

# Uma nova concepção de direito

*Ovídio Jairo Rodrigues Mendes*

---

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo em 2006, integrou o grupo de estudo "*Crime e Violência*", sob coordenação da Prof.<sup>a</sup> Carmen Fullin. Mestrando da Faculdade de Direito do Largo São Francisco sob orientação do Prof. Dr. Eduardo Domingos Bottallo.

**Resumo:** Questões contemporâneas como a demanda sempre crescente pela atuação do judiciário (por alguns denominadas de "politização do judiciário") e o surgimento de estruturas normativas que geram uma pluralidade de novas fontes do direito parecem contradizer uma tradição jurídica fundamentada, na subsunção dos fatos às normas. Em uma perspectiva talvez não muito alentadora para as pessoas de visão mais tradicional a respeito da função do direito, novos atores sociais estão surgindo e ampliando ainda mais as áreas de atuação do judiciário, com demandas crescentes por efetivações de direitos constitucionalmente estabelecidos. O que este texto procura situar, embora de forma meramente introdutória e abreviada, são as novas teorias que fundamentam esses fenômenos, em contraposição às formulações liberais e de bem-estar social do Estado que condicionavam diretamente a atuação da esfera jurídica.

**Palavras-chaves:** Constitucionalismo discursivo; neoconstitucionalismo, teoria do discurso.

*Ementa: I. Introdução. II. A concepção de Direito. III. As várias faces do papel social desempenhado pelo Judiciário. IV. A segurança jurídica. V. A pretensão de correção do Direito. VI. Conclusão.*

## 1. Introdução

Em decisão de apelação<sup>1</sup> relatada pelo desembargador Guinther Spode este fundamentou com o seguinte argumento seu voto: “*A função social da propriedade transcende não só à própria lei substantiva, mas também ao próprio direito individual, notadamente o direito de crédito. O direito à moradia de uma comunidade, como mínimo social, possui prevalência sobre o direito de crédito de instituição financeira*”. Na apelação, o Banco Bradesco pleiteava a execução de dívida representada por imóvel objeto de garantia hipotecária. De forma mais incisiva, o relator destaca, no corpo do acórdão:

*“A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de aceder aos caprichos e à vontade do legislador; pois, como poder criador; o Juiz não se constitui em um simples técnico que mecanicamente aplica o Direito em face dos litígios reais, mas, buscando solucionar os conflitos de interesse entre sujeitos de Direito, o magistrado aparece como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função autônoma e irredutível em relação às outras esferas de competência do Estado”<sup>2</sup> (grifo meu).*

*“Perfeito. A função social da propriedade transcende não só à própria lei substantiva, mas também o próprio direito individual, notadamente o direito de crédito (...)”.*

*“Diferentemente da “declaração de 1789”, (que proclamava os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade), [os direitos fundamentais do homem (inclusive dos brasileiros)] estão impregnados de conotações mais modernas, tais como: igualdade, dignidade, não discriminação; direito à vida, à liberdade.(...) Do art. 22 até o art. 28, a declaração Universal, consubstancia os direitos sociais do homem, assim: direito à segurança social (que a humanidade levou séculos para conquistar e que alguns dos projetos de reforma da Constituição, propostos pelo Governo, querem simplesmente eliminar) e à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade humana e ao livre desenvolvimento de sua personalidade; direito ao trabalho, à escolha do trabalho, à condição satisfatória de trabalho e proteção contra o desemprego, o salário condigno, à liberdade sindical; à moradia (...)”.*

Ora, o conteúdo do acórdão acima exposto ultrapassa os preceitos do positivismo jurídico ao não se limitar à subsunção de seus elementos à ordem (tradição política e jurisprudência) e à eficácia jurídica, mas também ponderar um elemento de justiça.<sup>3</sup> E embora esse posicionamento possa ser acusado de enfraquecer a segurança jurídica, com base nos fundamentos dos artigos 127 (“O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”) e 485, V (“A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V. violar literal disposição de lei;”) do Código de Processo Civil, provavelmente acrescido do comentário pejorativo “esse acórdão só poderia ter sido proferido por adeptos de um tal direito alternativo praticado por um país distante (*sic*) cha-

<sup>1</sup> Apelação Civil nº 70016616732/2006. 19ª Câmara Civil, Comarca de Bento Gonçalves-RS.

<sup>2</sup> WOLKEMER, 1989:146, *apud* SPODE.

