Número 16 – dezembro/janeiro/fevereiro 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

NORMA E PROCESSO NA CRENÇA DEMOCRÁTICA

Prof. Eduardo Cambi
Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Professor de Direito Processual Civil da PUC/PR e do Curso de Mestrado da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Assessor jurídico do TJ/PR.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A complexidade do sistema jurídico; 2. A construção da norma jurídica; 2.1. Pontos de partida; 2.2. Completude do sentido do texto: diferença entre o enunciado lingüístico e a norma; 2.3. Interpretação alógrafa e autógrafa; 2.4. A interpretação jurídica e a formulação da norma; 2.5. Repercussões do conceito de norma jurídica; 2.6. Conceito de princípio e o seu sentido jurídico; 2.7. Distinção entre princípios e valores; 2.8. Diferenciação entre princípios e regras jurídicas; 2.9. Escolha do princípio a ser aplicado e critérios para considerar a "correção" da norma jurídica; 3. Justiça, segurança jurídica e o mecanismo processual. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Neste texto, procura-se meditar sobre uma forma de construção jurídica que dê conta dos anseios humanizantes prometidos pelo Estado Democrático de Direito. Busca-se, como ponto de partida, compreender como se estrutura o sistema jurídico para, então, pensar sobre como se efetivar os direitos fundamentais e obter decisões que estejam conectadas com a realidade da vida. Acaba, pois, por refletir sobre os pressupostos argumentativos e ideológicos do Direito, na tentativa de ressaltar a função do mecanismo processual como uma de suas mais importantes fonte de legitimação.

1. A COMPLEXIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

A complexidade é o grande desafio do tempo presente[1], já que está na *multidimensionalidade* dos fatos e da sua *individualização empírico-social*, bem como na *pluralidade dos centros de informações*, de *decisões* e de *ações* e, por conseguinte, na *dificuldade de construir o próprio processo de tomada de posições eficazes*.

Essa complexidade causa uma profunda modificação no horizonte epistemológico do Direito por duas razões essenciais.

Em primeiro lugar, partindo-se da complexidade como uma categoria criativa do processo cognitivo, atinge-se o ponto de superação do *dualismo sujeito-objeto*, o que impede a obtenção de uma única verdade objetiva, acarretando a quebra do mito da existência de um pensamento único, além de não se poder prescindir do sujeito que constrói essa verdade e por ela se torna responsável.

Em segundo lugar, a categoria da complexidade opera dentro da relação dinâmica entre o sistema jurídico e a realidade. Instaura-se, destarte, um paradoxo, pois, de um lado, tem-se a realidade, que é mais rica que o Direito Positivo, mas, do outro lado, não se pode ignorar que o sistema jurídico precisa dar conta da complexidade da realidade sem perder a essência daquilo que o faz subsistir como sistema. Com efeito, é necessário buscar um *mecanismo organizativo* do sistema jurídico que possa abrir-se e fechar-se, sem que seja necessária a constante reformulação das antigas leis por legislações mais modernas. Assim, nele há de ser compreendida a existência de uma *válvula* que permita abrir o ordenamento jurídico para que possa interagir com os estímulos que vêm do exterior e fechá-lo, quando esses estímulos exteriores contrariassem os critérios, os quais permitem conhecê-los e organizá-los, ligados à manutenção da sua essência[2].

O sistema jurídico, composto por abstratos princípios e regras[3], e o mecanismo processual, pelo qual se dá a possibilidade de se discutir os conflitos (intersubjetivos ou sociais) de interesses - oportunizando a ambos os litigantes a manifestação sobre qual interpretação concreta deve ser dada a esses princípios e regras, para que, então, haver a aplicação (*iuris dicto*) do

---

[1] Cfr. Edgar Morin. Epistemologia da complexidade. In: *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Coord. Dora Fried Schnitman. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996; Pietro Barcelona. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. Trad. de José Roque. São Paulo: Ícone, 1995. Pág. 18-24.

[2] Claus Wilhelm Canaris afirma que as duas características básicas do sistema jurídico são a *ordenação* de um estado de coisas fundado na realidade e a *unidade* desses elementos, a fim de não permitir uma dispersão de singularidades desconexas. Cfr. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Antônio Mendes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. Pág. 12.

[3] Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995. Pág. 168-170.

direito pelo Estado-juiz - funcionam como *redutores da complexidade* encontrada na realidade[4].

2. A CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA

2.1. PONTOS DE PARTIDA

A análise do conteúdo semântico dos princípios e das regras jurídicas, bem como a participação reservada aos operadores do Direito, por intermédio do processo judicial, permite a *descodificação* da estrutura sistêmica do ordenamento jurídico, com vistas à compreensão do mecanismo de construção da norma.

Antes de qualquer passo, é interessante observar que, nem sempre, faz-se questão de distinguir as regras das normas jurídicas[5]; entretanto, está-se, ao nosso entender, diante de dois fenômenos completamente distintos.

2.2. COMPLETUDE DO SENTIDO DO TEXTO: DIFERENÇA ENTRE O ENUNCIADO LINGÜÍSTICO E A NORMA

A "completude" do sentido do texto, do preceito, do enunciado normativo não se dá com a mera intervenção do legislador. Em outras palavras, a "completude" do texto legislado apenas é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido pelo intérprete.

Essa distinção é bastante relevante, para se entender a diferença entre o texto e a norma, podendo-se, deste modo, sintetizar: - o texto é o sinal lingüístico, enquanto que a norma é o que se revela, designa[6].

Assim, tão-somente, quando o intérprete precisa o sentido do texto legislativo, passa a existir algo *além* do preceito, que deve ser denominado de *norma*[7].

---

[4] Segundo Niklas Luhman, *"o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade"* (*Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. Pág. 27). Em sentido análogo, Francisco Carlos Duarte assevera que *"a relação entre Direito e complexidade depende da capacidade de prestação própria dos procedimentos. Noutras palavras, o sistema do Direito deve funcionar com um alto nível de autocontrole para que a desilusão das expectativas não seja maior que sua capacidade de produzir decisões efetivas"* (Segurança e risco na complexidade jurídica e construção judicial do direito positivo. In: *A segunda etapa da reforma processual civil*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. São Paulo: Malheiros, 2001. Pág. 500). Verificar, ainda: José Joaquim Calmon de Passos. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Pág. 87.

[5] Cfr. Juarez Freitas. *Interpretação sistemática do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

[6] Cfr. Eros Roberto Grau. A interpretação constitucional como processo. *Revista jurídica consulex*, vol. 3. Pág. 41.

2.3. INTERPRETAÇÃO ALÓGRAFA E AUTÓGRAFA

Antes de se verificar a natureza da interpretação jurídica e a sua importância na construção da norma, é preciso distinguir a interpretação *alógrafa* da *autógrafa*[8].

A interpretação autógrafa é aquela em que basta a compreensão do autor. Por exemplo, para a interpretação de uma pintura ou de um romance é suficiente a visão subjetiva do autor; isto é, pode-se prescindir da interferência de um intérprete, na medida em que o autor, sozinho, é capaz de atribuir sentido à obra.

Em contrapartida, a interpretação *alógrafa* é aquela em que se exige, além da compreensão do autor, uma atividade de *reprodução*. Por exemplo, na música, a obra apenas se completa com o concurso de dois agentes: o autor e o intérprete, pois, primeiro, o autor compreende e reproduz, depois, o intérprete busca compreender a partir da compreensão/reprodução do autor.

2.4. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E A FORMULAÇÃO DA NORMA

Pode-se afirmar que a interpretação jurídica é, pelo menos em certo sentido, *alógrafa*, já que, nela, além do legislador, faz-se imprescindível à atuação do operador jurídico.

Assim, o texto da lei é tomado, tão-somente, como um ponto de partida da interpretação, não é um *dado* pronto e acabado. Vale dizer, a compreensão do texto pressupõe uma relação entre o intérprete e o texto a ser interpretado. O sentido do texto legislativo *não é unívoco* (mas *plurívoco* e *equívoco*), pois admite mais de uma forma de interpretação[9], e, além disso, é *heterônomo* (ou não autônomo), porque vem de fora, é produzido pelo intérprete[10]. É, em razão

---

[7] Cfr. Eros Roberto Grau. A interpretação constitucional como processo. Cit. Pág. 41.
[8] Cfr. Eros Roberto Grau. A interpretação constitucional como processo. Cit. Pág. 40-1.
[9] Verificar a nota 16, abaixo.
[10] Agostinho Ramalho Marques Neto, para explicar isso, compara a interpretação jurídica com a psicanalítica, elucidando de modo extraordinário a questão: *"o significado da norma jurídica, por mais que o legislador se empenhe nesse sentido, jamais é unívoco, de modo que a interpretação não reproduz ou descobre o 'verdadeiro' sentido da lei, mas* ***cria*** *o sentido que mais convém a seu interesse teórico e político. Neste contexto, sentidos contraditórios podem, não obstante, ser verdadeiros. Em outras palavras, o significado da lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete. Pode-se perguntar agora, por oportuno, diante de* ***que texto*** *se encontram tanto o jurista quanto o psicanalista. Em ambos os casos, fala-se de uma* ***interpretação****, com uma conotação de restituição de um sentido oculto, no texto legal ou no discurso do analisando. Essa restituição, esse desvelamento de sentidos ocultos num texto parece estar suposto em qualquer interpretação, jurídica, psicanalítica ou não. É necessário esclarecer, todavia, (...) que o texto ao qual o analista empresta aquilo que FREUD designou como sua 'atenção flutuante', não é tanto o discurso que o analisando enuncia expressamente durante a sessão, quanto aquilo que* ***fura*** *esse discurso, que o atravessa, que lhe provoca giros de sentido totalmente inesperados e independentes de toda a intencionalidade (vale dizer: de toda resistência) que o eu do analisando possa aí ter posto,*

do intérprete poder adicionar algo à obra do legislador, que a hermenêutica adquire a sua essência construtiva[11].

