



## SEGURANÇA JURÍDICA E LEGITIMIDADE DO DIREITO NA HERMENÊUTICA ABERTA.

Vitor Costa Oliveira<sup>1</sup>

### RESUMO

A invocação de uma nova hermenêutica, expoente do que se pretende como pós-positivismo, do qual o neoconstitucionalismo é fruto, apresenta formas de uso do direito calcados na interpretação de normas abertas, como cláusulas gerais e princípios jurídicos, mormente os princípios entalhados na Constituição Federal. A nova realidade se apresenta como uma reaproximação do direito com valores de justiça material, rompendo uma lógica dualista da separação da ciência jurídica com qualquer outra fonte do conhecimento. A inclinação ao arbítrio, contudo, não preocupação demasiada num movimento que se compreende como de transição. A tensão entre certeza, justiça e segurança é pauta presente na história jurídica e atinge hodiernamente níveis cruciais. Embora não se veja como possível o retorno ao modelo positivista puro, é necessário, contudo, que a abertura hermenêutica venha acompanhada de uma legitimação política trazida pelo discurso público do direito e suas decisões.

**Palavras-Chave:** Segurança jurídica; hermenêutica; pós-positivismo

### 1 INTRODUÇÃO

Questiona-se, em dias de hermenêutica aberta, dita principiológica, que faz ensejar a dúvida acerca da existência ou não de um ativismo judicial, de um absolutismo judicial ou mesmo de um governo de juízes, questiona-se, pois, a respeito dos rumos tomados pelo

---

<sup>1</sup>Mestre em Sociologia e Mestrando em Direito, ambos pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Graduado em Direito (UFS)

consagrado princípio da segurança jurídica, valor fundante do direito moderno, calcado na certeza (previsibilidade) das deliberações tomadas pelos atores jurídicos, especialmente os julgadores, já que representantes últimos do dizer estatal das regras jurídicas no caso concreto.

Serão apresentados neste artigo duas concepções de segurança jurídica: uma forjada sob o estatuto liberal-normativista, visivelmente vinculado à formação da teoria jurídica do século XIX, indisfarçadamente burguesa, cujo cerne da segurança reside na aplicação mecânica dos preceitos jurídicos pelo intérprete do direito, como forma de garantir a sobreposição da ideologia jurídica burguesa e seu status quo, à medida que não admite no labor jurídico lucubrações acerca dos aspectos práticos –morais, políticos – da lei em função da alegada existência de um legislador racional, suficiente para, dentro dos significado do comando normativo, descrever abstratamente as condutas pelo direito solucionáveis, despiciendo, assim o labor complementar, quanto menos, criativo, do interprete jurídico. Esta abordagem será feita de forma crítica, e não apenas descritiva ; a outra concepção, vinculando sempre segurança jurídica à legitimidade do direito, é calcada numa postura materialmente democrática, preocupada com legitimação política da atuação jurisdicional, tida como exteriorização de um poder público necessariamente justificador de seu agir. Como parâmetro e ao mesmo tempo contraponto a esta exigência de legitimidade foi traçada em linhas gerais a tese que Hans Kelsen apresenta acerca da interpretação jurídica, aqui considerada, será visto, como desligada da preocupação com a legitimação pública do direito. E como parâmetro de apoio à argumentação serão trazidas as teorias de Ronald Dworkin e Chaïm Perelman, dois autores que, ao nosso sentir, esforçaram-se para dizimar da atuação do judiciária a chaga de autoritarismo ainda presente nesta instância de poder.

## 2 CRÍTICA À VISÃO MODERNA DE SEGURANÇA JURÍDICA

Anthony GIDDENS (1992) afirma que o risco é inerente a uma sociedade que projeta seus olhos no futuro, uma sociedade propensa à mudança, uma sociedade que busca romper com o passado. Por isso, segundo o autor inglês, o conceito de risco ganha apelo apenas a partir da Modernidade, quando a postura do homem passa a ser mais ativa que contemplativa, quando a

sociedade passa a desejar determinar seu próprio futuro em vez de confiá-lo à religião, à tradição ou aos caprichos da natureza.

Com efeito, o risco da sociedade refere-se a uma aventura em busca de lucro. “O capitalismo moderno insere-se no futuro ao calcular lucro e perda futuros, e portanto risco, como um processo contínuo” (GIDDENS, 1992:38)

Esta sociedade que se arrisca diante de suas próprias invenções depara-se com a novidade da possibilidade do infortúnio, já que no capitalismo o jogo pode virar a qualquer momento. Assim o homem moderno sente que precisa de segurança para arquitetar o futuro, para que a corrida ao lucro, que envolve inerentemente risco, tenha-o mitigado e as relações capitalistas possam desenvolver-se numa faixa de perigo aceitável. Daí surgem os seguros.