<sup>3</sup> Expressão presente no texto original.

<sup>4</sup> ALEXY, 2007:19.

mado Rio Grande do Sul”,<sup>5</sup> a posição contemporânea de teóricos do neoconstitucionalismo<sup>6</sup> europeu o tornam perfeitamente racional e válido. Tal posicionamento não implica que os elementos fáticos e institucionais do direito devam ser subdimensionados, mas tão-somente que a dimensão valorativa (ou ideal) do direito, representada por princípios constitucionalmente positivados, também merece sopesamento adequado e vinculado ao caso concreto quando de qualquer decisão judicial. Mas para que a racionalidade e a validade acima apontadas se tornem explícitas, convém um retorno aos fundamentos da concepção de direito.

## 2. A concepção de direito

Os fundamentos da condição do homem como cidadão são a liberdade e a igualdade.<sup>7</sup> Esta não é uma simples questão de consenso moral, mas uma colocação prática suficiente para impedir que situações tais como o *status* de escravo possam ocorrer.<sup>8</sup> Mas a liberdade e a igualdade podem permanecer apenas no plano teórico e, para que isso não aconteça, outros processos são necessários à sua efetividade, como o acesso à educação, ao trabalho, à justiça e ao bem-estar social.<sup>9</sup> Além disso, exigem atitudes de afirmação por parte de seus destinatários, no sentido de não aceitarem passivamente o esgotamento de seus direitos. Essa condição é afirmada

desde Aristóteles, com a necessidade de participação do cidadão no governo e destino da Polis.<sup>10</sup> Embora a busca por consensos representativos de situações de liberdade e igualdade políticas estivessem até há bem pouco tempo (mais precisamente, até a década de 80 do século passado) no âmbito da atuação política,<sup>11</sup> as constituições promulgadas no continente europeu após a segunda guerra mundial deram origem a novas interpretações<sup>12</sup> orientadas no âmbito jurídico e acentuadas principalmente nos trabalhos teóricos de pensadores alemães. Entre esses, destacam-se o Constitucionalismo Discursivo,<sup>13</sup> de Robert Alexy, e a Teoria Sistemática,<sup>14</sup> de Niklas Luhmann. Para esses autores, influenciados em grande parte pela tensão social decorrente da derrota alemã na guerra, os resultados de consensos são obtidos por atores em pólos antagônicos<sup>15</sup> por meio de discursos racionalmente construídos e fundamentados. Mesmo o positivismo jurídico está baseado em argumentos discursivos,<sup>16</sup> quais sejam as expressões de competências e poderes decisórios derivados da norma fundamental e com decisões de acordo com a ordem e a eficácia social ocupando posições hegemônicas.<sup>17</sup> Aliás, a capacidade de expressão de escolhas sociais obtidas por meio da palavra tem origem na Grécia Antiga, com a atividade dos filósofos sofistas. No cenário brasileiro, essa atividade cotidiana parece ter sido esquecida por muitos estudantes de direito em fun-

<sup>5</sup> Comentário proferido por colega participante de curso de pós-graduação na Faculdade do Largo São Francisco, embora não ao acórdão em apreço.

<sup>6</sup> Para uma discussão do conceito de “neoconstitucionalismo” europeu ver CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Editorial Trotta, 2003.

<sup>7</sup> Estes princípios foram inicialmente afirmados na “Declaração dos direitos do homem e do cidadão”, iniciando por seu artigo I da seguinte forma: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos (...)”. A Constituição Federal de 1988 os positivou, entre outros, em seus art. 3º, art. 4º, II, além do Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Para uma teoria da justiça como expressão da liberdade e da igualdade, ver RAWLS, 2002.

<sup>8</sup> A escravidão caracteriza-se exatamente pela ausência destes valores fundamentais como requisitos para a constituição do cidadão.

<sup>9</sup> ALEXY, 2007.

<sup>10</sup> ARISTÓTELES, 2006.

<sup>11</sup> Nesse sentido, ver CAMPILONGO, 1998.

<sup>12</sup> Essas novas interpretações podem ser encontradas em CARBONELL, 2003.

<sup>13</sup> ALEXY, 1997.

<sup>14</sup> LUHMAN, 2007.