Salientar essa tarefa de construção da norma é interessante, porque nela está implícito um exercício de cidadania, na medida em que, ao mesmo tempo, reconhece a necessidade de submeter o povo às leis, mas sem lhe retirar o poder de pensá-las criticamente e, com base nessa reflexão, buscar mecanismos legítimos de resistência a todas as formas de opressão e de tirania estatais.

Esse é o verdadeiro sentido do Estado Democrático de Direito que, por estar fundado na cidadania (art. 1º, inc. I, CF), é o avesso do arbítrio. Aliás, se todo o poder emana do povo, sendo apenas exercido por seus representantes (art. 1º, par. ún., CF), isso significa que as pessoas, inobstante a imposição coercitiva das leis, não perdem o poder de participar - e aqui o processo judicial ganha relevância, inclusive política - da atividade de aplicação do direito aos casos concretos, questionando, perante os órgãos competentes, a legitimidade da lei que os atingem[12]. Se assim não fosse, perderia-se a dimensão humana do instrumental jurídico, coisificando-o[13]. Destarte, a tarefa interpretativa está

---

sentidos que irrompem, por assim dizer, à revelia do analisando, e se presentificam como lapsos, atos falhos, troca de nomes, formações do inconsciente enfim. É este o discurso que efetivamente importa numa sessão de análise, discurso esse onde a ***literalidade*** *da Psicanálise fica evidenciada. Não é sem propósito que LACAN recomenda que esse discurso seja tomado* ***ao pé da letra****: 'Temos sempre que saber aproveitar os equívocos laterais'"* (Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In: *Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996. Pág. 29-30). Valendo-se de outra forma de argumentação, já ressaltava Roberto Lyra Filho: *"Os juristas, duma forma geral, estão atrasados de um século, na teoria e prática da interpretação e ainda pensam que um texto a interpretar é um documento unívoco, dentro de um sistema autônomo (o ordenamento jurídico dito pleno e hermético) e que só cabe determinar-lhe o sentido exato, seja pelo desentranhamento dos conceitos, seja pela busca da finalidade – isto é, acertando o que diz ou para que diz a norma abordada. Isto é ignorar totalmente o discurso da norma, tanto quanto o discurso do intérprete e do aplicador estão inseridos em um contexto que os condiciona; que abrem feixes de funções plurívoca e proporcionam leituras diversas. A moderna lingüística, a semiologia, a nova retórica, a nova hermenêutica já assentaram, há muito, que o procedimento interpretativo é material e criativo, não simplesmente verificativo e substancialmente vinculado a um só modelo supostamente ínsito na dicção da lei"* (*Por que estudar direito hoje?* Brasília: Edições Nair Ltda., 1984. Pág. 18-9).

[11] Segundo Ronald Dworkin, *"constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong"* (*Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. Pág. 52).

[12] *"As leis existem para ser cumpridas. Mas é preciso pensá-las criticamente. É preciso ter a curiosidade de investigar a quem elas aproveitam, que objetivos visam, e buscar, quando for o caso, por trás da lei, a justiça. (...). É preciso, de regra, respeitar a lei e a autoridade. Mas quando uma e outra não forem respeitáveis, é preciso valer-se do direito de resistência, que é a paixão que se ergue, acima da lei, pela justiça e pela liberdade"* (Luís Roberto Barroso. Direito e paixão. *Revista forense*, vol. 328. Pág. 329-330).

[13] Conforme Alfredo Augusto Becker, *"quando para a apreensão (ou transmissão) das idéias se elimina a fase intermediária de reflexão pelo raciocínio e se utiliza o mecanismo psíquico da ligação direta: sensação-ação, o indivíduo humano perde a possibilidade de ajuizar sobre a qualidade sadia ou nociva da conduta que lhe está sendo imposta (ou que ele pretende impor aos outros). Perde a oportunidade de aperfeiçoar o instrumental jurídico e substituir o que se tornou obsoleto (ou prejudicial) por novas regras jurídicas. Perde a humanidade. Coisifica-se"* (*Carnaval tributário*. 2ª ed. São Paulo: Lejus, 1999. Pág. 94).

voltada à busca da norma que melhor atenda aos anseios ético-sociais de justiça.

No entanto, na interpretação jurídica, a rigor, não se *reproduz* o texto da lei, uma vez que o intérprete, com vistas à construção da norma, não pode se limitar a repetir ou a copiar o enunciado legislativo, mas, valendo-se da argumentação jurídica, *produzir um sentido* concreto àquilo que estava previsto apenas abstratamente. Observe-se que, com isso, não se cria um novo enunciado legislativo, mas apenas se "completa" o sentido nele contido. É, nesse sentido, que existe, na interpretação jurídica, semelhança com o que ocorre na interpretação musical, onde não há uma única interpretação exata[14]. Por exemplo, a Sexta Sinfonia de Beethoven, quando interpretada pela Pastoral dirigida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente de quando executada pela Pastoral dirigida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim, embora ambas são corretas[15]. O que se pode discutir é qual é a *melhor* interpretação a ser dada, o que, ao contemplar a existência de mais de uma solução possível, implica a exclusão da existência de uma única solução correta[16].

---

[14] *"Se por 'interpretação jurídica' se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objecto 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 de várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correcta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito – no acto do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela é* ***a*** *norma individual, mas apenas que é* ***uma*** *das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral"* (Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*. 4ª ed. Trad. de Joao Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. Pág. 467). Meditando sobre a lição de Hans Kelsen, asseverou Celso Antonio Bandeira de Mello: *"A norma jurídica, com suas palavras, persiste no mundo do 'dever-ser'; os fatos e comportamentos assistem no mundo do 'ser', cada qual pertencendo a um plano lógico irredutível ao outro, como ensinou Kelsen. Sem embargo, a norma existe para ser aplicada e, para tanto, necessita ser entendida. É o problema da 'interpretação', que necessariamente precede a aplicação.* ***A interpretação é feita por homens, que entendem as normas em função dos conhecimentos aludidos. Assim, é a interpretação que especifica o conteúdo da norma****. Já houve quem dissesse, em frase admirável, que o que se aplica não é a norma, mas a interpretação que dela se faz. Talvez se pudesse dizer: o que se aplica, sim, é a própria norma, porque* ***o conteúdo dela é pura e simplesmente o que lhe resulta da interpretação****. De resto, Kelsen já ensinara que a norma é uma 'moldura'. De veras, quem lhe outorga, afinal, o conteúdo específico, em cada caso, é o intérprete, ubicado no mundo do 'ser' e, por isto, circunstanciado pelos fatores que daí advêm"* (*Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Pág. 620-1).

[15] Cfr. Eros Roberto Grau. *La doble desestructuración y la interpretación del derecho*. Trad. de Barbara Rosenberg. Barcelona: Bosch, 1996. Pág. 77-8.

[16] Essa questão, contudo, não é pacífica. Manuel Atienza, por exemplo, distingue os casos em fáceis, difíceis e trágicos. Os primeiros comportariam uma única solução, os segundos, mais de uma e, por fim, nos últimos, o intérprete não estaria diante de uma questão alternativa, mas de um verdadeiro dilema, pois não se poderia encontrar uma solução que não implicasse sacrifício de valor considerado jurídica ou moralmente essencial. Em suas palavras: *"na teoria padrão da argumentação jurídica, parte-se da distinção entre casos claros ou fáceis e casos difíceis; com relação aos primeiros, o ordenamento jurídico fornece uma resposta correta que não é discutida; os segundos, pelo contrário, caracterizam-se porque, pelo menos em princípio, é possível propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas pelo*

Por conseguinte, é possível concluir que a interpretação jurídica é um processo intelectivo *alógrafo* pelo qual, partindo-se de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação da norma.

Percebe-se, pois, que todos os atores, que participam da "cena jurídica", contribuem, cada um a sua maneira, na tarefa de "aplicação do direito", na medida em que o sentido a ser atribuído às regras e aos princípios jurídicos circula em um espaço público de comunicação, não sendo um privilégio nem do legislador, nem do juiz[17]. De outro modo, se isso não fosse verdadeiro, não ficaria célebre a frase de Piero Calamandrei: *"O advogado deve saber sugerir de forma discreta ao juiz os argumento que lhe dêem razão, de modo que este fique convencido de os ter encontrado por conta própria"*[18]. Com isso, instaura-se uma *sociedade aberta de intérpretes* do ordenamento jurídico[19], quebrando o mito de que o legislador ou o juiz tem um acesso privilegiado à verdade e, destarte, permitindo a colaboração de todos para se chegar a posições inovadoras[20], que melhor resolvam os problemas sociais e os conflitos de interesses.