Os seguros são a mais perfeita caricatura do conceito de risco na Modernidade. Segundo Giddens trata-se de uma “transferência de risco” em troca de pagamento. E o capitalismo é impensável sem eles por que conferem um certo conforto ante as possibilidades de infortúnio.

Extrai-se daí, da “invenção” dos seguros, que o sistema que cria o risco em função da sua expectativa futura de lucro é capaz de forjar os meios necessários para despistar o perigo da sua atividade. A criação dos seguros é um desses meios. O manipulação do direito é outro.

É perceptível, mesmo a partir da sua origem traçada acima, que esse conceito de risco restringe-se às atividades capitalistas. Por conseqüência, a “criação” da segurança – como são os seguros – virá para proteger estas mesmas relações capitalistas. O conceito de segurança jurídica é, nesse raciocínio, e por analogia, um artifício jurídico criado pela classe dominante com vistas à manutenção da ordem capitalista. É uma forma de desviar o risco, protegendo a estabilidade do sistema e sua ordem estabelecida. Destaca-se, contudo, por manter-se apenas em função do controle político estatal, que produz a segurança na forma de leis. A burguesia constrói seu castelo de segurança jurídica num processo que se inicia desde a fase da elaboração das leis até sua aplicação pelo judiciário, sendo necessária a elaboração de uma teoria jurídica que tornasse amistoso o canal de ligação entre os dois poderes. Explica-se.

Garantido o poder político e, portanto, a prerrogativa de elaborar as leis em função de suas perspectivas de segurança e lucro, a classe dominante não possui, pelo menos em tese, e muito apenas em tese, o controle das decisões judiciais.

É necessário, dessa forma, para o capital, criar uma forma de vincular o Judiciário ao legislativo e, assim, ter certeza que suas intenções positivadas em um dos poderes sejam

aplicadas no outro exatamente como foram produzidos. Nesse cenário, a teoria do direito é colocada como figura central dessa ponte entre a produção e a aplicação jurídica, exemplificando muito bem Tércio Sampaio Ferraz Jr. ao dizer que, quanto ao positivismo, que este na verdade não foi apenas uma tendência científica: a construção teórica dos seus postulados esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa (FERRAZ, 1995). Exemplo da aludida tentativa de ligar Legislativo ao Judiciário expressa na teoria do direito moderna, mais especificamente a escola exegetica, na qual se cria a figura da busca pelo “espírito do legislador” na aplicação da lei. (WARAT, 1994)

Não apenas esta ficção é moldada, mas toda a ciência do direito passa a ser produzida visando a justificar a necessidade da manutenção das palavras do legislador. Todas as suas manifestações teóricas constituem uma tentativa de consolidação do compromisso de segurança ideologicamente estabelecido (WARAT, 1979:46). Por esse motivo o sistema jurídico é tido como fechado, auto completo, impedindo o juiz de esquivar-se da norma posta. Por esse motivo a ciência jurídica separa o direito da moral, não correndo o risco que o aplicador questione as implicações éticas da norma produzida pelo legislador. A norma é válida e deve ser aplicada por que foi formalmente produzida pelo Estado. Luís Alberto Warat (1979:47), referindo-se à formulação teórica que a classe dominante elabora para alcançar sua segurança, afirma que ela cria uma aparência de realidade em relação a duas afirmações fictícias: a de que a ordem jurídica oferece segurança e que o legislador é sempre racional em suas determinações e prescrições. A retórica da segurança busca legitimar o exercício do poder socialmente dominante justamente em função da segurança que seu método jurídico (justo é o mesmo que legal) pode oferecer.

A redoma de aço que se queria construir sobre a decisão judicial teria que criar ainda outra ficção para fundamentar a postura do judiciário ante a lei. Não apenas disciplinado “exegeta”, copião do legislador, o juiz não deveria tatuar os seus valores no momento do seu labor, mas apenas os valores do legislador. A ciência jurídica moderna faz nascer, então, o mito da neutralidade do juiz.

Neutralidade, numa acepção válida, significa desinteresse (CUPANI, 1985). Aqui se pode complementar afirmando que se trata de inação valorativa, ou inexpressão ideológica. A ciência jurídica tomou emprestado da ciência moderna o conceito de mecanização da atividade científica e construiu uma analogia em que o juiz seria uma peça da engrenagem burguesa que intrincada à roldana que representava o legislador, girava exatamente no mesmo sentido e movimento deste

último, formando, como produto final, a decisão desejada pela classe politicamente e economicamente dominante ou, nas suas palavras, a segurança jurídica. O mito da neutralidade envolve um elemento essencial na ciência jurídica porque coage o magistrado a fechar os olhos a quaisquer tipo de injustiças ou à irrazoabilidade prática, ressaltando que valor maior é a segurança, fundada na validade formal e objetiva.

