

A pretensão à correção como parâmetro dogmático do ativismo judicial

Lucas Seixas Baio

Docente do Curso de Inglês Instrumental Aplicado ao Direito – UNIVEM;
Mestrando em Direito – UNIVEM; Bolsista CAPES; Bolsista de Mobilidade Internacional
(entidade privada patrocinadora), hospedado na Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa – Portugal.
Marília – SP [Brasil]
neojuris@gmail.com

Alan Ibn Charur

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM;
Graduado em Filosofia (Licenciatura Plena) pela Universidade Estadual
Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP; Mestrando em Direito – UNIVEM;
Bolsista CAPES.
Marília – SP [Brasil]
chahrur@uol.com.br

Esse trabalho tem a finalidade de questionar a necessidade de uma vinculação do intérprete ao texto base da norma, como condição de legitimidade das práticas judiciais ditas ativistas, conforme defende Elival da Silva Ramos em *Ativismo Judicial parâmetros dogmáticos* (2010). Para tanto, o conceito de pretensão à correção proposto por Robert Alexy em sua obra, *Conceito e Validade do Direito*, há de ser o referencial teórico principal, juntamente com a tese do autor acerca do Direito como um caso especial do discurso prático geral. Dessa forma, após uma breve introdução acerca do tema, apresentaremos a posição do doutrinador brasileiro para analisar em que consiste, à luz do sobredito conceito de pretensão à correção, delimitando, principalmente, como esse vem a derivar da teoria do caso especial. Ao final, questionar-se-á a legitimidade de tal tese dogmática de vinculação em termos de ativismo judicial, quando analisada a partir das teorias de Alexy.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Parâmetro dogmático. Pretensão à correção.

1 Introdução

A posição ativa de juízes e tribunais na criação do Direito, em sistemas de tradição romano-germânica, vem sendo entendida como desvirtuamento dos limites da função judicante e da conseqüente usurpação da competência legislativa. Tal prática criativa é convencionalmente denominada *ativismo judicial*.

Essa eventual disfunção, em razão do ativismo, decorre, principalmente, da organização democrática, materializada pelo Princípio da Separação dos Poderes, cuja leitura moderna pressupõe a atribuição cindida dos serviços de administração, legiferação e jurisdição a órgãos estatais que operam harmonicamente e no bojo de especificações funcionais.

Qualquer conceituação que busque legitimar a prática jurídico-ativista, no âmbito interno da estrutura do Estado Democrático de Direito – institucionalização máxima do princípio da legalidade – deve, necessariamente, buscar delimitar parâmetros de mensuração do grau de aderência do Poder Judiciário à ordem estabelecida.

As discussões acerca desse assunto radicam-se, ainda, na polêmica acerca da falta de uniformidade na eleição de critérios para o preenchimento dos “espaços de interpretação”, advindos da insuficiência literal dos textos normativos.

Dada a grande profusão doutrinária acerca do tema, o método para essa contribuição de natureza teórica elege autores específicos e assuntos pontuais dentro de seus pensamentos.

Nosso referencial interno é Elival da Silva Ramos, eminente jurista brasileiro, cujos argumentos externados em *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos* (2010), têm exercido poderosa influência nos atuais círculos científicos do país. Esse autor filia-se à prestigiosa corrente que defende a necessidade de vinculação do aplicador/intérprete ao texto base da norma jurídica, o que constitui o primordial parâmetro dogmático para a legiti-

mação do ativismo judicial. Esse artigo articula, precisamente, o questionamento crítico acerca dessa noção.

A crítica será construída à luz do conceito de *pretensão à correção*, exposto por Robert Alexy (referencial externo), que em seu *Conceito e Validade do Direito* (2009), busca tecer uma crítica à preponderância de certos métodos de interpretação uns em detrimento de outros. Em complemento às tratativas sobre a teoria do autor alemão, apresentar-se-á o substrato teórico a partir do qual ela se desenvolve; a teoria habermasiana do discurso.