Direito positivo. Mas o que parece ficar excluído, com essa proposição, é a possibilidade de uma terceira categoria, a dos casos trágicos. Um caso pode ser considerado trágico quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral (...). A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema" (*As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000. Pág. 335). Por outro lado, sustenta Teresa Arruda Alvim Wambier que *"o juiz não tem diante de si vários caminhos dentre os quais pode, indiferentemente, escolher um, sendo, todos, juridicamente lícitos e 'queridos' pela norma. Para o magistrado, há uma só solução, que há de ser tida como correta: a desejada pelo legislador e 'determinada' pela norma, ainda que o caminho para que se chegue até ela não seja dos mais fáceis"* (Limites à chamada "discricionariedade" judicial. *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, vol. 50. Pág. 95). De qualquer modo, não se pode ignorar que, se existisse uma única forma de aplicar uma regra jurídica, sem efeito ficaria a interpretação sistemática, que, diante da complexidade do sistema jurídico (o qual pode, inclusive, regular um mesmo assunto mediante mais de um preceito lingüístico), busca, dentro do ordenamento jurídico como um todo, a *melhor solução* para o conflito. Além disso, se somente uma solução fosse possível, não haveria a necessidade de se prever recursos e tribunais destinados à uniformização das questões de direito.

[17] Cfr. Carlos María Cárcova. Las cosas ya no son lo que eran antes. Apuntes sobre la complejidad y la esperanza. *Revista da Procuradoria geral do Estado do Paraná*, vol. VI. Pág. 29-30. De igual modo, afirmaram Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo, *"while judges have office and functions authorized by law, they have no special access to the law or to the sources of the law's deeper meaning"* (*An american civil procedure*. New Haven: Yale University Press, 1993. Pág. 75).

[18] Cfr. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Pág. 41.

[19] Cfr. Peter Häberle. *Hermenêutica constitucional*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. Pág. 13-4.

[20] Como explica Peter Burke, *"a inovação intelectual, assim como a inovação técnica, é uma espécie de bricolagem. Exercitamos nossas idéias em reação a outra idéias, sejam elas ouvidas em conversas, lidas em livros ou descobertas pela internet. Começamos a inovar não a partir de uma lousa em branco, e sim de algo que já existe, mas não parece satisfatório, ajustando-o para servir a novas circunstâncias e combinando elementos existentes de novas maneiras, até que surja algo reconhecidamente diferente, embora pertença à mesma família de idéias ou objetos"* (A propriedade das idéias. In: *Folha de São Paulo*, 24.6.2001. Caderno Mais! Pág. 16).

É o processo, enquanto espaço público de comunicação, que permite a construção da norma jurídica. Essa afirmação tem um alcance democrático extraordinário, pois rompe com as vertentes filosóficas do positivismo jurídico que visavam à criação de um Estado neutro quanto aos valores[21]. Calcada na idéia de que a lei representava sempre a vontade geral, acreditava-se que o sentido contido na regra legal era unívoco, devendo o juiz ser apenas a "boca da lei" (Montesquieu). Isso nada mais foi que um reflexo da desconfiança que a burguesia, ao proclamar a Revolução Francesa, atribuía aos juízes, considerados aliados da nobreza e do clero[22]. Felizmente, a construção democrática do Estado e da sociedade contemporâneas está baseada no pluralismo político, social, cultural e religioso, a fim de permitir a convivência dos contrários, a tolerante, harmoniosa e pacífica co-existência de toda espécie de antagonismos. Por isso, a lei não pode ser concebida como sendo a expressão da vontade geral, mas apenas a vitória em um conflito político; vale dizer, o resultado da vontade da força política dominante no Parlamento ou dessa vontade acordada com as outras vontades políticas também representadas no seio do Poder Legislativo. Como a lei é parcial e, sobretudo, procura oferecer condições para um determinado plano de governo, o grupo político dominante dela se serve para constituir o seu próprio projeto (político) de administração pública. Por isso, é importante não só recuperar a missão democrática do Poder Judiciário que, ao interpretar a lei, tem o dever de controlar a sua legitimidade, mas também ressaltar a importância de todos aqueles que, pelo acesso ao Judiciário, têm oportunidade de fazer frente ao "império da lei". Com efeito, o real alcance da cidadania, que é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. II, da CF), é resgatar, principalmente pelo mecanismo processual, a possibilidade dos cidadãos questionarem criticamente as regras que lhes são impostas, já que não são *escravos do poder* (ao contrário, o poder a eles pertence; art. 1º, par. 1º, da CF), nem se confundem com meros *intérpretes passivos de textos legislativos*[23], mas são os verdadeiros vigilantes da Democracia, rompendo a inércia do Poder Judiciário, para que este, valendo-se do exercício legítimo da jurisdição, construa, após a indispensável participação das partes a serem atingidas pela decisão judicial (art. 5º, inc. LIV e LV, CF), a norma jurídica que seja a mais adequada à promoção dos valores mais relevantes para a dignidade da pessoa humana e para o bem-estar social[24].

---

[21] Cfr. Ovídio A. Baptista da Silva. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1997. Pág. 192-219.

[22] Para a compreensão histórica e filosófica da passividade do juiz na aplicação da lei, cfr., dentre outros: Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1998. Pág. 146-8.

[23] A concretização disso passa pela reforma do ensino jurídico, porque, como bem salientou José Lamartine Correia de Oliveira: *"Sem boa formação jurídica, não pode haver restauração da primazia dos valores ético-jurídicos e, portanto, não pode haver liberdade e igualdade"* (A liberdade e o ensino jurídico. In: *Anais da VIII Conferência Nacional dos Advogados*. Manaus-AM, 18/5/1980. Pág. 129).

[24] *"A obrigação do juiz, de decidir o caso singular à luz de uma teoria que justifique o direito vigente como um todo a partir de princípios, é reflexo de uma obrigação* ***precedente*** *dos cidadãos, confirmada através do ato de fundação da constituição, de proteger a integralidade de sua convivência, orientando-se por princípios da justiça e respeitando-se reciprocamente como membros de uma associação de livres e iguais"* (Jürgen Habermas. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Pág. 258).

Portanto, as normas resultam da interpretação e os textos, enunciados ou disposições são apenas o *ordenamento em potência*, um conjunto de possibilidades de interpretação, um complexo de normas potenciais[25].

2.5. REPERCUSSÕES DO CONCEITO DE NORMA JURÍDICA

O significado das regras e dos princípios jurídicos (ou seja, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa produzido pelo intérprete.

Isso é interessante de ser notado, porque, na interpretação do direito, opera-se um acordo entre o caráter geral e abstrato dessas regras e princípios jurídicos e a sua aplicação concreta. A interpretação interliga a abstração e a concretude, permitindo a efetiva inserção do direito na vida das pessoas, valendo dizer que apenas na solução concreta há, efetivamente, Direito.

Isso parece relevante, pois o legislador, por mais que se esforce na tentativa de prever o futuro, não dá consegue regulamentar todas as situações. Recorde-se, à guisa de ilustração, dos contratos celebrados pela internet, das formas de procriação artificiais, da clonagem de animais e, eventualmente, de seres humanos, do turismo espacial etc. Todas essas situações já ocorrem na realidade (ou já se conhece grande parte da tecnologia para que isso seja possível em um futuro iminente), mas, ao menos no Brasil, ainda não mereceram disciplina legislativa. Por outro lado, não seria recomendável que todos esses fenômenos fossem imediatamente regulamentados, porque não haveria saber suficiente para prever todas as suas conseqüências positivas e negativas ou não houve tempo necessário para que esses avanços pudessem ser amplamente discutidos no meio social, de modo que a intervenção prematura do Estado poderia impedir o desenvolvimento científico e tecnológico. Ademais, caso o propósito fosse dar conta de tudo, as leis deveriam regulamentar todas as situações da vida, tornando ainda mais complexa a existência humana[26], além de ter de serem permanentemente

[25] Cfr. Eros Roberto Grau. *La doble desestructuración y la interpretación del derecho*. Cit. Pág. 69-70.

[26] A "bulimia" legislativa deve ser combatida quando prejudicial à preservação da esfera de liberdade das pessoas. Por isso, por exemplo, alguns autores se mostraram contrários a regulamentação das uniões não matrimonializadas, porque o Estado, ao editar as Leis 8.971/94 e 9.278/96, estaria invadindo o domínio da privacidade das pessoas e, com isso, retirando indevidamente a sua liberdade de organização da vida amorosa. Cfr.: João Batista Lopes. Família hoje. In: *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Pág. 84; Rodrigo da Cunha Pereira. Concubinato – União estável. In: *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. Pág. 521-2. Todavia, sob este aspecto, nos posicionamos em sentido contrário: cfr. Eduardo Cambi. As uniões extramatrimoniais no contexto da tendência de personificação do direito de família. In: *Repertório de doutrina sobre direito de família*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo de Oliveira Leite. São Paulo: RT, 1999. Pág. 137-140.

modificadas, ao menos no Brasil, onde predominam as construções legislativas analíticas[27].