A defesa da não-ideologia no direito, conforme propugnam os defensores da neutralidade, corresponde na verdade a um elemento fundamental da própria ideologia dominante, pois busca garantir que as vias de produção do direito estejam em sua completude, em todos os seus caminhos formais, imunizados de quaisquer fatores externos que poderiam tornar perigosa a aplicação do direito posto pela classe capitalista. Neutra é a decisão que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existentes na sociedade (BARROSO, 1998). Essa é forma com que, por meio do direito, o capital minimiza o risco de suas operações futuras, obtendo certeza, previsibilidade, forjando a sua segurança jurídica.

Diante desse propósito, faltava ainda à construção teórica da ciência do direito, para ser tão hermética quanto o sistema jurídico por ele proposto, a justificativa filosófica da neutralidade. Como era possível ser neutro, indiferente, no labor jurídico? A resposta reside na compreensão de um contexto histórico-filosófico, o Iluminismo, momento em que a esperança na ciência, no progresso e na humanidade guiada pela razão empolgava uma sociedade, que acreditava que os avanços no campo tecnológico reverter-se-iam também no humano e espiritual<sup>1</sup> (GRAY, 2004). Kant, grande precursor deste movimento compartilhava a fé na maturidade alcançável com a intervenção da própria pessoa individual, na idéia do progresso espiritual, nos esforços sistemáticos pela verdade e em procedimentos confiáveis de corroboração para todo o saber (LENK, 1982).

Diante desta filosofia de crença nas possibilidades humanas guiadas pela razão, a racionalidade da teoria jurídica moderna coroava-se com a racionalidade do magistrado. Sua infalibilidade, ou ao menos, sua postura filosoficamente racional, vacinada contra influências que pudessem desviá-lo do método analítico adotado, fechavam as portas do risco contra a sociedade capitalista. Nas palavras de Max Weber (*apud* LENK, 1982:42), o formalismo jurídico que desemboca na racionalidade judicante, cujo caminho percorremos, faz o aparelho jurídico

---

<sup>1</sup> Conferir, a respeito, GRAY, John **Cachorros de Palha**. Rio de Janeiro, Record, 2006; GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade**. São Paulo : Companhia das Letras, 2003

funcionar como uma máquina tecnicamente racional, garantindo aos interessados no seu funcionamento, sobretudo a calculabilidade das conseqüências jurídicas e das possibilidades da sua ação em busca de objetivos.

A teoria do direito moderna, como se está pretendendo mostrar, condensa toda sua energia na justificação formal da mitigação dos riscos da classe burguesa. Por esse motivo, como já salientado, a justiça e a validade formal passam a ser sinônimas de segurança, esta o motivo último do ordenamento. Não se questionava – pelo menos no estrito âmbito da técnica jurídica – acerca da legitimidade do direito. Sua validade formal já é sinal de respeito e reverência. Os postulados científicos do paradigma moderno cabiam à ciência jurídica como instrumentos de justificação de sua autoridade artificialmente construída. A não-ideologia apoiada pela racionalidade do sistema consistia, em si mesma, a exposição da ideologia dominante.

Assim formou-se o conceito de segurança jurídica na Modernidade. As especulações materiais, éticas, políticas, morais, frutos da razão prática rendiam-se diante do selo de validade imposto pelo direito à formalidade. O princípio da autoridade elevava-se em detrimento do da legitimidade. A ciência do direito o ordenava a ficar refém daquilo que o legislador assentava como justo. Coloca-no uma mordaca, deixando-lhe a agonia ver-se a si próprio legitimador de quaisquer arbitrariedades, defensor de injustiças. Impele-o a olhar, preso a correntes, ele próprio a destruir a justiça. Como em Saramago, em que Deus mostra a Jesus seu destino, sem que possa reagir contra ele.<sup>2</sup>

### 3 SEGURANÇA JURÍDICA NA CONTEMPORANEIDADE

#### 3.1 Colocação do Problema

Ao tratar de tema relacionado à atuação jurisdicional concreta – o decidir, sentenciar – como de fato se faz ao falar de segurança jurídica, jamais se pode perder de vista os rumos tomados pela hermenêutica jurídica no último século – já que são exatamente a hermenêutica e filosofia jurídica, consideramos nós, que agem diretamente na aplicação concreta do direito.

As colocações acima feitas acerca da segurança jurídica na modernidade trazem consigo a visível influência da filosofia positivista no direito, à medida que buscam tratar a interpretação

---

<sup>2</sup> Referimos-nos a “O Evangelho Segundo Jesus Cristo”, conhecida obra do autor português.

jurídica mecanicamente, de forma axiomática, fazendo reluzir a idéia positivista de encontrar-se uma interpretação correta por meio de métodos racionais e universais, é dizer, válidos sob qualquer hipótese, sociedade ou tempo.