2 Ativismo judicial: abordagem conceitual e tese de vinculação ao texto-base

Ao longo do supracitado livro, Elival da Silva Ramos (2010, p. 219) conceitua o fenômeno que dá título à obra como:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Já de início, torna-se evidente o elemento negativo que invariavelmente acaba associado às práticas ativistas, em razão, sobretudo, da afirmação da desnaturação da prática jurídica tradicionalmente considerada, a saber: a aplicação do direito positivo.

O ativismo judicial compromete, sobremaneira, a cadeia lógica em que se trabalha o Direito nos sistemas de *civil law* (tradição romano-germânica), nos quais a lei é o referencial elementar de trabalho. Em tal modelo de justiça (adotado por nós), os juízes devem se curvar ao que foi estabelecido

pelos legisladores, conseqüentemente, sua produção jurisprudencial ocorre dentro de balizas que não inovem em termos gerais e vinculativos.

Nos Estados orientados pelo *civil law*, a dinâmica jurídica nega sistematicamente a força do fenômeno jurisprudencial como uma das fontes essenciais do Direito, bem como o poder criador dos juízes (WOLKMER, 2000), sendo gerada, nesse caso, uma aparente perplexidade quando “[...] um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam”. (ELY, 2010, p.8)

Já no *common law* (tradição anglo-saxônica), o espectro negativo associado ao ativismo não é tão agudo, já que consiste tal sistema, como ensinam Gillian D. Brown e Sally Rice (2007, p. 12) “[...]de regras substanciais e procedimentais criadas por decisões judiciais, tomadas pelas cortes”. (*tradução nossa*)

Contrariamente ao direito romano germânico, os direitos inglês e norte americano dão espaço para escolha nas decisões jurisprudenciais, e o direito escrito – os Códigos – só tem papel secundário, subalterno. [...] Os juízes gozam de grande espaço de liberdade que lhes permite interpretar a lei de tal maneira que ela tumultue a *minima* o estado anterior do direito positivo. (SÉROUSI, 2006, ps. 34 e 35)

No modelo saxão, a lei depende, em certa medida, de sua consolidação, mediante sua aplicação em *cases*, postos aos cuidados das cortes, o que denota o predomínio de uma visão alargada do fenômeno do ativismo, substanciado tanto na colmatação de vazios deixados pelo legislador, quanto por processos informais de evolução do direito, nos quais novos sentidos são atribuídos aos textos constitucionais/legais, tendo em vista rápidas mudanças sociais.

A visualização da conduta ativista, a ser repreendida em termos dogmáticos, é muito mais dificultosa no *common law*, em razão também da

adoção da técnica dos precedentes (*rule of precedent*. Ocorre que toda jurisdição está ligada pelas decisões tomadas precedentemente por um tribunal hierarquicamente superior, porém somente as produzidas pelos Tribunais Superiores são obrigatórias e imperativas. Nesse caso, se trata de *binding precedent* (SÉROUSI, 2006).

Tal regra de precedentes exige constante (re)formulação de diretrizes pelos tribunais superiores, tendo em vista a tendência de *overruling* verificada na revisão do que foi decidido em casos anteriores, de sorte que os tribunais reveem sua própria criação (precedentes).

De posse dessa visão geral da problemática ativista e seus contornos nas duas grandes famílias do direito ocidental, torna-se possível invocar a tese de Elival da Silva Ramos que se pretende analisar: a de *vinculação do intérprete ao texto base da norma*, que se alinha à exigência romana de preponderância da lei.

A fiscalização da dessa exigência dar-se-ia mediante a utilização dos métodos gramatical, histórico e finalístico/axiológico, porém pautada pela preponderância (ainda que relativa) dos dois primeiros (RAMOS. 2010).

A formulação doutrinária de parâmetros calcados no direito positivo para a aferição do caráter ativista ou respeitoso à separação dos Poderes da jurisprudência constitucional encontra um vasto campo de possibilidades, com o que se deve, metodologicamente, escolher aqueles pontos que se mostram mais relevantes ao tratamento da questão. O primeiro e principal destes parâmetros consiste na exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma. (RAMOS, 2010, p.168)

Esse trecho evidencia o referencial teórico tratado pelo autor: o positivismo jurídico. Não se tome, porém, a expressão no sentido pejorativo,

comum dos dias atuais, mas como um modelo teórico que, na síntese de Ramos (2010, p.305), ostenta as seguintes características principais: “[...] a) a concepção sistêmica do direito; b) a primazia das fontes estatais; e c) a imperatividade e coatividade do direito; todas vinculadas, ainda, aos princípios da igualdade formal e da segurança jurídica.”