Como as leis não são modificadas a todo instante (é o que ocorre, por exemplo, com o nosso Código Civil, que é de 1916), os textos podem permanecer os mesmos, não obstante as normas, em razão da interpretação, possam acompanhar, no mesmo tempo e ritmo, o que ocorre na realidade social.

Aliás, se a realidade social está em constante movimento, a interpretação do direito não pode se restringir a uma operação silogística entre o texto da lei e as circunstâncias dos caso concreto, mas ser um processo de contínua adaptação das regras e dos princípios, contidos no sistema jurídico, com aquilo que existe efetivamente e as complexidades que ela apresenta, em determinado momento histórico, social, econômico e cultural. É possível retirar essa *força normativa* da Constituição Federal de 1988, que, tendo contemplado os valores mais caros à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, permite a construção de método interpretativo que possibilita a releitura do direito infraconstitucional à luz da Lei Fundamental[28]. Por exemplo, o artigo 5º,

---

[27] Talvez nos EUA as coisas assim não se passassem. A Constituição norte-americana, elaborada em 17.9.1787, portanto, há mais de duzentos anos, continua a ser aplicada, embora a sua interpretação tenha sido modificada, pela Suprema Corte, conforme as circunstâncias históricas, culturais, políticas, sociais e econômicas. Por exemplo, em relação ao tema da segregação racial, o texto da Constituição permaneceu, mas sua interpretação jurisprudencial sofreu, pelo menos, três alterações: i) em 1857, em *Dred Scott v. Sandford*, a Suprema Corte afirmou que os escravos não poderiam ser considerados cidadãos norte-americanos, sendo tutelados, constitucionalmente, pelo direito de propriedade; ii) em 1896, em *Plessy v. Ferguson*, consolidou-se a doutrina do *"Separate but Equal"* (isto é, não havia violação da Constituição desde que os Estados tratassem igualmente brancos e negros, o que, na prática, significava que deveria haver, *v.g.*, um ônibus distinto para transportar cada uma das raças); iii) em 1954, em *Brown v. Board of Education*, iniciou-se o final da aplicação da doutrina do *"Separate but Equal"*, quando se considerou que ela não poderia ter aplicação nas escolas públicas. Cfr. Robert F. Tedeschi Jr. *The U.S. Constitution and fascinating facts about it*. 6ª ed. Naperville: Oak Hill Publishing Company, 1996. Pág. 53-4. Para uma compreensão da Constituição norte-americana, cfr.: Ellis Katz. The complete american constitution: state constitution and constitutional law in teh american federal system. Conferência do IV Congresso Nacional de Direito Constitucional, promovido pelo Instituto Pimenta Bueno, em São Paulo, de 31 de agosto à 2 de setembro de 1995. Texto inédito.

[28] Em outra oportunidade, já tivemos a oportunidade de salientar: *"A interpretação das leis conforme a Constituição apresenta-se como modelo racional aberto, ainda mais quando se considera a Constituição brasileira de 1988, que, sendo compromissória, reconhece a existência de interesses sociais contraditórios, optando pela construção jurídica de uma sociedade livre, justa e solidária, que promova o bem-estar e o desenvolvimento de todos, sem preconceitos ou outras formas de discriminação (art. 3º, inc. I e IV, CF). O modelo de interpretação conforme a Constituição, por ser um método arejado, rejeita a univocidade das soluções hermenêuticas, assegurando a possibilidade de realização da justiça no caso concreto"* (Eduardo Cambi. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. *Revista de processo*, vol. 96. Pág. 242. Nota 33). Verificar, ainda: Karl Engish. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6ª ed. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983; Pág. 147, 159 e 162; Clèmerson Merlin Clève. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional antecipatória). In: *Anais do seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: COAD, 1993. Pág. 49; Paulo Ricardo Schier. *Filtragem constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

inciso XIII, da CF assegura a liberdade de exercício profissional, atendidas as qualificações que a lei estabelecer. Neste sentido, seria razoável que a lei restringisse essa liberdade, impondo a necessidade do fabricante de cigarros inserir, nas embalagens dessas mercadorias, advertências sobre os prejuízos à saúde, já que, com isso, o consumidor estaria esclarecido dos males do tabagismo, os quais podem acarretar inclusive a morte (p. ex., câncer de pulmão), embora a indústria de tabaco não ficaria impossibilitada de exercer a sua atividade. Em contrapartida, partindo-se da premissa de que os doces e as tortas são menos sadios aos dentes que o pão, suponha-se que um partido de fanáticos de saúde ganhe a maioria no Congresso e, em um primeiro momento, proibisse a fabricação de doces e de tortas, e, posteriormente, vedasse a produção de pão branco, admitindo somente a fabricação do pão preto. O direito fundamental à liberdade de exercício profissional dos padeiros não correria o risco de desaparecer em razão dessa intervenção legislativa[29], podendo essa lei, que permite a fabricação apenas de pão preto, ser considerada inconstitucional, pelo controle judicial (difuso ou concentrado) da constitucionalidade das leis, uma vez que seria uma intervenção muito intensa nessa atividade profissional e a proteção à saúde (no caso, o combate à cárie etc), apesar de ser um bem jurídico relevante a ser tutelado pelo Estado, não mereceria uma regulamentação tão severa[30].

Em síntese, as normas jurídicas são sempre construídas, já que resultam da mediação entre o que o ordenamento jurídico prevê ou admite abstratamente e as circunstâncias concretas, o que permite concluir que as normas jurídicas podem ser consideradas um *gênero*, enquanto que as regras e os princípios jurídicos são *espécies*[31].

---

[29] Cfr. Robert Alexy. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. de Luís Afonso Heck. *Revista de direito* administrativo, vol. 217. Pág. 76-7.

[30] *"No caso-tabaco, a intervenção na liberdade de profissão tem somente uma intensidade muito pequena. A indústria de tabacos pode ainda ser ativa, também por propaganda. Ao fumante é tornado, como o tribunal muito bem diz, 'consciente somente um fundamento de consideração que deveria, segundo o nível de conhecimento médico atual ser universalmente consciente'. As razões que justificam a intervenção, a contenção dos prejuízos relativos à saúde causados pelo fumo que, muitas vezes, têm como conseqüência a morte, pelo contrário, são mais graves. A ponderação conduz, portanto, quase que obrigatoriamente à solução da colisão: a intervenção da liberdade da profissão é constitucional. No caso-padeiro as coisas estão ao contrário. A proibição de produzir doces, cucas e tortas intervém muito intensivamente na liberdade de profissão do padeiro. Isso ainda é reforçado quando acresce a proibição do pão branco. A saúde é, como mostra o caso-tabaco, sem dúvida, um bem de alta hierarquia, mas deve ser diferenciado. Aqui, trata-se, sobretudo, de adoecimentos dos dentes pelo consumo de comidas doces e macias. Impedir isso não é insignificante, contudo, talvez, de peso mediano. Com isso, também no caso-padeiro o resultado está fixado: a regulação que está em questão seria inconstitucional"* (Robert Alexy. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Cit. Pág. 78).

[31] Cfr. Robert Alexy. *Concetto e validità del diritto*. Trad. Fabio Fiore. Turim: Giulio Einaudi Editore, 1997. Pág. XXXIII; José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. Cit. Pág. 166.

2.6. CONCEITO DE PRINCÍPIO E O SEU SENTIDO JURÍDICO

"Princípio" é uma palavra vem do latim *principium*, significando o momento em que alguma coisa tem origem, começo, causa primária; ou o elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, teoria[32].

Afirmar que o princípio é uma causa primária ou um *motivo conceitual*, aparentemente, é nada dizer, pois não há nenhum referencial semântico perceptível aos sentidos[33].

Entretanto, não haver significantes suficientes para dar conta dos significados apenas aponta para a fragilidade da razão humana, que, indubitavelmente, não dá conta de tudo. Caso contrário, ter-se-ia que admitir que o homem é o senhor absoluto do universo.

De qualquer modo, há algo que as palavras não expressam, não conseguem dizer; isto é, *há sempre um antes do primeiro momento*, um lugar que nada se sabe, a não ser em um momento posterior, quando a linguagem começa a produzir efeitos, a fazer sentido[34].