A primeira destacável contribuição ao pensamento das ciências sociais – dentre as quais, pensamos, enquadra-se o direito – surge com Dilthey, na sua obra “Introdução às Ciências do Espírito”, na qual o autor alemão propõe uma ruptura metodológica entre as ciências físico-naturais e as histórico-sociais, propondo que, enquanto àquelas poder-se-ia tratar suas conclusões com o termo “explicar”, as últimas deveriam preferir o termo compreender, pois, com o autor, “explicamos a natureza, contudo compreendemos (*Verstehen*) a vida do espírito” (*apud* LOPES, 2000).

Seguindo caminho semelhante, Gadamer, em sua obra “Verdade e Método”, ataca a razão positivista, pretensiosamente neutra e a-histórica, não pressuposta, afirmando que toda razão, e por conseqüência todo o intérprete, apenas o são de forma historicamente localizada, inescapáveis à tradição, cultura e a pré-compreensão que decorre da realidade forjada destas últimas, das quais o intérprete conscientemente não pode escapar (GADAMER, 1997).

Gadamer, por sinal, considera na sua tese a hermenêutica jurídica como paradigmática no sentido da historicidade experimentada pelo intérprete do direito. Ora, se é visível e essencial a todo tempo um exercício de mutação legal na tentativa de reduzir o abismo entre a realidade do legislador histórico e a sua própria, o aplicador do direito revela uma intensa atitude de dialética hermenêutica, exemplo singelo da utilização da pré-compreensão interpretativa. Não por menos, transmite Miguel Reale, na sua Teoria Tridimensional, a idéia de que “toda interpretação jurídica dá-se necessariamente num contexto, isto é, em função da estrutura global do ordenamento” (1978:81), sendo também uma interpretação cunho axiológico, voltada com isso a não se ver presa ao mundo das normas mas também aos fatos e dos valores que deles se extraem.

Deste reconhecimento, do caráter histórico e pragmático do direito<sup>3</sup> (o reencontro entre *sein* e *sollen*), também a lição de Recaséns Siches no sentido de que a aplicação do direito, como instrumento regulador de conflitos humanos, deve buscar a razoabilidade presente nas

---

<sup>3</sup> Conforme nos explica Luiz Fernando Coelho o ponto comum que se faz presentes nas teorias pós-positivistas é “ a idéia de que o direito não é algo abstrato que deva ser procurado no setor do exclusivamente racional, mas um objeto que está aí, existente e real” (1981:1)

deliberações das pessoas, sujeitos históricos e essencialmente dialógicos, em detrimento mesmo daquela solução que dentro do ordenamento refletiria maior racionalidade<sup>4</sup>.

É possível verificar, portanto, por meio, em primeiro lugar, de uma panorâmica da atualidade em que se encontra a hermenêutica jurídica e, em segundo lugar, dos efeitos concretos da sua influência na dogmática jurídica, fundamentando técnicas de aplicação do direito hoje por demais conhecidas, tal como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para ficar apenas nestes, é possível verificar, então, uma relevante abertura hermenêutica que, desprovida ainda de critérios racionais suficientemente claros para a sua efetiva aplicação pode gerar – e de fato o faz – como expressa Inocêncio Coelho (1997), um resíduo incômodo de voluntarismo, já que o intérprete, sendo um ente histórico e interpretando imerso nesta historicidade, não faz da aplicação do direito um mero ato de conhecimento mas também um ato de vontade (voluntarismo, pois), maléfico à legitimação política do direito, caso não se façam presentes critérios mínimos de controle interpretativo.

Coloca-se, pois, dada esta abertura hermenêutica descrita em linhas gerais, a questão de compreender por quais traçados pode caminhar a atividade estatal judicante sem desviar-se da concepção do Estado Democrático de Direito, sem tornar-se uma autocracia judicante ou um absolutismo judicial, noutras palavras, sem desbancar para a insegurança jurídica aqui tomada como medidor da legitimidade democrática do poder judiciário, e não pelo seu aspecto liberal-individualista colocado no tópico anterior.

A teoria de Hans Kelsen, talvez o mais festejado filósofo do direito do século XX, representou, quanto ao aspecto hermenêutico da atividade jurídica, uma substancial evolução em relação às teses racional-analíticas que lhes precederam, em função de que, enquanto, por exemplo, na escola da exegese, concebia-se o código ou o conjunto de leis como ato de perfeição racional – pois produzida pelo “legislador racional” – capaz de açambarcar em seu bojo todas as questões da vida e oferecer-lhes uma resposta pronta, a ser copiada pelo juiz, Kelsen inova no sentido de admitir que no momento da aplicação jurídica o intérprete contém não apenas um comando lógico-abstrato único a ser seguido, mas que, ao contrário, a lei comporta uma pluralidade significativa, oferecendo um leque de possibilidades representada por ele como uma