<sup>15</sup> Para Luhmann, a sociologia tradicional, jurídica ou não, apóia-se em “teorias de ações de grupos ou pessoas sobre o meio social” (“*Lehre des Handelns von Personen und Gruppen in der Gesellschaft*”), e é a apreensão das diferenças entre essas ações, consideradas como estruturas comportamentalmente fechadas, mas cognitivamente abertas pela teoria sistêmica é que permite a compreensão do funcionamento social (*funktionale Ausdifferenzierung von Systemen die füreinander Umwelt sind*) – LUHMAN, 2007.

<sup>16</sup> ALEXY, 2007.

<sup>17</sup> ALEXY, 2007:19.

ção de um certo costume brasileiro de afastar-se das tomadas de decisões políticas, embora, como salientado, esse comportamento seja inerente à atividade jurídica.<sup>18</sup>

A diferença apresentada pelo constitucionalismo discursivo ou pelas posições teóricas genericamente denominadas de neoconstitucionalistas (ou “novo” constitucionalismo) é o sopesamento de princípios que implicam as pretensões de correção do direito em contrapartida das colocações de decisões, de acordo com a ordem (jurisprudência) e a eficácia social.<sup>19</sup> Enquanto estes dois últimos elementos definem o direito de acordo com a realidade concreta (ou positivismo jurídico), a pretensão de correção do direito envolve uma dimensão teórica representada pelo ideal de justiça nas decisões.<sup>20</sup> Essa caracterização ideal é alcançada pelo comportamento discursivo que colide com o princípio positivista de que qualquer decisão, mesmo que profundamente injusta, é uma decisão correta. E isso porque, fundamentalmente, as normas de abrangência mais ampla em uma sociedade, representadas por princípios constitucionais, por definição, expressam pretensões de justiça, positivadas por um catálogo de direitos fundamentais (o Título II, no caso brasileiro). Mas para que o entendimento do que seja a pretensão de correção do direito fique clara, urge recordar a expansão do papel do judiciário desde a concepção liberal estabelecida pela Revolução Francesa de 1789.

### 3. As várias faces do papel social desempenhado pelo Judiciário

Desde a Revolução Francesa, o Judiciário vem sofrendo uma mutação em sua função

social.<sup>21</sup> Inicialmente concebido dentro de uma visão liberal de sociedade, o comportamento do Judiciário esteve condicionado por uma expectativa de submissão aos estritos limites estabelecidos pelo texto normativo. Sua principal função estava adstrita à resolução de conflitos intersubjetivos, tutelando a liberdade individual e o direito de propriedade no interior de uma concepção social derivada da noção de mercado econômico, donde tirava sua legitimação<sup>22</sup> (neste contexto, o direito tutelava a pretensão do sujeito de ter “direito de...”). A partir da grande depressão de 1929, a teoria Keynesiana estabeleceu novos paradigmas econômicos e sociais, com o surgimento do Estado de bem-estar social. Após a segunda guerra mundial, essa tendência foi reforçada pela necessidade de reconstrução dos países destruídos no conflito. No campo econômico, destaca-se, principalmente, a forte participação do Estado mediante de políticas de obras públicas, visando à formação de uma infra-estrutura como condição do crescimento econômico; o surgimento de empresas estatais como meio de substituir investimentos privados em segmentos específicos carentes ou de não-interesse para o capital privado e a instituição da previdência social como intermediação do Estado nas relações capital-trabalho.<sup>23</sup> Na esfera dos direitos, a experiência da constituição alemã de Weimar, com seu estrito formalismo jurídico que propiciou a apropriação legal pelo poder por parte dos nazistas,<sup>24</sup> apontou a necessidade de positivação de princípios de proteção ao cidadão. Com base na justiça e sob tutela do Estado, esses princípios foram inseridos nas constituições nacionais a partir de então.<sup>25</sup> Não apenas no aspecto

<sup>18</sup> Exemplos de discursos racionais são as fundamentações de sentenças judiciais e os “fatos jurídicos e materiais” das ações. No período de estudos correspondentes à graduação, a monografia de conclusão de curso representa outro exemplo de criação de um discurso racional e fundamentado. Finalmente, este texto também constitui um exemplo de racionalidade discursiva.

<sup>19</sup> ALEXY, 2007:19.

<sup>20</sup> ALEXY, 2007:20.

<sup>21</sup> CAMPILONGO, 1998.

<sup>22</sup> CAMPILONGO, 1998.

<sup>23</sup> NETO, 2005:3.

<sup>24</sup> VILHENA, 1999.

