas argumentativas concorrentes, em face de cada situação concreta de aplicação.”*  
(CATTONI DE OLIVEIRA, 2001:109)

---

<sup>31</sup> “My version of the performative meaning implicit in the practice of framing a constitution is the following: People found a voluntary association of free and equal citizens, and continue to exercise self-government, by mutually according one another certain basic rights, thus regulating their life-in-common by means of positive and coercive law in a legitimate way” (HABERMAS, 2003b:193).

A “*justiça*” de uma decisão, portanto, advirá da aceitabilidade racional que tal escolha implicará naqueles que sofrerão os efeitos da mesma, sendo que a probabilidade de tal aceitabilidade decorre do fato desses destinatários participarem na construção da decisão, levantando argumentos a fim de provar qual dos paradigmas e, conseqüentemente, qual das soluções apresentadas é aquela que pode ser justificada racionalmente, sendo seu conteúdo apto a transcender o contexto dessa decisão específica. A teoria discursiva, desta forma, não se reduz a uma ontologia do processo, este é um mecanismo necessário, mas não suficiente para gerar a aceitabilidade racional das decisões obtidas através do mesmo.

Sendo assim, claro está que o discurso de aplicação deve ser desenvolvido no sentido de não somente gerar a certeza do direito, isto é, a consistência da decisão com todo o ordenamento, mas também deve ser construído de tal forma que as decisões possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros de uma associação juridicamente regulada, ou seja, como decisões que garantam a correção do Direito, que expressem a existência de um direito “*justo*”.

*“A tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas.”*  
(HABERMAS, 1997:245)

O que Habermas também ressalta ao falar dessa tensão interna entre facticidade e validade, entre certeza e “*justiça*” nas decisões judiciais, é que até mesmo a segurança jurídica pode ser entendida como um princípio, e como todo princípio, ele é aplicável *prima facie* a todas as situações, mas diante de determinado caso concreto, ele pode não ser adequado, prevalecendo assim outro princípio naquela situação específica.

*“A segurança jurídica, apoiada sobre o conhecimento de expectativas de comportamento inequivocamente condicionadas, representa ela mesma um princípio que pode ser contraposto, in casu, a outros princípios. Em troca, a postulada teoria do direito possibilita unicamente decisões corretas, que **garantem a segurança jurídica num outro nível**. Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo eqüitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários.”* (Grifos nossos)  
(HABERMAS, 1997:273-274)

Resta reforçar, assim, que, de acordo com a leitura discursiva do Estado Democrático de Direito, é necessária a certeza do direito, ou seja, a estabilização de expectativas contrafáticas, mas essas expectativas somente resistirão aos fatos se elas foram legítimas, isto é, se não expressarem só uma imposição coercitiva estatal para a garantia de liberdades subjetivas. Esse outro nível de segurança jurídica do qual fala Habermas refere-se ao fato de que uma “verdadeira” segurança depende muito mais da possibilidade de participação dos indivíduos nas decisões jurídicas que os afetarão do que de uma definição fechada e *a priori* da interpretação jurídica das normas a serem aplicadas em todas as eventuais situações que demandarão uma atuação do poder judiciário.

Como podemos ver, o decisionismo no qual caiu o positivismo jurídico de Hans Kelsen mostra-nos que a segurança não está nas convenções, na medida em que estas não fornecem respostas para os conflitos que não estejam expressamente previstos nas regras estabelecidas, abrindo um espaço de discricionariedade ao aplicador, mas sim numa reconstrução participada do caso concreto.

Em uma sociedade em que as tradições têm sido criticadas e revisadas, na qual tudo pode ser questionado, admitindo-se que o próprio direito é uma criação histórica, não seria produtora pensar em um conceito de segurança que não seja também *pós-convenção*, isto é, um conceito reflexivo, pois qual é a segurança que a segurança jurídica pode nos proporcionar? Não estaria a segurança, em uma democracia, depositada nos cidadãos, sendo a certeza e a garantia do direito decorrentes da atuação dos mesmos?<sup>32</sup> Acreditamos, desta forma, que somente havendo uma potencial participação dos indivíduos tanto nos “*discursos de justificação*”, quando nos de aplicação, é que “*levaremos os direitos a sério*” e poderemos pensar em uma alguma segurança na moderna e complexa sociedade “dessa sacralizada”.

#### **BIBLIOGRAFIA**

AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Editora FDUFG, 1984. 312p.