---

<sup>4</sup> No sentido das palavras de Siches; as normas “são boas se resolvem os problemas humanos, e são más se derem soluções que vão contra o razoável. Se forem racionais, mas não razoáveis, serão péssimas essas normas” (*apud* COELHO, 1981:155)



“moldura interpretativa” na qual o intérprete poderá pinçar ou escolher a alternativa que julgue melhor aplicar-se ao caso concreto.<sup>5</sup>

Parece justo concordar com a assertiva de Fábio Ulhôa Coelho (1992:80) de que a idéia de multiplicidade de significados relacionada à norma jurídica, além de original, é o grande mérito da hermenêutica kelseniana. Com efeito, tal idéia de que ao aplicador do direito não pode ser apresentado forçosamente apenas um conteúdo lingüístico e histórico válido inova e acompanha a hermenêutica filosófica como, por exemplo, proposta por Gadamer.

Ocorre que, no mesmo ponto em que o autor austríaco surpreende positivamente, finaliza com uma bastante criticável opinião acerca do controle hermenêutico ou político deste voluntarismo que o próprio consagra.

É que, justamente ao responder sob a que controle estaria sujeito o intérprete-aplicador do direito ao tomar uma decisão e não outra dentro da moldura a ele confiada – momento em que se poderia aferir do autor seu apego ou não pela preocupação com a legitimidade pública do poder jurisdicional – o autor foge a esta preocupação, sob o argumento de que “a questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar a ‘correta’ não é [...] uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da Teoria do Direito, mas de Política do Direito” (1996:571).

A solução – ou, poder-se-ia até dizer, a falta dela – do autor austríaco decepciona profundamente no aspecto da legitimidade do direito, consubstanciando-se a nosso ver numa postura que promove uma teoria autoritária do poder judicante, que desdenha de qualquer necessidade de auto-justificação de sua prática, como seria de se esperar de um poder que assume uma função pública, essencial mesmo às cordiais relações entre a sociedade e o Estado, quanto mais em um Estado democrático, em que supõe a participação, ou ao menos consideração da sociedade no âmbito dos aspectos decisórios de qualquer prática estatal.

É, ao que parece, com apoio a considerações deste jaez, que dissentem do voluntarismo desregrado de Kelsen – e levando em conta ainda aquela abertura hermenêutica já colocada como parte do problema aqui trazido e adicionada à questão da legitimidade democrática do direito por

---

<sup>5</sup> *Literis*: “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias que [...] têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Martins Fontes : São Paulo, 1996, 6ª edição, p. 571)

ela posta em dúvida – que se considera hodiernamente , com Martí<sup>6</sup>, que “no atual estágio jurídico é a motivação que assegura racionalidade e, com isto, mais segurança às decisões” (MARTÍ *apud* COELHO, 1997:56), no que se afirma ainda, mais propriamente quanto ao segundo aspecto, que essa transparência do raciocínio atende ao imperativo ético e político de que, num autêntico Estado de Direito, as decisões dos agentes públicos, para se reputarem legítimas, devem convencer aqueles a quem tenham a pretensão de obrigar (COELHO, 1997).

Ressalte-se, para boa compreensão da mensagem que se quer passar, que esta demonstração de defesa da legitimação do poder judicante supera, contudo, quanto a motivação exigida por Martí, o caráter técnico-processual tradicional de que resulta este termo “motivação” na ciência do direito – ou seja, uma sentença explicitada em seus fundamentos fático-normativos que lhe conferem a estrutura de decisão –, que de resto não faltava mesmo à teoria Kelseniana, para, além disso, afirmar, como o faz Inocêncio Coelho, na esteira de Ortega, que já não basta apresentar razões *normativas* - reputadas necessárias, mas *não suficientes* - para justificar as decisões jurídicas ou quaisquer outras de repercussão social. Torna-se necessário justificar a própria justificação, oferecer uma justificação última e *profunda*, que se baseie em outras razões - tais como *justiça, razoabilidade, oportunidade e correção*, dado que, como o afirma Aarnio (*apud* Coelho, 1997:59), “em uma sociedade moderna, exige-se que as decisões não apenas sejam dotadas de autoridade, mas também que apresentem suas razões. A responsabilidade de oferecer justificação é, especificamente, uma responsabilidade de maximizar o controle público da decisão”.

Posta a questão nestes termos, em que se coloca como essencial para a legitimação política do direito a fundamentação social dos seus atos, e tendo apresentado propositadamente a tese kelseniana como paradigmática ao que se deseja combater, lançar-se-á ao debate, adiante, as contribuições de Ronald Dworkin e Chaïm Perelman, dois autores que, a nosso ver detiveram-se sobremaneira no ataque ao arbítrio judicial, defendendo uma prática jurídica sabedora de sua essência política e por isso preocupada com a legitimação pública o que, a nosso ver, como já assentado, denota obediência à segurança jurídica.