Na origem de tudo, no *principium*, existe sempre um *mito* ou um *dogma* (crença religiosa) na existência de algo, que os sentidos não dão conta. O mito ou o dogma pode ser tomado como a *palavra* que é dita, para dar significado, a algo que, em sendo, não pode ser expressado pelos sentidos. É o caso, por exemplo, do *big-bang*, para a teoria física mais importante para explicar a gênese do universo (contudo, é possível perguntar: o que ocorreu um segundo antes do big-bang: não se sabe[35]! Conseqüentemente, a teoria científica mais evoluída para explicar a nossa existência dá margem à crença na existência de algo anterior); do dogma da santíssima trindade (isto é, a existência de três figuras distintas em um ente só: Deus-pai, Deus-filho e Deus-espírito santo; é uma questão de fé, pois escapa à nossa lógica sensorial)[36]; da gênese do Estado de Direito, mediante a teoria do contrato social (o qual é uma ficção, já que ninguém assinou esse contrato, pelo qual todos nós transferimos o poder que nos pertence para um ente, o qual representaria a vontade geral; com isso, renunciamos ao estado de natureza - no qual, segundo Hobbes, a igualdade e a liberdade total conduziria à guerra de todos contra todos - para a criação da sociedade civil, baseada na soberania absoluta do Estado, o qual tem a missão de garantir a paz, a autoridade efetiva e, em última *ratio*, a única sociedade

---

[32] Cfr. Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 11ª ed. São Paulo: Editora Civilização Brasileira, 1969. Pág. 981.
[33] Cfr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Introdução aos princípios gerais do processo penal. *Revista jurídica* (UFPR), vol. 30. Pág. 163.
[34] Cfr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Introdução aos princípios gerais do processo penal. Cit. Pág. 164.
[35] Cfr. Marcelo Gleiser. *A dança do universo. Dos mitos de criação ao big-bang*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
[36] O Papa João Paulo II, procurando conciliar a razão com a fé cristã, observa: *"a fé requer que o seu objeto seja compreendido com a ajuda da razão; por sua vez a razão, no apogeu da sua indagação, admite como necessário aquilo que a fé apresenta"* (Carta Encíclica *Fides et Ratio*. São Paulo: Paulinas, 1998. Pág. 60).

justa possível[37]); da existência de uma norma fundamental hipotética (a *Grudnorm* de Hans Kelsen) para explicar a teoria pura do Direito[38].

Entretanto, a existência de um *mito* ou de um *dogma* na origem do Direito serve para desmistificar a noção de que o sistema jurídico é auto-suficiente, que se basta a si mesmo. A partir do reconhecimento disso, é possível também censurar o legalismo radical (*dura lex sed lex*), daqueles que ora ignoram a realidade ora consideram a lei como a panacéia de todos os problemas cotidianos.

Reconhecer que não se consegue dar conta do todo, não significa acomodação. A propósito, o saber (científico[39] ou empírico) se insere nesse raciocínio. É fácil compreender porque é impossível saber tudo de tudo, na medida em que o todo implica o conhecimento das suas partes e conhecer todas as partes de todas as coisas é uma atividade desumana (quiçá divina)[40]. Socraticamente, na medida que mais se sabe, menos se sabe, porque, quanto mais conhecimento se tem, maior é o campo aberto para outras espécies de questionamentos. A satisfação está em saber bem alguma coisa e estar disponível para apreender sempre mais daquilo que não se conhece, adicionando, pelas teorias ou pela experiência, formas mais adequadas (ou seja, menos sofridas) de compreensão dos nossos sentimentos e da realidade em que vivemos. Aliás, somente têm certezas aqueles que não pensam ou, por encontrarem-se na posição talvez "confortável" dos conformistas, já não pensam mais[41]. Assim, o que se tem é possível *gozar* (usar, possuir, desfrutar,

---

[37] Cfr. Boaventura de Souza Santos. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. Pág. 133.

[38] Cfr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Introdução aos princípios gerais do processo penal. Cit. Pág. 164.

[39] *"Nenhum acervo científico é dominado sem esforço metódico, demorado, persistente – tanto mais necessário, quando se trata de abrir caminhos, quebrar as rotinas e inovar. O bom estudante não é borboleta, é incansável pica-pau, capaz de perfurar a rija madeira dos conceitos e teorias"* (Roberto Lyra Filho. Por que estudar direito hoje? Cit. Pág. 26).

[40] Como bem elucidou Francesco Carnelutti, *"a coisa é uma parte; ela **é** e **não é**; pode ser comparada a uma moeda sobre cuja cara está gravada o seu ser e, sobre a sua coroa, o seu não ser. Mas para conhecer a verdade da coisa, ou digamos, precisamente, da parte, necessita-se conhecer, tanto a sua cara, quanto ta sua coroa: uma rosa é uma rosa, ensinava a Francesco, porque não é alguma outra flor; queria dizer que para conhecer para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para chegar à verdade, é necessário conhecer não somente o que a rosa é, mas também aquilo que ela não é. Por isso, a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa. E quando digo uma coisa, refiro-me, também, a um homem. Em síntese, a verdade está no **todo**, não na **parte**; e o todo é demais para nós"* (Verdade, dúvida e certeza. Trad. de Eduardo Cambi. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, vol. 9. Pág. 606-7).

[41] Conforme Eros Roberto Grau, a *"Historia enseña que nada es irreversible. La cotidianidad nos muestra que solamente los que ya no pensam tienen certezas"* (*La doble desestructuración y la interpretación del derecho*. Cit. Pág. 38). Também sobre isso já escrevemos: *"É preciso acordar do sono confortável e conformista, produzido pelo raciocínio jurídico neutro e hermetizado e, por isso, alienante e incapaz de solucionar dignamente os litígios que pulsam no cotidiano. Trata-se, pois, de combater os efeitos perniciosos decorrentes do dogma da razão iluminista, buscando outro modelo racional, menos repressor, que não tome o homem como escravo de verdades pré-concebidas, unívocas e intocáveis"*. Cfr. Homenagem a José Lamartine Correa de Oliveira Lyra e a seus alunos (e colegas), nossos professores

aproveitar das vantagens de) e aquilo que não se têm passa-se a *desejar* (ambicionar, cobiçar, ter empenho em), ou seja, o gozo se coloca na coisa possuída e o desejo se coloca na falta de alguma coisa.

No Direito, os princípios podem ser vistos como *standards* juridicamente vinculantes baseados na "idéia de direito"[42] ou nas exigências de "justiça"[43].

Portanto, os princípios jurídicos condensam os valores mais relevantes para se dizer o que o Direito é e para que se destina.

2.7. DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E VALORES

Porém, os princípios não se confundem com os valores[44], pois: i) o princípio têm um *grau de concretização* maior que os valores, possuindo um início de previsão e de conseqüência jurídicas; ii) os princípios estão dotados de *sentido deontológico* (a deontologia é a parte da filosofia em que se estudam os fundamentos e os sistemas de moral), enquanto que os valores estão dotados de *sentido teleológico* (a teleologia é o conjunto de especulações aplicadas à noção de finalidade, de causa final); iii) os princípios obrigam os seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprir as expectativas generalizadas de comportamento, enquanto que os valores devem ser compreendidos como sendo *preferências intersubjetivamente compartidas*; expressam o *caráter preferencial* de bens pelos quais se considera, em coletividades específicas, que vale a pena lutar e que são adquiridos ou realizados por ações distintas a objetivos ou finalidades. Por esta razão, os valores são *bens atrativos* e os princípios, *normas em potencial*.

---

homenageados. In: *Discursos e homenagens* (Colação de Grau da Turma 1993/97 da UFPR). Curitiba: JM, 1997. Pág. 29.

[42] Cfr. Karl Larenz. *Metodologia da ciência do direito*. 2ª ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. Pág. 200.

[43] Cfr. Ronald Dworkin. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. Pág. 22.

[44] Cfr. Robert Alexy. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Pág. 138-172; Claus Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Cit. Pág. 31 e 87; Eros Roberto Grau. *La doble desestructuración y la interpretación del derecho*. Cit. Pág. 27-8 e 106.

2.8. DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICAS

Ademais, os princípios são diferentes das regras jurídicas[45], porque: i) têm maior grau de abstração e, por conseguinte, menor densidade normativa (vale dizer: possuem uma série de hipóteses, *facti species* ou *tatbestand* indeterminados, enquanto que as regras são caracterizadas por *facti species* determinadas); ii) há um grau de diferença entre as regras e os princípios: as regras se aplicam por *subsunção*, pois seu conteúdo é preciso (são *preceitos definitivos*); já os princípios se aplicam por *ponderação*, pois ordenam a realização de algo na medida do possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas, sendo, pois, *preceitos de otimização*[46], que podem ser cumpridos em diversos graus; em razão disso, os princípios produzirem uma sensação de "incompletude" no sistema jurídico, servindo como *válvula de abertura* para contemplar situações jurídicas novas, complexas ou limítrofes (que se encontram em uma "zona de penumbra ou campo cinzento"), além de servir como um modo de satisfazer as aspirações éticas-essenciais do direito[47]; iii) podem ser expressos ou implícitos (ou, de outro modo, pode-se falar também em princípios *positivos* de direito e em princípios *gerais* de direito), ao contrário das regras jurídicas, que são sempre explícitas; iv) violar um princípio é mais grave que violar uma regra, porque quem viola uma regra infringe um mandamento específico, enquanto que a violação de um princípio implica a insurgência contra todo um alicerce axiológico do sistema jurídico[48]; v) o conflito entre regras jurídicas resulta em *antinomia*, o que faz com que somente uma delas seja aplicada, sendo a outra excluída ou eliminada do sistema, por imposição de critérios como o de que *lex superior derrogat inferior*, *lex specialis derrogat generalis* e *lex posterior derrogat priori*[49]; por outro lado, o confronto entre dois princípios jurídicos não resulta em *antinomia*, isto é, não se exige que um deles seja eliminado para que o outro possa ser aplicável: a opção do intérprete por um não significa a desobediência do outro, pois não têm a *pretensão da exclusividade*, podendo entrar em oposição ou em contradição entre si (ou seja, podem ser *ajustados*, de modo que, por uma solução "intermédia", a oponibilidade interna se resolve em um compromisso), o que dá

---

[45] Cfr. Robert Alexy. *Teoria de los derechos fundamentales*. Cit. Pág. 81-138; Robert Alexy. *Concetto e validità del diritto.* Cit. Pág. XXXIII-IV e 73-4; Robert Alexy. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Cit. Pág. 74-5; José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. Cit. Pág. 166-7; Eros Roberto Grau. *La doble desestructuración y la interpretación del derecho*. Cit. Pág. 100-4; Manuel Atienza. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. Cit. Pág. 222; Claus Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Cit. Pág. 88 e 205-6; Karl Engish. *Introdução ao pensamento jurídico*. Cit. Pág. 318-25.