O autor não ignora a intensa reflexão crítica que se desenvolveu em torno dos sobreditos elementos norteadores das correntes teóricas, denominadas “positivistas”. Ao contrário, relembra, de maneira contundente, como, especialmente, o sistema de subsunção mecânica das normas, um dos grandes marcos positivistas, não resistiu à análise incisiva engendrada pela Teoria da Interpretação Contemporânea.

Nessa toada, muito embora um estudo pontual da Hermenêutica Filosófica não se enquadre nos objetivos desse trabalho, cumpre lembrar, com a autoridade do Professor Eros Roberto Grau (apud BARRETO, 2006, p.471), que a grande conquista da Hermenêutica atualmente é que possibilita se trabalhar com a dissociação dos conceitos de texto normativo e norma jurídica, entendida a segunda como a interpretação que resulta do primeiro; nesse contexto, interpretação e a aplicação do direito constituem uma mesma e única atividade.

Outra não é a interpretação de Elival:

Disso resulta uma dissociação lógico-temporal entre enunciado normativo e norma de decisão, em que o texto é o ponto de partida do processo hermenêutico, que culmina com a formulação da norma concretizada pelo intérprete-aplicador, o qual traz para a atividade exegética toda uma carga de pré-compreensões, sendo, de outra parte, influenciado pela circunstâncias fáticas que lhe incumbe normatizar. (RAMOS, 2010, p. 306)

Tal postura, sem sombra de dúvidas, diverge por completo, tanto da abordagem do *positivismo exegético*, marcado pela proibição expressa de in-

terpretar, quanto da compreensão do positivismo dito *normativista* que, reconhecendo a impossibilidade de “[...]fechamento semântico[...]” do direito, exclui o problema da interpretação da esfera jurídica (STRECK, 2010, p. 81).

Precisamente, em razão da insuficiência de ambas as vertentes referidas, é que Elival Ramos defenderá a necessidade de se trabalhar a teoria da constituição em geral, e o ativismo judicial, em particular: “[...] sob as premissas de um positivismo renovado pelas conquistas da moderna Hermenêutica, situando a discricionariedade envolvida na tarefa de atuação da Constituição no plano estritamente dogmático [...]” (RAMOS, 2010, p.307, grifo nosso).

Tudo porque, segundo o mesmo autor, as críticas desfechadas contra a insuficiência do positivismo, em matéria de interpretação pelo denominado “moralismo jurídico”, pouco ou nada justificariam o abandono desse sistema conceitual, de vez que elas se resumiriam a meras tentativas de:

[...] dotar o intérprete-aplicador de liberdade para, se necessário, corrigir (ou, em hipóteses extremas, até mesmo recusar validade) o direito posto, em nome de uma pretensa ordem objetiva de valores impostos pela razão (Alexy) ou pela vivência histórica de uma comunidade (Dworkin). (RAMOS, 2010, p.307)

Apresentada a hipótese de encontrar-se o intérprete da norma *vinculado necessariamente* a seu texto, com suas devidas justificações e ressaltando posterior e oportunamente a retomada da ideia, passamos aos aspectos fundamentais do tema da pretensão à correção.

3 A pretensão à correção

Robert Alexy inicia o capítulo II de sua obra, *Conceito e validade do Direito* (2009. p.15) sintetizando que “[...]qualquer tentativa de conceitua-

ção do fenômeno jurídico acaba por relacionar, necessariamente, três elementos muito bem definidos, a saber, a *legalidade* conforme o ordenamento, a *eficácia* social e a *correção* material.”