---

<sup>6</sup> Citado por Inocêncio Coelho a partir da obra *Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 134

### 3.2 Saídas contra a discricionariedade (arbítrio) do magistrado – apoio na principiologia de Dworkin e na teoria argumentativa de Perelman.

#### a) Ronald Dworkin e os princípios como argumentação legitimadora.

As Teorias Positivistas ignoram os modos não-formais de legitimação do Direito, considerando-o perfeito apenas pela sua correição em face do Estado. Desse modo, a atuação do magistrado deveria, em primeiro lugar, beber apenas em fontes positivadas – de acordo com a regra de conhecimento, ou norma fundamental e, por outro lado, prestar contas somente a este sistema de normas válidas. Hart, neste aspecto, defende que as regras e princípios devem ser considerados válidos a partir de uma análise vinculada à regra de conhecimento (o que Dworkin denomina “teste de *pedigree*”), e apenas elas são competentes meios de busca para resolver um caso concreto. E, o mais importante, para essa busca, a justificação é irrelevante. (DWORKIN, 2002).

Dworkin, por seu turno, acredita haver a necessidade de procurar-se, em certos momentos, fontes não positivadas as justificativas das decisões jurídicas.<sup>7</sup> Para o autor anglo-saxão, as teses positivistas – na verdade, o desafeto dele é mesmo Hart –, por exigirem do juiz a aplicação silogística de um comando abstrato, dão guarida a discricionariedade arbitrária do juiz nos momentos em que este se depara com casos difíceis (*hard cases*), ou seja, aqueles em que as normas não respondem automaticamente à casuística, há choque de valores, interesses, e o magistrado vai decidir utilizando sua perspectiva ética. Quanto mais complexa torna-se a sociedade, mais frequentes são estes casos, devido ao frequente surgimento de novos conflitos, demoradamente absorvidos pelo legislador.

Dworkin afirma com razão que a teoria de Hart promove insegurança ao delegar aos magistrados a oportunidade de decidir estes casos difíceis (essencialmente controvertidos, em que não há uma verdade consolidada nem no ordenamento jurídico nem no seio social), sem exigir

---

<sup>7</sup> Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.” (DWORKIN, 2002.,p.127).

deles que ao menos expressem suas fundamentações valorativas, mas simplesmente imponham uma verdade a partir de uma peça do sistema certamente inventada.

Visando combater esta discricionariedade que tende a tornar-se arbitrária, Dworkin propõe que, nestes casos em que o normativismo, segundo ele, considera sem solução legal, o magistrado, ao invés de buscar retroativamente direitos por ele próprio criados, construa sua argumentação a partir de princípios, o que segundo o autor, seria de fundamental importância para solucionar este absolutismo judicial. Para ele, o silogismo formal confere ao magistrado uma discricionariedade contrária ao interesse da comunidade, pela sua desnecessidade de argumentação legitimadora.

Assim o é, pois na solução do caso concreto, ao utilizar os princípios, que são valores imersos na comunidade pela qual o magistrado é responsável, este realizará um esforço de legitimação que exigirá deste a construção racional de uma tese de direitos tendente a afastar a fragilidade e insegurança que integram de forma patológica algumas decisões. (DWORKIN, 2002). Tal técnica de construção judicial dworkiana visa a afastar os argumentos formais e falaciosos que, por diversas vezes servem de acobertamento ao real motivo das decisões judiciais, criando uma crise de legitimidade presente nas normas de conduta criadas por estas.

Dworkin, com efeito, concede à legitimidade do direito ante a comunidade grande importância na sua tese. Sendo um liberal de fortes posições, uma das suas grandes preocupações é explicar e tentar mesmo compreender quais são as forças-motrices que legitimam a coação do Direito face ao indivíduo. De fato, para ele é a constante tentativa de legitimação social que faz do direito seguro.

Não é por outro motivo que isso os princípios são tão importantes na sua teoria: como normas extraídas dos valores morais da sociedade, os princípios servem, na aplicação do direito, para o magistrado identificar a sua solução de acordo com aqueles valores ou, ao menos, os reconhecendo e debatendo sua aplicação ou não no caso concreto. No dizer do autor, “os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo” (2002:129).