[46] Em sentido contrário, Jüngen Habermas sustenta que os princípios não podem ser entendidos como *preceitos de otimização*, porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica, atribuindo-os uma estrutura teleológica. Cfr. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I.Cit. Pág. 258.

[47] *"La pretesa di giustezza esige che, se possibile, nel caso dubbio, abbia costantemente luogo una ponderazione e di consequenza una considerazione di principi"* (Robert Alexy. *Concetto e validità del diritto*. Cit. Pág. 77).

[48] Cfr. Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. Cit. Pág. 772.

[49] É possível ir além desses critérios tradicionais e sustentar que o conflito entre duas regras jurídicas, ou a obtenção da norma adequada ao caso concreto, é resolvido pela aplicação de um princípio, em virtude da sua posição hierárquica mais elevada.

flexibilidade aos princípios, oferecendo mais de uma solução ao problema do confronto entre dois bens jurídicos, permitindo-se encontrar um meio-termo entre a vinculação e a não-vinculação, e, destarte, levar a sério à Constituição sem exigir soluções impossíveis ("reserva do possível")[50]; com efeito, os conflitos entre regras ocorrem na *dimensão da validade*, enquanto que os conflitos entre os princípios resultam em uma *questão de peso* (ou seja, o princípio menos relevante acaba por ceder espaço ao princípio mais relevante a ser aplicado a uma situação fática, sem, com isso, haver a sua exclusão)[51]; vi) por fim, os princípios têm papel fundamental no ordenamento jurídico (posição hierárquica mais elevada) e têm natureza *normogênica* das regras jurídicas: em razão disso, não há conflitos antinômicos entre regras e princípios jurídicos, uma vez que as regras concretizam os princípios (as regras determinam situações fáticas que são indeterminadas pelos princípios). De modo que, o que pode ocorrer, é a regra não ter concretizado adequadamente determinado princípio, o que resulta na sua perda de *eficácia*, bem como justificam interpretações *contra legem*, quando a regra, por ventura, contrariar um princípio jurídico[52].

2.9. ESCOLHA DO PRINCÍPIO A SER APLICADO E CRITÉRIOS PARA CONSIDERAR A "CORREÇÃO" DA NORMA JURÍDICA

Como não existe uma regra de valoração dos princípios, isto é, um texto lingüístico que oriente o intérprete a aplicar um determinado princípio em

[50] *"A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela tem ainda uma outra qualidade que, para os problemas teóricos-constitucionais que devem aqui se considerados, é de grande significado. Ela possibilita um meio-termo entre vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validez ou não-validez. Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não-vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma 'reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade'. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação"* (Robert Alexy. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Cit. Pág. 79).

[51] Nas palavras de Jürgen Habermas, *"no conflito de princípios, não se faz necessária uma decisão do tipo "tudo ou nada". É certo que um determinado princípio goza de primazia, porém não a ponto de anular a validade dos princípios* ***que cedem o lugar****. Um princípio passa à frente de outro, conforme o caso a ser decidido. No desenrolar dos casos, estabelece-se entre os princípios uma ordem transitiva, sem que isso arranhe sua validade"* (*Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Cit. Pág. 259).

[52] A propósito, Manuel Atienza admite a interpretação *contra legem* em duas situações: a) quando o texto contém uma *contradição lógica*, de modo a não haver nenhuma leitura possível capaz de afastá-la; b) quando existe um *absurdo axiológico*, ou seja, quando a interpretação lingüística da lei faz com que o seu texto frustre os seus próprios objetivos ou, então, torne-os irrealizáveis, isto é, contrariem totalmente os princípios jurídicos ou os valores da justiça, ou do senso comum. Cfr. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. Cit. Pág. 222.

detrimento do outro, quando venham a se opor, a *dimensão do peso* ou a *importância dos princípios* deve ser ponderada diante das circunstâncias do caso concreto.

Por outro lado, não seria recomendável a existência de uma espécie de *tábua de valoração* dos princípios – a exemplo do sistema da prova legal existente na Idade Média (quando se privilegiava a classificação da prova em plena, semiplena ou pleníssimas, baseada na *quantidade* da prova[53]), o qual caiu em desuso, porque, mais importante do que a *quantidade* da prova, é a sua *qualidade*, a ser livremente analisada, discutida, valorada, em face das circunstâncias do caso concreto – já que isso engessaria o mecanismo de abertura do sistema jurídico às novas situações fáticas ou a outros *standards* (sociais, econômicos, políticos etc), ainda que voltados ao tratamento de antigas questões de fato, além de retirar a sua função implícita de servir de modo de satisfação ética das aspirações do Direito.

Conseqüentemente, os princípios visam à busca de coerência e de harmonização da complexidade a que o sistema jurídico procura regular. Por isso, a *força dos princípios* deve nortear a tarefa de interpretação jurídica.

Portanto, a norma obtida pelo processo, com auxílio dos métodos hermenêuticos, decorrentes da valoração dos princípios e das regras jurídicas, pode ser considerada correta quando: i) a solução encontrada puder se inserir na moldura do ordenamento jurídico; ii) a sua aplicação seja justificada por um processo anterior, com ampla oportunidade de participação dos juridicamente interessados, e com uma motivação considerada razoável para legitimá-la socialmente; iii) forem observados os valores dominantes no momento (histórico, ético, político, econômico, cultural etc) em que a decisão é tomada.

3. JUSTIÇA, SEGURANÇA JURÍDICA E O MECANISMO PROCESSUAL

Justiça e segurança são dois valores inerentes ao Direito e a serem concretizados pelo processo.

A finalidade do Direito, a ser implementada pelo mecanismo processual, é promover, nos casos individuais, decisões justas (corretas) e, em nível de organização e estabilidade sociais, a aplicação uniforme das regras e dos princípios jurídicos.

[53] O número das testemunhas variava segundo a época, o lugar e a natureza do direito a ser provado. Por exemplo, para se fazer prova contra um cardeal eram necessárias de doze até quarenta testemunhas, enquanto oito a dezesseis burgueses seriam suficiente para fazer prova contra um conde ou um barão. Já o depoimento das mulheres, independente do seu número, era considerado insuficiente, devendo ser integrado pelo testemunho de, pelo menos, um homem. Cfr. Mauro Cappelletti. Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil. In: *Proceso, ideologías, sociedad*. Trad. Santiago Sentis Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974. Pág. 36-7 e 83-4.

O conceito de justiça não é unitário nem unívoco, justamente por se tratar de um valor ético fundamental para o Direito. No entanto, parece inegável reconhecer um vínculo entre a justiça e a igualdade, a ponto de se poder afirmar que a justiça consiste em tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida (proporção) dessa diferença[54]. Em outras palavras, o justo consiste em dar a cada um o que lhe é devido. Dessa maneira, o problema da justiça se coloca na determinação do que é "devido", recaindo sobre a correta aplicação das regras e dos princípios jurídicos[55].

Aliás, não poderia ser diferente. A sociedade não poderia ficar submetida à noção subjetiva de justiça de cada juiz, já que, se assim fosse, a justiça estaria dissociada da segurança jurídica, o que, não raro, redundaria em arbítrio. Conseqüentemente, a norma deve ser construída pelo magistrado, no processo, após ampla participação das partes envolvidas no litígio, com fundamento em *standards* ou critérios objetivos[56].

Por isso, a justiça deve ser ponderada com a segurança jurídica, que também é um dos valores essenciais ao Direito.

Proporcionar uma certa estabilidade e um mínimo grau de certeza às relações sociais são as preocupações inerentes à noção de segurança jurídica. O sistema jurídico deve prever, de antemão, o que as pessoas devem ou podem fazer, tendo em vista os resultados ou as conseqüências imputáveis

---

[54] Cfr. Claus Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Cit. Pág. 75.