<sup>25</sup> Nesse sentido, o artigo 1º da Constituição Federal da República Alemã de 1949: “(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt – A dignidade humana é inviolável. Sua proteção e observância são obrigação de todas as autoridades do Estado” (tradução livre).

formal, mas principalmente no substancial, a legitimação das ações jurídicas passou a abranger a noção de “direito a ...”, servindo a um processo de mudança social com o ordenamento jurídico, considerando em suas decisões as facetas sociais, econômicas e culturais das comunidades em que essas decisões fossem proferidas. De uma racionalidade jurídica formal e instrumental (meios) da óptica liberal adotou-se uma racionalidade jurídica material e teleológica (fins), com a mudança de enfoque alicerçada na liberdade jurídica para a de valor decorrente da equidade (oportunidade de acesso a todos aos bens socialmente produzidos por intermédio do trabalho).<sup>26</sup> Mas é principalmente a partir do quarto quartel do século passado que novas perspectivas sociais se elevaram ao posto de referência para a atividade judicial. O surgimento de “novos atores” aliados à expansão e ao fortalecimento do ideário democrático em diferentes sociedades nacionais (a Constituição Brasileira, por exemplo, promulgada em 1988) provocou uma diluição da regulação jurídico-estatal dos direitos individuais e sociais em benefício de interpretações particulares e localizadas dos conflitos decorrentes do alargamento dos objetos de tutela jurídica. A estrutura normativa tradicionalmente organizada em forma hierárquica, como a célebre estrutura piramidal de Kelsen, passou a adotar um modelo circular,<sup>27</sup> com diversas cadeias normativas interpenetrando-se de forma complexa, como, por exemplo, o surgimento de múltiplas agências reguladoras, que exercem controle sobre agentes específicos<sup>28</sup> e cujas regulamentações nem sempre apresentam a completude, a coerência, logicidade e não-contradição exigidas por um

sistema normativo norteado pelo princípio hierárquico piramidal. As novas estruturas normativas são parciais, mutáveis e contingentes<sup>29</sup> porque tentam dar vazão a pluralismos de expectativas e pretensões de novos atores sociais com interesses contraditórios entre si, forjados em emergentes fontes de direito decorrentes de situações existenciais concretas e tendo como valor jurídico básico as próprias subjetividades. Obviamente, não se trata aqui de medir os prós e contras, em termos de integração ou manutenção da ordem social, dessa nova realidade, mas a mera constatação da fragmentação e contingência das demandas apresentadas diante do Poder Judiciário. Como sintomas desse fenômeno podem ser apontadas a hipertrofia legislativa, com leis tentando regular todos os aspectos da vida social, e a mutabilidade na interpretação das normas, com interpretações divergentes para fatos semelhantes.<sup>30</sup> Nesse contexto, cabe indagar como fica a questão relacionada à segurança jurídica, um dos pilares do pensamento liberal.

#### 4. A segurança jurídica

A noção de segurança jurídica envolve duas dimensões, a saber: a dimensão da legalidade e previsibilidade das decisões judiciais (certeza jurídica, com as normas como o conhecimento dos atores sociais) e a dimensão de respeito aos princípios de organização do Estado, com a separação dos poderes, e de respeito aos princípios do direito estabelecido (positividade e estabilidade do direito,<sup>31</sup> irretroatividade das leis, clareza, simplicidade, univocidade e suficiência das nor-

<sup>26</sup> RAWLS, 2002.

<sup>27</sup> CAMPILONGO, 1998.

<sup>28</sup> “As agências reguladoras são órgãos criados pelo Governo para regular e fiscalizar os serviços prestados por empresas privadas que atuam na prestação de serviços, que, em sua essência, seriam públicos. Como estes serviços são de relevante valor social, e que primordialmente cabia ao Estado seu fornecimento, sua fiscalização deve ser feita através de algum órgão que se manifeste imparcial em relação aos interesses do Estado, da concessionária e dos consumidores. A imparcialidade em relação ao Estado se faz necessária porque, sem esta, as concessionárias de serviços sairiam prejudicadas através de cobranças de tributos elevados, bem como no momento em que fosse feita uma punição poderia esta se tornar abusiva” (CHACON, 2001).

<sup>29</sup> CAMPILONGO, 1998:39.

<sup>30</sup> CAMPILONGO, 1998:49.