Deve-se, para concluir a análise acerca de Dworkin, fazer uma necessária advertência quanto ao que aqui se quer mostrar como essência do pensamento deste autor, distinguindo-a da abordagem puramente da hermenêutica principiológica, que tão brilhantemente – e às vezes nem

tanto – mergulhou em nosso direito, notadamente o constitucional e em nossos tribunais. Assim, quer-se dizer que autor ora estudado, muito embora tenha sido uma das mais importantes influências da principiologia na hermenêutica atual, contribuindo inclusive de forma brilhante para distinguir as regras dos princípios jurídicos, não foi tratado aqui a partir deste prisma pois o foco buscado não foi o estudo da principiologia dworkiana em si, mas o motivo pelo qual este autor sugeriu a sua aplicação no direito, e que aqui repete-se, ressaltando sua importância para a segurança jurídica: trazer legitimidade pública às decisões judiciais, evitando a discricionariedade arbitrária proposta pelo positivismo.

b) A crítica de Perelman ao voluntarismo positivista da Teoria Pura: a motivação argumentativa contra o arbítrio judicial.

A Teoria Pura de Hans Kelsen determinou, como visto, uma importante mudança de parâmetro interpretativo no âmbito da ciência jurídica. O autor vienense, mesmo defendendo uma posição sistemática do direito, bem ao gosto da escola exegética, reformula a questão acerca da postura do juiz na aplicação do direito apresentando a tese de um maior ângulo de atuação do magistrado, a partir da compreensão de que este tem à sua disposição, no momento de aplicar a norma ao fato, significados distintos de linguagem, pelo autor designada de “moldura interpretativa”.

Entretanto, na sentença, os motivos pelos quais o julgador escolheu determinada forma dentre as possíveis são, para Kelsen, parte da “política do direito”, não respondem pela ciência do Direito, sendo assim inquestionável a decisão do juiz se calcada numa norma de validade reconhecida, ainda que, na prática, houvesse a hipotética possibilidade, dentro do mesmo ordenamento, de alcançar uma medida mais justa, mais ética. As conseqüências práticas fazem parte de um mundo (ser) ontologicamente distinto do universo paralelo criado pela Teoria Pura (dever-ser), onde se escondia o direito.

O repúdio por este entendimento da atividade jurídica e, mais importante, pelo desprezo demonstrado por Kelsen acerca da justificação pública de um exercício de poder público, Perelman não deixa esconder. Como cartão de apresentação das idéias deste autor belga, diga-se

logo que ele atribui o epíteto de “escandalosa”<sup>8</sup> a esta construção kelseniana que premia o exercício coativo injustificado e arbitrário do Estado sobre seus cidadãos.

Perelman lembra que para Kelsen, a atividade do juiz não revela a expressão de um conhecimento, mas um ato de vontade. O juiz não vai procurar a decisão correta, mas sim procurar, dentre as possíveis, aquela que ele quer favorecer na ocorrência, dentro da “moldura interpretativa que tem ao seu dispor”(1996:475). Entretanto, para Kelsen, a ciência do direito, como realização de um sistema de normas, só tem como objeto o estudo das normas e do significado delas, independentemente das conseqüências que resultariam de sua aplicação. Todo recurso a uma interpretação teleológica das normas jurídicas sai, segundo o nosso autor, dos âmbitos da ciência do direito e pertence à **política jurídica**.

O autor belga enxerga nessa construção que culmina na justificativa de política jurídica, o intenso dualismo presente na doutrina positivista, em que cabe diferenciar o direito posto “das ciências que estudam os fatos de todo o tipo, o que é e não o que deve ser” (1996:474). Perelman, com perspicácia, percebe o potencial risco que tal dualismo oferece. Constata o autor, primeiramente que “se adotarmos o dualismo Kelseniano, devemos renunciar à ilusão da razão prática em todas as áreas, não só em direito” e a seguir questiona tal possibilidade, apontando para a temeridade de tal escolha:

E se semelhantes asserções não passarem de racionalizações destinadas a enganar ingênuos, toda vida social expressará outra coisa além de relações de força, e a filosofia prática servirá para outra coisa além de cobrir com um manto de respeitabilidade o que os interesses e as paixões impõem pela coerção?(1996: 476)

Não é demasiado tal alerta. De fato, o dualismo que procura esconder o direito da realidade sem prestar-lhe satisfações responde a uma ideologia conservadora, mantenedora do *status quo*, que adota a coerção desmotivada como forma de evitar o debate jurídico, impondo à força o direito que melhor lhe sugere. Tal concepção reflete o princípio da autoridade formal que no direito chega a seu maior ápice exatamente na teoria voluntarista. Ao juiz é dado o poder de escolher entre diversas hipóteses e tal escolha é considerada legítima em função tão-somente da sua toga, da ligação com o Estado, independente do conteúdo daquela decisão. Como Perelman adverte, cobre-se com o manto da respeitabilidade a coerção à força imposta.