[55] *"A justiça representa, antes de tudo, uma preocupação com a igualdade, o que pressupõe a correta aplicação das regras de direito, evitando-se o arbítrio, e com a proporcionalidade, vale dizer, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, mas na proporção de sua desigualdade e de acordo com seus méritos. A cada um de acordo com suas necessidades e exigindo-se de cada um conforme suas possibilidades. O problema central consiste, todavia, em determinar o 'devido', o justo meio, dando-se a cada um de acordo com seu trabalho e a utilidade social do que produz"* (Francisco Amaral. *Direito Civil. Introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Pág. 16). A propósito, Aristóteles já havia mencionado: *"tanto o homem como o ato injustos são ímprobos ou iníquos. Agora se torna claro que existe também um ponto intermediário entre as suas iniqüidades compreendidas em cada caso. E esse ponto é a eqüidade, pois em toda espécie de ação em que há o mais e o menos também há o igual. Se, pois, o injusto é iníquo, o juiz é eqüitativo, como, aliás, pensam todos mesmo sem discussão. E, como o igual é um ponto intermediário, o justo será um meio-termo"* (*Ética à Nicômaco*. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Pág. 124-5). Para considerações mais específicas sobre a justiça, verificar, dentre outros: Agnes Heller. *Além da justiça*. Trad. de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998; John Rawls. Una teoria della giustizia. 6ª ed. Trad. de Ugo Santini. Milão: Feltrinelli, 1997; Felix E. Oppenheim. Justiça. In: *Dicionário de política*. Vol. I. 12ª ed. Coord. Norberto Bobbio *et alli*. Brasília: Editora UnB, 1999. Pág. 660-6; Alf Ross. *Direito e justiça*. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000. Pág. 313-334; Chaïn Perelman. *Ética e direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Pág. 3-358; Jaime Gasp. *Derecho*. Madri: Hergon, 1971. Pág. 325-37.

[56] Cfr. Benjamin N. Cardozo. *A natureza do processo e a evolução do direito*. 3ª ed. Trad. de Lêda Boechat Rodrigues. Porto Alegre: AGE, 1978. Pág. 103; Juarez Freitas. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 34. Pág. 63; Humberto Theodoro Jr. O juiz e a revelação do direito "in concreto". *Informativo INCIJUR*, vol. 22. Pág. 5; Sergio Alves Gomes. *Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado Direito Democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Pág. 57-60.

aos seus atos. A segurança jurídica traduz esse conhecimento prévio dos direitos e dos deveres, permitindo o convívio social sem comoções abruptas ou surpresas inesperadas.

Com isso, o ordenamento jurídico nada mais faz do que refletir o sentimento comum de *previsibilidade*, pois as decisões e os comportamentos humanos são determinados pelas conseqüências que a ação ou a omissão das pessoas podem produzir, a curto, médio ou longo prazos. É essa previsibilidade que condiciona e impulsiona os seres humanos. Resguardar certo grau de estabilidade e certeza é tão importante para o sistema jurídico que, em vários institutos, como o princípio da não-retroatividade das leis, do respeito ao ato jurídico perfeito, do direito adquirido, da coisa julgada, da prescrição e da decadência etc, essas preocupações se tornam evidentes[57].

Como, para haver segurança jurídica, exige-se uma abstração das circunstâncias individuais e, para haver decisões justas, é imprescindível considerar as peculiaridades do caso concreto, pode haver um dilema entre aplicar o direito positivo, mesmo que consagre injustiças, ou, afastar-se dele, para que, considerando-se a realidade inerente à controvérsia, fazer-se a justiça[58]. Cabe à jurisprudência, dentro de seu escopo de exegese dos princípios e das regras, enquanto fonte racional do Direito, resolver essa tensão de modo que tanto a segurança jurídica quanto a justiça da decisão sejam realizadas[59].

Em outras palavras, de um lado, é imprescindível haver critérios objetivos para a aplicação do direito, sob pena de contemplar subjetivismos e arbitrariedades, e, de outro lado, o operador jurídico não pode perder de vista que o Direito é um fenômeno sócio-cultural, não sendo um sistema "puro", e que reduzir o conceito de norma ao direito positivo é desconsiderar as circunstâncias do caso concreto, o que permitiria a obtenção de decisões injustas.

A segurança jurídica é um dos valores fundamentais para o Direito, mas não é o único valor fundamental, devendo ser, por isso, ponderado juntamente com a justiça[60].

---

[57] Cfr. Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. Cit. Pág. 92-4; Francisco Amaral. *Direito civil. Introdução*. Cit. Pág. 18-20; Eduardo Cambi. Jurisprudência lotérica. *Revista dos tribunais*, vol. 786. Pág. 108-128.

[58] Cfr. Karl Engish. *Introdução ao pensamento jurídico*. Cit. Pág. 319-320.

[59] Consoante assevera Jürgen Habermas, o *"problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir a* ***segurança jurídica*** *e a* ***correção***" (*Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Cit. Pág. 247). De igual modo, Mennicken sustenta: *"Escopo da interpretação é uma compreensão da norma tal que torne possível a decisão justa no caso concreto. O juiz chega à decisão justa no caso concreto especialmente resolvendo em certa direcção a tensão entre segurança jurídica e justiça..."* (*Apud* Karl Engish. *Introdução ao pensamento jurídico*. Cit. Pág. 200-1).

[60] Cfr. Robert Alexy. *Concetto e validità del diritto*. Cit. Pág. 53.

Portanto, a segurança jurídica não pode ser construída em moldes positivistas, separando-se, em um lado, a previsão de regras e princípios a serem aplicados antes da ocorrência do caso concreto e, em outro, pessoas submetidas a qualquer imposição coercitiva decorrente de um juiz "neutro", passivo, que sirva apenas para declarar "o" sentido abstrato já previsto pelo legislador.

A previsibilidade da aplicação de um preceito abstrato a um caso concreto não é absoluta, mas é variável segundo critérios racionais que devem ser explicitados no transcurso processual.

O processo judicial ressalta a importância de incluir os cidadãos na tomada de decisões, porque a *legitimidade* das imposições jurídicas implica o reconhecimento prévio da cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo, juntamente com o acesso à justiça, uma garantia ineliminável, na medida em que tem a função de permitir que todo ato coercitivo seja prévia ou posteriormente questionado, evitando injustiças. É, em razão disso, que a garantia constitucional do devido processo legal – a qual, em essência, contempla toda extensão do direito ao *processo justo*[61] - adquire extrema relevância democrática, pois impede restrições indevidas às esferas jurídicas dos cidadãos, exigindo a pré-existência do mecanismo processual, pelo qual os litigantes têm oportunidade de deduzir as suas razões e as suas defesas, alegando e demonstrando fatos, dos quais, pela sua aderência às regras e aos princípios contidos dentro da moldura do ordenamento jurídico, venham a obter a tutela dos seus Direitos.

Logo, a segurança jurídica não se completa no enunciado lingüístico da regra jurídica que, por mais bem elaborada que seja, não pode prescindir das circunstâncias de fato que pode ensejar ou não a sua aplicação; também não pode ignorar o direito do cidadão argumentar antes de restar submetido à norma, nem, tampouco, presumir que "o" sentido previsto abstratamente pelo legislador vai ser "o" sentido atribuído concretamente pelo juiz. Assim, o processo - em razão da previsão antecipada de atos necessários à discussão das questões de fato e de direito, bem como da efetiva oportunização das garantias do contraditório e da ampla defesa - funciona como um *mecanismo dialético*[62], o qual permite assegurar a verdadeira segurança jurídica, que é aquela que não se contenta com qualquer decisão, já que o que realmente importa é a sua *qualidade* (isto é, a sua correção, a ser aferida pelos seus fundamentos relevantes e não arbitrários), capaz de dar a cada um dos litigantes o que lhe é devido[63].

---

[61] Segundo Nelson Nery Jr., *"bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do* ***due process of law*** *para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios são espécies"* (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999. Pág. 30). Verificar, ainda: Eduardo Cambi. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. Pág. 109-111.

[62] Cfr. Piero Calamandrei. *Processo e democrazia*. Padova: CEDAM, 1954. Pág. 123.

[63] *"Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito à pretensão a um processo eqüitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter segurança de que, no processo, serão decisivos para a*

Com isso, também é possível concluir que o problema da justiça da decisão não se resume à escolha da melhor regra ou princípio ao caso concreto; a decisão justa deve ser vista como uma das possíveis escolhas, dentre as várias hipóteses de fato e de direito existentes, que o magistrado toma para resolver uma controvérsia.

Dessa maneira, três são os critérios de justiça que podem ser apontados para a decisão: i) a correção da escolha e da interpretação da regra jurídica aplicável ao caso concreto; ii) a reconstrução fiel dos fatos relevantes do caso; iii) a utilização de um procedimento válido e justo para chegar à decisão[64]. No entanto, nenhum desses critérios basta, por si mesmo, para se obter uma decisão justa, sendo, todos os três, imprescindíveis para que este escopo processual seja alcançado. Por exemplo, de nada adiantaria uma interpretação correta das regras jurídicas se não houvesse uma reconstrução fiel dos fatos relevantes do caso concreto e vice-versa; do mesmo modo, de nada adiantaria a correta exegese das regras jurídicas e a fiel reconstrução dos fatos, se não fosse assegurado o contraditório entre as partes, se as partes não tiveram todas as oportunidades possíveis de exercer seu direito de defesa, se o órgão judicial fosse absolutamente incompetente para julgar a causa ou não motivasse adequadamente a decisão etc[65].