<sup>31</sup> “Para que haja certeza jurídica é indispensável que a interpretação do Direito, pelos tribunais, tenha um mesmo sentido e permanência. A divergência jurisprudencial, em certo aspecto, é nociva, pois transforma a lei em Jus Incertum. A segurança que o Direito estabelecido pode oferecer fica anulada em face da oscilação e da discontinuidade judiciais.” (SANTANA, 2002:124)

mas).<sup>32</sup> Tradicionalmente, este conceito é circunscrito pela visão positivista do direito, delimitado pela observância da ordem e eficácia social.<sup>33</sup>

A deficiência básica dessa conceituação é que ela não leva em conta a existência da dimensão ideal do Direito, ou seja, a harmonização entre os lados fático e institucional do direito (positivista) e sua pretensão de justiça (equidade).<sup>34</sup> Ignora, também, aspectos sociológicos inerentes ao estado moderno em sua atuação como agente econômico, quais sejam: a ineficiência das prestações de serviços estatais e o custo excessivo do aparelho burocrático.<sup>35</sup> Esses fatores atuam como atenuadores de uma concepção mais rígida (positividade e estabilidade do direito em alto grau, clareza, simplicidade, univocidade e suficiência das normas) da concepção de segurança jurídica.

A ineficiência estatal transparece na burocracia e inércia no interior das empresas, originando um corpo corporativo próprio preocupado mais em manter o status do que prestar serviços eficientes ao cidadão, além da institucionalização do fenômeno da corrupção endêmica. *O custo excessivo traduz-se na "mera satisfação de procedimentos financeiro-orçamentários, sem que importassem os aspectos substantivos, como a economicidade e a legitimidade".*<sup>36</sup>

Outros fatores não considerados pela definição acima exposta de segurança jurídica são as profundas transformações estruturais por que passaram as sociedades, como o amplo acesso às comunicações, a consolidação do comportamento democrático e a globalização, relacionada principalmente à visão liberal tradicional do direito, dominante no século XIX e primeira metade do século XX.<sup>37</sup> *"Ficará decepcionado o aplicador que buscar no direito exclusivamente uma "ordem" fechada, invariável e coerente de regras de conduta e organização".*<sup>38</sup>

Por outro lado, a dimensão ideal do Direito ou pretensão de justiça (correção) encontram-se positivadas<sup>39</sup> e não significa a assunção de fundamentos racionalmente descabidos ou ilegítimos na argumentação por direitos. Pelo contrário, a pretensão de correção, no constitucionalismo discursivo (ou teoria argumentativa), supõe a adequada resposta para três questões: "(1) O que se quer dizer quando se afirma que o direito promove uma pretensão [de correção]? (2) O que deve ser entendido sob a necessidade de pretensão? (3) Em que consiste o conteúdo de pretensão, a correção?"<sup>40</sup> O sopesamento dos princípios relacionados aos direitos fundamentais que informam a norma aplicada ao caso concreto e tornam efetivos no maior grau possível o conteúdo substantivo daqueles princípios é que determinará a legitimidade e correção da decisão judicial decretada.

<sup>32</sup> NADER, 2002:115-124.

<sup>33</sup> ALEXY, 2007:19.

<sup>34</sup> ALEXY, 2007:20.

<sup>35</sup> NETO, 2005:5.

<sup>36</sup> NETO, 2005:5. No tocante à corrupção endêmica, cabe destacar a notícia publicada em 30/04/2007 em *blog* do Provedor UOL sob o título *CGU fiscaliza 12 Estados e detecta fraude em todos* - "A Controladoria-Geral da União divulgou nesta segunda-feira (30) o último lote de inspeções que realizou. Esquadrinharam-se convênios firmados pelos ministérios da Justiça e dos Esportes com 12 Estados - R\$ 454,2 milhões em repasses de dinheiro público. Detectaram-se irregularidades na totalidade dos Estados fiscalizados. (...)". Disponível em: [http://josiasdesouza.folha.blog.uol.com.br/#/2007\\_04-30\\_22\\_35\\_17-10045644-0](http://josiasdesouza.folha.blog.uol.com.br/#/2007_04-30_22_35_17-10045644-0). Acesso em: outubro 2007.

<sup>37</sup> Já na década de 40 do século passado, Oliveira Viana reclamava do excessivo formalismo do direito público brasileiro, transformado em mera *tecnologia* de estudo de textos, de forma gramatical, comparativa ou interpretativa, sem consideração pelas condições sociais, culturais e necessidades econômicas da Nação. Apenas a título de esclarecimento, Oliveira Viana é um dos criadores da *Consolidação das Leis do Trabalho* (VIANA, 1999).