Os diversos matizes das conceituações doutrinárias acerca do que é o direito são reflexos da importância mais ou menos acentuada que o intérprete, eventualmente, acabe por conferir a um ou outro desses elementos. Nesse sentido, esclarece o próprio Alexy:

Quem não atribui importância alguma à legalidade conforme o ordenamento e à eficácia social e considera exclusivamente à correção material obtém um conceito de direito puramente jusnatural ou jusracional. Quem segrega por completo a correção material, focalizando unicamente a legalidade conforme o ordenamento e/ou a eficácia social chega a um conceito de direito puramente positivista. No espaço compreendido entre esses dois extremos é possível conceber muitas formas intermediárias. (ALEXY. 2009. p.15)

Em razão de nossos objetivos, há que se destacar o elemento da correção material, delimitando, de forma precisa, que sentido o autor dele se utiliza. A resposta encontra-se na mesma obra, especificamente em seu capítulo III, que trata da validade do direito e, mais detalhadamente, sobre o conceito ético de validade:

O objeto do conceito ético de validade é a validade moral. Uma norma é moralmente válida quando é moralmente justificada. Um conceito de validade moral subjaz às teorias do direito natural e do direito racional. A validade de uma norma do direito natural ou do direito racional não se baseia em sua eficácia social nem em sua legalidade conforme o ordenamento, mas unicamente em sua correção material, que deve ser demonstra-

da por meio de uma justificação moral. (ALEXY, 2009, p.103, grifo nosso)

Esse trecho torna evidente que, para o autor, a correção material de uma norma é equivalente à possibilidade de sua justificação moral.

Essa sinonímia inicial permite antever as linhas mestras sob as quais Alexy construirá o conceito de pretensão à correção: se a correção material nada mais é que a possibilidade de justificação moral, a pretensão à correção nada mais será que a pretensão a uma justificativa moral. Entende o autor que toda norma, embora não necessite *ser* moralmente correta, deve ao menos “apresentar-se” como tal, ou seja, deve ter, ao menos, uma *pretensão* à correção.

A fim de comprovar sua tese, o referencial lança mão de alguns exemplos que esclarecem o conceito proposto, considerando hipóteses como a do primeiro artigo da constituição de um estado fictício, vazado nos seguintes termos: “X é uma república soberana, federal e injusta.”; ou o caso de um juiz que viesse a proferir a seguinte decisão: “O réu é condenado à prisão perpétua em virtude de uma interpretação incorreta do direito vigente.” (ALEXY, 2009, p.44/45)

Algo de equivocado salta aos olhos logo de início, denotando defeito em ambas as construções normativas propostas; a razão da ininteligibilidade reside, sobretudo, no fato de que ambas as situações, em comento, padecem de um *defeito conceitual*, ou seja, os exemplos em questão acabam por infringir regras constitutivas da própria comunicação, o que impede a compreensão de modo coerente. Eis a explicação do autor:

Assim, o que resta é apenas um defeito conceitual. Aqui, essa expressão é empregada num sentido amplo, que também se refere a infrações de regras constitutivas dos atos da fala, ou seja, a expressões lingüísticas como ações. Ao ato de legislação constitucional está necessariamente vinculada uma pretensão à

correção, que, neste caso, é, sobretudo, uma pretensão à justiça.
(ALEXY, 2009, p.45)

Como a amostra atesta, Alexy sustenta – e esse é o ponto principal do argumento – que, da mesma forma como a linguagem é permeada de certas regras que são inerentes à sua própria estrutura e que não podem ser desrespeitadas, sem prejuízo da inteligibilidade da comunicação, o direito, também deve ser moralmente justificável ou, ao menos, pretender sê-lo, sob pena de não poder ser racionalmente compreendido como direito; daí se falar na pretensão à correção, como elemento constitutivo do próprio fenômeno jurídico.

Sob essa ótica, assim como quem diz “[...]o livro está sobre a mesa, embora eu não acredite que esteja”, o constituinte incorre em uma contradição performativa, que descaracteriza sua atividade, se o material de sua autoria nega essa pretensão à correção, ainda que a execução da norma ulterior busque supri-la. No mesmo sentido, o exemplo do órgão ou servidor estatal que, por medida de “justiça”, busque executar a sentença de um indivíduo condenado nos termos da expressão “interpretação incorreta do direito vigente”.