---

<sup>32</sup> “*Numa sociedade lingüisticamente estruturada, plural e sem a possibilidade de fundamentos absolutos, a única certeza pela qual podemos lutar é a de que os melhores argumentos, em uma situação de participação em simétrica paridade entre as partes que serão afetadas pelo provimento jurisdicional, sejam levados corretamente em consideração, ao longo do processo jurisdicional e no momento da decisão, por um juiz que demonstre a sua imparcialidade*” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004:220).

- ALEXY, Robert. "Justification and Application of Norms". In: *Ratio Juris*, vol. 6, n.º 2, p. 157 – 170, July, 1993.
- ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002. P. 388 – 425. (Postscript)
- ALEXY, Robert. "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison". In: *Ratio Juris*, vol. 16, n.º 4, p. 433-449, December, 2003a.
- ALEXY, Robert. "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality". In: *Ratio Juris*, vol. 16, n.º 2, p.131 – 140, June, 2003b.
- ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. "Moral, Direito e Política: Sobre a Teoria do Discurso de Habermas". In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. AGUIAR, Odílio Alves e SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva(coord). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003. P. 214 – 235.
- BARROS, Marina Rocha Cavalcanti. "Aplicabilidade das normas constitucionais: crítica à teoria das normas programáticas". In: *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, ano V, n.º 9, p. 219 – 250, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico; lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 239p.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. "Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito." In: *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos, n.º 03, p. 473 – 486, 1999.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. "A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais". In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, p.141 – 163, 2003.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. "Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica." In: *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 1, n.º 1, p.207-227, julho, 1997.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. "Interpretação Jurídica, Processo e Tutela Jurisdicionais sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito". In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 4, n. 7 e 8, p. 106-117, 2001.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 208p.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. "Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação e Garantia Processual Jurisdicional dos Direitos Fundamentais." In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. P. 189 - 225.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. "Hermenêutica Constitucional e Democracia". In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.3, n.º 5 e 6, p.17-39, 1.º e 2.º sem., 2000.
- DENNINGER, Erhard. "Security, Diversity, Solidarity' Instead of 'Freedom, Equality, Fraternity'." In: *Constellations*, vol. 7, n.º 4, p. 507 – 521, 2000.
- DWORKIN, Ronald. "Direito, Filosofia e Interpretação." Trad. Raíssa R. Mendes. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n.º 5, p.31-43, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p.
- GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método; traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3.ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 731p.
- GÜNTHER, Klaus. "Uma Concepção Normativa de Coerência para uma Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica." In: *Cadernos de Filosofia Alemã*. FFLCH/USP, Humanitas, n.º 6, p. 85 –102, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 Vol. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- HABERMAS, Jürgen. "Remarks on Erhard Denninger's Triad of Diversity, Security, and Solidarity". In: *Constellations*, vol. 7, n.º 4, p.522 – 528, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional; ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.
- HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro; estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002. 390p.
- HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. 222p.
- HABERMAS, Jürgen. "On Law and Disagreement. Some Comments on Interpretative Pluralism". In: *Ratio Juris*, vol.16, n.º 2, p. 187 – 194, June, 2003b.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5.ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 427p.
- KELSEN, Hans. "Sobre a Teoria da Interpretação." Trad. Raíssa R. Mendes. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n.º 5, p.31-43, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3.ª ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 637p.
- LAGES, Cíntia Garabini. "A Proposta de Ronald Dworkin em O Império do Direito." In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.4, n.º 7 e 8, p.36-49, 1.º e 2.º sem., 2001.
- MACHADO, Edgar da Mata. *Teoria Geral do Direito; Introdução ao Direito*. 4ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995. 410p.
- MAUS, Ingeborg. "Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'". In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*, p. 183 – 202, nov, 2000.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2003. 272p.
- NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. "Sobre a Interpretação Jurídica." In: *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v.3, p.429-450, maio, 1999.
- PRATES, Francisco de Castilho. *A Construção da Identidade do Sujeito Constitucional em uma Sociedade de Risco Permanente: uma análise sob a ótica do Estado Democrático de Direito*, 2003. 140f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. *A Construção da Identidade do Sujeito Constitucional em Teorias Hermenêuticas Representativas dos Paradigmas de Estado e Direito Modernos*, 2001. 30f. Monografia (Pós-Graduação em Teoria da Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. *Habermas e a Desobediência Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 152p.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SORIANO, Leonor M. Moral. "¿Qué Discurso para la Moral? Sobre la Distinción entre Aplicación y Justificación en la Teoría del Discurso Práctico General". In: *Doxa*, n.º 21-I, 1998.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. "A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada". In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.º 89, p. 63 – 100, jan/jun, 2004.