<sup>38</sup> CAMPILONGO, 1998:44.

<sup>39</sup> Na Constituição Federal de 1988 ela se apresenta nos Títulos I (Dos Princípios Fundamentais) e II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Aparece também no artigo 187 do Código Civil de 2002, na definição de "ato ilícito", aos fazer referência aos bons-costumes e boa-fé: "*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*" (grifos meus).

<sup>40</sup> ALEXY, 2007:70

## 5. A pretensão de correção do Direito<sup>41</sup>

O fundamento do Constitucionalismo discursivo decorre da tese de que o direito promove, necessariamente, uma pretensão de correção (justiça) e que os atores envolvidos nessa pretensão adotam um discurso racional (fundamentado, coerente e não-contraditório). Esse discurso racional é obtido pela garantia de liberdade e igualdade da argumentação, garantia essa concretizada pelas seguintes regras:

a) cada participante da argumentação tem livre permissão para participar em discursos expondo afirmações (no caso mais simples, o discurso pode ser um monólogo, em que o participante expõe e rebate seus próprios argumentos);

b) cada participante pode pôr em questão cada afirmação efetuada, expondo suas colocações, desejos e carências (é capaz de fundamentá-las coerentemente);

c) nenhum participante pode, pela coerção ou pela força no interior do discurso ou fora dele, ser impedido de salvaguardar seus direitos determinados em (a) e (b).

Observadas as regras acima, cada participante pode decidir em condições de liberdade e igualdade aquilo que ele aceita ou não, valendo então a condição de que uma norma pode, em um discurso ideal, encontrar aprovação universal quando as conseqüências de seu cumprimento podem ser aceitas por todos os envolvidos, satisfazendo-os em seus interesses. Em outras palavras, a teoria do discurso depende da aceitação de argumentos como solucionadores de conflitos e, entre a aprovação universal sob condições ideais e a solução concretamente adotada da necessária existência de uma vinculação entre os conceitos de correção (justiça) e validade moral. Cabe destacar que a validade moral aqui explicitamente destacada

não é uma moralidade de natureza qualquer, mas aquela consagrada no ordenamento jurídico, como, por exemplo, a boa-fé<sup>42</sup> e os bons costumes (art. 187 do Código Civil de 2002) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal). Em termos gerais, o princípio acima exposto corresponde ao princípio legislativo de Kant,<sup>43</sup> expresso na idéia de que somente a vontade popular unida e concordante de todos, decidindo por todos e sobre todos, pode ser criadora de leis, o que indica que a teoria do discurso se situa nessa tradição.

Na teoria do discurso, a liberdade e a igualdade são constitutivas de seus fundamentos. Mas essa liberdade e igualdade devem expandir-se por todas as instâncias da vida social. Aquele que faz discursos com o interesse de solucionar problemas jurídicos mediante consensos criados e controlados discursivamente deve reconhecer a liberdade dos outros também fora dos discursos, sob pena de não obter legitimidade. Como a solução prática aos conflitos está vinculada à solução ideal, nessa dimensão a desigualdade de direitos ou a violação da liberdade e igualdade, garantidas pela racionalidade e pelos pressupostos discursivos, não são possíveis, fenômeno que, por sua vez, garante a correção das decisões no plano empírico. Se, no plano ideal, ocorrerem choques entre princípios, a regra de sopesamento (atendimento ao conteúdo do princípio na maior medida do possível) determinará a solução a ser aplicada ao caso concreto que melhor e em maior grau atender aos princípios em atrito.

À questão “o que se quer dizer quando se afirma que o direito promove uma pretensão [de correção]?”, responde-se: o direito promove uma afirmação que vai além da mera manifestação de vontade e que se integra no ato jurídico correto quanto ao conteúdo e ao procedimento. Correção implica,

<sup>41</sup> O texto a seguir decorre do artigo “A institucionalização da razão”, contido no livro já citado de Robert Alexy (ALEXY, 2007). Por isso, as afirmações aqui contidas não serão explicitamente remetidas a esse texto, mas são dele decorrentes.

<sup>42</sup> Para um aprofundamento a respeito da influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos, ver COUTO e SILVA, 2006.