---

<sup>8</sup> “As teses apresentadas por esse mestre incontestado do pensamento jurídico, com a clareza e a força convincente que lhe caracterizam todos os seus escritos questionavam tantas idéias comumente aceitas, resultaram em tantas conseqüências paradoxais - sendo a mais escandalosa delas a referente à concepção tradicional da interpretação jurídica, bem como a do papel do juiz na aplicação do direito...” (1996:474)

Esta atitude de desdém para com a sociedade não se coaduna, entretanto, com as demandas que respiram os ares da democracia material. O não questionamento da autoridade do Estado, representado pelo juiz, corresponde a uma visão em que o Estado era considerado como detentor da verdade, e é caudatária de um paradigma mecânico em que se prestigiava a imposição formal da verdade, pois que colocado naturalmente em seu local de destaque na engrenagem social.

A contemporaneidade, por seu turno, acena com a dissolução, ou democratização, da verdade, representa a possibilidade de construir os discursos da verdade apenas conjuntamente, ou seja, a partir da deliberação das várias verdades existentes dentro da pluralidade de idéias, não se fazendo mais ouvir – com tanta ênfase – as imposições da força bruta e à validade incontestada da autoridade formal, exigindo o diálogo para a legitimação dos institutos de poder.

O direito representa um poder do Estado. Não é crível que se admita sua atuação em um mundo fictício, paralelo ao real (*ser/sein*), em que não precisa legitimar-se ante a sociedade. O Estado Democrático de Direito presume o constante diálogo entre as instituições de poder, e em que especialmente o judiciário resulta numa imanente função política, pois incumbido da tarefa mais política possível – que é resolver conflitos, sopesar interesses. Um judiciário que, apesar da sua função dirigente, abstêm-se do diálogo com a sociedade, por meio de sua prática jurídica, é um poder tirano.

As decisões do juiz, numa perspectiva democrática, devem procurar não a imposição, mas o convencimento da comunidade à qual se dirige. “Como detentor de um poder (...) deve prestar contas do modo como o usa mediante a motivação” (1996:566), e nesse caso uma motivação argumentativa, dirigida a persuadir – e não impor – a orientação tomada, passível, de qualquer maneira, do questionamento, natural numa aldeia de ideologias distintas.

Como o afirma Perelman, na visão positivista, pela motivação, o juiz só tinha de justificar-se perante o legislador (ou a norma hipotética fundamental), mostrando que não violava a lei (1996:565). Bastava-lhe indicar os textos que aplicava em sua sentença. Assim explica-se esta concepção: o destinatário da segurança jurídica, como afirmado na construção crítica inicialmente apresentada, era seu próprio criador, o capitalista burguês que, apoiado nas teses exegéticas, enrijecia o direito ao máximo, para que as leis por ele aprovadas não fossem questionadas pelo magistrado.

A segurança jurídica tomada como sendo a legitimidade democrática das decisões prolatadas faz com que a motivação dirija-se à opinião pública, e esta quererá, conforme Perelman, que “além disso, a interpretação da lei pelo juiz seja o mais conforme possível tanto à equidade quanto ao interesse em geral” (1996:565). Como afirma o autor belga, motivar uma sentença é justificá-la, não é fundamentá-la de um modo impessoal e, por assim dizer, demonstrativo. (1996:566)

Noutro dizer, também significativo de uma postura legitimadora, é dado afirmar que “aquele direito que se quer democrático, obra de persuasão e de razão, deve procurar, pela motivação, obter uma adesão arrazoada” (1996:569) É a regra do diálogo que reveste uma nova concepção de segurança calcada na legitimidade. Chaïm Perelman sem dúvida foi um dos mais importantes filósofos do direito do século XX, captando a atmosfera do paradigma emergente, a partir da defesa de uma lógica argumentativa, inclusive do juiz para com as partes, ou melhor ainda, do Estado para com a sociedade. A segurança é a de que o direito procura legitimar-se na sociedade.

## **BIBLIOGRAFIA**

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.



COELHO, Fábio Ulhôa. **Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1992.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 2ª edição, 1997

COELHO, Luís Fernando. **Introdução à crítica do direito**. Curitiba: HDV, 1983.

\_\_\_\_\_. **Lógica Jurídica e aplicação das leis**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CUPANI, Alberto. **A Crítica do Positivismo e o Futuro da Filosofia**. Florianópolis: editora da UFSC, 1985

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2ª edição. Ed. Atlas, São Paulo, 1995

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis, Vozes, 1997.

GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade**. São Paulo : Companhia das Letras, 2003

GIDDENS, ANTHONY. **Mundo em Descontrole**. Rio de Janeiro: Record, 2002.

GRAY, John. **Al-Qaeda e o que significa ser moderno**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

\_\_\_\_\_. **Cachorros de Palha**. Rio de Janeiro, Record, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1996.

LENK, Hans. **Filosofia pragmática**. Barcelona: Alfa, 1982

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A Hermenêutica jurídica de Gadamer. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. ano 37, n. 145, p. 101-112, 2000.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo, Martins Fontes, 1996.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução Geral ao Direito**, 3º Volume. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994