Portanto, o problema da decisão justa passa a ser o da escolha da *melhor*, dentre as várias hipóteses, decisão[66].

CONCLUSÃO

As regras, os princípios e os valores são os pressupostos da construção ideológica do Direito, porque acabam servindo como apoios argumentativos indispensáveis à fundamentação e à legitimação das decisões jurídicas.

A boa ou a má utilização desses pressupostos vai determinar o grau de concretização dos direitos no contexto democrático. Logo, é preciso não descuidar da *retórica da legitimação*, baseada, geralmente, na corrupção da linguagem como parte essencial da opressão política, pela qual a "defesa do indefensável" se faz mediante eufemismos, falsos períodos verbais, frases pré-fabricadas; enfim, todos os abusos semânticos, aplicados ao discurso jurídico,

---

sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então essa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa da comunidade jurídica interessada em sua integralidade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhe são próprios" (Jürgen Habermas. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Cit. Pág. 274).

[64] Cfr. Michele Taruffo. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997. Pág. 319.

[65] Cfr. Michele Taruffo. Idee per una teoria della decisione giusta. Cit. 320.

[66] Cfr. Michele Taruffo. Idee per una teoria della decisione giusta. Cit. Pág. 319.

constituem formas de tirania. Nesse passo, basta lembrar George Orwell, que, em sua famosa fábula, explicitando essa maneira de utilização da linguagem, deixa isto bem claro, no momento em que os Sete Mandamentos da Granja dos Bichos são reduzidos para um único, qual seja: *"Todos os animais são iguais, mas alguns animais são mais iguais que os outros"*[67]. Conseqüentemente, além da ameaça da utilização da força policial, a arma mais poderosa para combater a democracia é a *palavra*.

Em uma época marcada pelo triunfo absoluto do capitalismo econômico, os direitos fundamentais e os valores mais caros à dignidade humanas, ainda que estejam previstos no texto constitucional, são cada vez mais desprezados; o sacrifício desses direitos é justificado por cálculos monetários e razões de governo, que sensibilizam alguns juízes induzidos pelo recorrente medo da "falência do Estado". O temor de esta permanente crise vir a piorar cede espaço para a construção de um Direito submisso aos cânones da Economia, nem sempre marcados por um mínimo de preocupações éticas, o que acaba por reduzir o instrumental jurídico a uma mera técnica voltada a legitimar um programa de governo, quase sempre refém de forças econômicas hegemônicas movidas pelo capital estrangeiro. Com efeito, ignora-se o potencial humanizante contido na Constituição, modificando-se o *critério hierárquico* da aplicação do Direito, que deixa de ser o zelo pela pessoa humana.

A crença democrática procura romper com essa *cegueira*, disfarçada em uma suposta neutralidade axiológica. O Direito, para legitimar-se socialmente, deve estar conectado com a realidade vivida. Deve estar aderente, em nosso país, aos anseios de sua população, que é miserável, em todos os níveis (econômico, cultural, político etc). Desse maneira, a "melhor interpretação" dos pressupostos ideológicos do Direito é aquela que concretiza de modo mais eficiente a carga humanizante contida nas regras, princípios e valores que permeiam nosso sistema jurídico.

A norma, baseada nesse paradigma de construção, serve de conexão entre a teoria crítica do Direito Positivo e a obtenção de uma prática emancipatória. Rompe com a mera consagração formal de direitos fundamentais, para dar efetividade aos anseios sociais mais relevantes à felicidade e à satisfação humanas, indissociadas do bem-comum.

Aposta-se, destarte, que o processo democrático de criação da norma jurídica é a sua fonte de legitimação. Neste contexto, o processo judicial, observando as suas garantias essenciais, que estão todas enfeixadas no *devido processo legal*, expresso na Constituição Federal, é a melhor forma de redução da complexidade jurídica. Por seu intermédio, o Estado-juiz – responsável por dizer o Direito nos casos concretos - dialoga com os cidadãos, submetidos ao "império das leis".

[67] Cfr. *A revolução dos bichos.* Trad. de Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Editora Globo, 2000. Pág. 112.

Portanto, ao permitir o questionamento das imposições legais, o processo judicial, promovendo a participação dos cidadãos nas tomadas de decisões, é o que melhor se ajusta à legitimação do exercício do poder estatal. No entanto, isso pode não deixar de ser uma crença democrática, uma hipótese de construção de pensamentos críticos ou uma técnica razoável de solução de conflitos, a depender de como se dará a inserção dos sujeitos nesse processo. Com efeito, o problema se desloca do Direito Positivo e volta a ser do homem, razão última de todos os esforços teóricos que o instrumental jurídico deve buscar encontrar para a melhoria da qualidade de vida das pessoas de carne e osso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Concetto e validità del diritto*. Trad. Fabio Fiore. Turim: Giulio Einaudi Editore, 1997.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. de Luís Afonso Heck. *Revista de direito* administrativo, vol. 217.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

BARCELONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. Trad. de José Roque. São Paulo: Ícone, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Direito e paixão. *Revista forense*, vol. 328.

BURKE, Peter. A propriedade das idéias. In: *Folha de São Paulo*, 24.6.2001. Caderno Mais!

BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário*. 2ª ed. São Paulo: Lejus, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Padova: CEDAM, 1954.

_____. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

CAMBI, Eduardo. Homenagem a José Lamartine Correa de Oliveira Lyra e a seus alunos (e colegas), nossos professores homenageados. In: *Discursos e homenagens* (Colação de Grau da Turma 1993/97 da UFPR). Curitiba: JM, 1997.

_____. As uniões extramatrimoniais no contexto da tendência de personificação do direito de família. In: *Repertório de doutrina sobre direito de família*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo de Oliveira Leite. São Paulo: RT, 1999.

_____. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. *Revista de processo*, vol. 96.

_____. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

_____. Jurisprudência lotérica. *Revista dos tribunais*, vol. 786.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Antônio Mendes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil. In: *Proceso, ideologías, sociedad*. Trad. Santiago Sentis Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974.

CÁRCOVA, Carlos María. Las cosas ya no son lo que eran antes. Apuntes sobre la complejidad y la esperanza. *Revista da Procuradoria geral do Estado do Paraná*, vol. VI..

CARDOZO, Benjamin N.. *A natureza do processo e a evolução do direito*. 3ª ed. Trad. de Lêda Boechat Rodrigues. Porto Alegre: AGE, 1978.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Trad. de Eduardo Cambi. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, vol. 9.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional antecipatória). In: *Anais do seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: COAD, 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal. *Revista jurídica* (UFPR), vol. 30.

DUARTE, Francisco Carlos. Segurança e risco na complexidade jurídica e construção judicial do direito positivo. In: *A segunda etapa da reforma processual civil*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6ª ed. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 11ª ed. São Paulo: Editora Civilização Brasileira, 1969.

FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 34.

GASP, Jaime. *Derecho*. Madri: Hergon, 1971.

GLEISER, Marcelo. *A dança do universo. Dos mitos de criação ao big-bang*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado Direito Democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto. A interpretação constitucional como processo. *Revista jurídica consulex*, vol. 3.

_____. *La doble desestructuración y la interpretación del derecho*. Trad. de Barbara Rosenberg. Barcelona: Bosch, 1996.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *An american civil procedure*. New Haven: Yale University Press, 1993.

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

JOÃO PAULO II. Carta Encíclica *Fides et Ratio*. São Paulo: Paulinas, 1998.

KATZ, Ellis. The complete american constitution: state constitution and constitutional law in teh american federal system. Conferência do IV Congresso Nacional de Direito Constitucional, promovido pelo Instituto Pimenta Bueno, em São Paulo, de 31 de agosto à 2 de setembro de 1995. Texto inédito.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4ª ed. Trad. de Joao Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2ª ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito hoje?* Brasília: Edições Nair Ltda., 1984.

LOPES, João Batista. Família hoje. In: *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1998.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In: *Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORIN, Edgar. Epistemologia da complexidade. In: *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Coord. Dora Fried Schnitman. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. A liberdade e o ensino jurídico. In: *Anais da VIII Conferência Nacional dos Advogados*. Manaus-AM, 18/5/1980.

OPPENHEIM, Felix E.. Justiça. In: *Dicionário de política*. Vol. I. 12ª ed. Coord. Norberto Bobbio *et alli*. Brasília: Editora UnB, 1999.

ORWELL, George. *A revolução dos bichos.* Trad. de Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Editora Globo, 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato – União estável. In: *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PERELMAN, Chaïn. *Ética e direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RAWLS, John. Una teoria della giustizia. 6ª ed. Trad. de Ugo Santini. Milão: Feltrinelli, 1997.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1997.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997.

TEDESCHI JR., Robert F.. *The U.S. Constitution and fascinating facts about it*. 6ª ed. Naperville: Oak Hill Publishing Company, 1996.

THEODORO Jr., Humberto. O juiz e a revelação do direito "in concreto". *Informativo INCIJUR*, vol. 22.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Limites à chamada "discricionariedade" judicial. *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, vol. 50.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

CAMBI, Eduardo. NORMA E PROCESSO NA CRENÇA DEMOCRÁTICA. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 16, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx
Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 2, n. 07, out./dez. 2005. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.