<sup>43</sup> KANT, 2003.

portanto, uma garantia de fundamentação e a esperança, sob o ponto de vista que cada pessoa é racional, do reconhecimento da correção do ato. *“Cada um que, como participante de um sistema jurídico, por exemplo, como advogado diante do tribunal ou como cidadão na discussão pública, alega argumentos a favor ou contra determinados conteúdos do sistema jurídico, promove a pretensão composta da afirmação da correção, da garantia de fundamentabilidade e da esperança do reconhecimento”*.<sup>44</sup>

Pela questão *“o que deve ser entendido sob a necessidade de pretensão?”* entende-se que a pretensão de correção está necessariamente integrada ao conceito de direito, sob pena de ela tornar-se apenas uma sua característica contingente. Assim, se o direito é capaz de permitir a escravidão ou a institucionalização de injustiças, como a decretação de sentenças absurdas (exemplo: a condenação a penas desproporcionais aos crimes cometidos), estará, em princípio, violando o conteúdo explícito de justiça utilizado pelo legislador na confecção da norma legal (como o inciso III do artigo 1º da Constituição Federal: *“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)”*).

Finalmente, a resposta à questão *“Em que consiste o conteúdo de pretensão, a correção?”* explícita que a teoria do discurso é uma teoria procedimental da correção prática, em sua base a seguinte definição: *“Uma norma N é correta rigorosamente quando N pode ser o resultado do procedimento P”*.<sup>45</sup> O conteúdo da norma N não é estabelecido de antemão, mas dependente da argumentação aplicada ao caso concreto, em contraposição às *“teorias proce-*

*dimentais de tradição hobbesiana, que trabalham com procedimentos de negociação e de decisão”*.<sup>46</sup> Os pressupostos da argumentação são a liberdade e a igualdade formal e material dos envolvidos.

## 6. Conclusão

Os procedimentos discursivos são paradigmas desenvolvidos a partir dos anos 80 do século passado e visam a legitimar a expansão de emergentes funções sociais do Judiciário, *“incorporando uma atividade redistributiva que se confunde, às vezes, com as atividades administrativas e legislativas”*<sup>47</sup> em face de ampliadas demandas de novos atores sociais. Num país com imensas desigualdades sociais e econômicas como o Brasil, essa atuação judicial gera perplexidade em profissionais que atuam no Direito e foram treinados no interior de uma abordagem eminentemente liberal da sociedade, com base na solução de conflitos interindividuais que têm por racionalidade jurídica formal a aplicação normativa hierarquicamente estruturada. Entretanto, novas estruturas normativas, como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, já apontavam para mudanças de paradigmas referenciais. Com o advento da globalização e o fortalecimento do regime democrático pós-1988, com a disseminação de informações e valores de participação política, novos atores sociais, representados pelo nascimento de organizações sociais ou pelo surgimento de novas visões a respeito da eficácia de direitos, tendem a promover uma nova quebra de paradigmas, efetivando posicionamentos desenvolvidos por teóricos dos direitos constitucionais fundamentais. Esses novos paradigmas, em última instância, aumentam a efetividade e eficácia de direitos constitucionalmente estabelecidos.

<sup>44</sup> ALEXY, 2007:21.

<sup>45</sup> ALEXY, 2007:25.

<sup>46</sup> ALEXY, 2007:25.

<sup>47</sup> CAMPILONGO, 1998:49.

**Bibliografia**

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ARISTÓTELES. *A política*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico In: FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. O papel das agências reguladoras. *Opinião Jurídica*, Ano V, nº 53, dezembro de 2001. Disponível em: [www.datavenia.net/opiniao/2001/O\\_Papel\\_das\\_Agencias\\_Reguladoras.htm](http://www.datavenia.net/opiniao/2001/O_Papel_das_Agencias_Reguladoras.htm). Acesso em: abr. 2007.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro, 2003.
- LUHMANN, Niklas. Systemtheorie. Entrevista concedida por Luhmann em 19/08/2001 descrevendo os fundamentos e funcionamento da teoria dos Sistemas. Disponível em: [www.humboldtgesellschaft.de/inhalt.php?name=luhmann](http://www.humboldtgesellschaft.de/inhalt.php?name=luhmann). Acesso em: abr. 2007.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. O novo papel do estado na economia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar – FGV, julho/setembro 2005.
- RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999.
- VILHENA, Oscar Vieira. *A Constituição e sua reserva de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.