No entanto, ainda seria possível objetar que uma pretensão à correção moral não está necessariamente ligada ao direito, pelo que cumpre expor, ainda que de maneira sucinta, o referencial teórico em que Robert Alexy assenta sua construção doutrinária e que lhe permite, entre outras possibilidades, aplicar conceitos da teoria do discurso ao direito.

Em primoroso artigo publicado na *Revista Eletrônica Investidura* (2009), Eduardo Augusto Pohlmann relembra como, a par da conhecida teoria dos princípios, a obra de Alexy possui também como uma de suas pedras de toque a chamada *teoria do caso especial*, segundo a qual, basicamente, o *discurso jurídico constitui um caso especial do discurso prático geral* porque compartilha com ele semelhanças (a pretensão à correção), ao mesmo tempo em que se diferencia em um aspecto crucial, a saber, as condições limitadoras da dogmática como a lei e a jurisprudência.

Os principais elementos da teoria do discurso utilizados pelo autor para conceituar, inicialmente, o discurso prático geral são tomados da obra de outro alemão, Jürgen Habermas (1996), segundo o qual a ética do discurso faz derivar os conteúdos de uma moral universalista a partir dos pressupostos gerais da argumentação. (POHLMANN, 2009)

Isso significa dizer que todo aquele que empreende a tentativa de argumentar com outrem admite, implicitamente, certas normas não propriamente sintáticas ou semânticas, mas sim pragmáticas e que são condições de possibilidade da própria *racionalidade do discurso*. Nesse sentido, reconhecendo abertamente a filiação kantiana de sua teoria, Habermas dispõe:

Na ética do discurso, o método da argumentação moral substitui o imperativo categórico. É ela que formula o princípio D:

- as únicas normas que têm o direito de reclamar validade são aquelas que podem obter a anuência de todos os participantes envolvidos num discurso prático.

O imperativo categórico desce ao mesmo tempo na escala, transformando-se num princípio de universalização U, que nos discursos práticos assume o papel de uma regra de argumentação:

- no caso das normas em vigor, os resultados e as conseqüências secundárias, provavelmente decorrentes de um cumprimento geral dessas mesmas normas e a favor da satisfação dos interesses de cada um, terão de poder ser aceitas por todos. (HABERMAS apud POHLMANN, 2009, p.2, grifo nosso)

Para que seu interlocutor seja capaz de compreendê-lo, todo aquele que simplesmente argumenta, pressupõe, ao menos, que seu argumento é plenamente racional, ou então tem a pretensão de que o seu argumento é o mais racional *possível*, de tal sorte que não reste ao ouvinte outra alternativa a não ser aderir à sua conclusão; se assim não fosse, não haveria qualquer sentido no ato de argumentar.

Pohlmann relembra palavras de Robert Alexy, ao longo da obra *On necessary relations between Law and Morality*, sintetizando os principais pressupostos da ética do discurso ao salientar que quem justifica algo:

Ao menos finge que aceita a outra pessoa como igual em nível de discurso e, que ela, por si mesma, não exerce coerção nem é subsidiada por coerção advinda de outrem. O indivíduo, além, clama ser capaz de defender sua tese não apenas contra um oponente no discurso, mais contra qualquer um. Este clamor de igualdade e universalidade forma a base de uma ética procedimental baseada na idéia de generalizabilidade: tal é a ética do discurso. (ALEXY apud POHLMANN, 2009, p.11, *tradução nossa*)

Apropriando-se desses princípios habermasianos, em especial a generalizabilidade, e aplicando-os aos discursos/argumentos que versem sobre questões relativas à correção de asserções normativas - daí se falar em um discurso *prático* geral – Alexy postula que a validade das normas é determinada por sua capacidade de ser, ou ao menos pretender ser, fruto de um procedimento racional como aquele que a ética do discurso pressupõe.

Pela teorização, o autor será louvado e também criticado, em razão, sobretudo, da corrente procedimentalista, que defende a tese de que a validade das normas é assegurada no momento de sua criação, pela observância dos pressupostos de racionalidade do discurso mais do que pelo conteúdo normativo.

Com relação a essa crítica, Robert Alexy (2009, p.94/95) oferece proposta quando de sua análise do princípio da superioridade racial, oriundo do nacional-socialismo na Alemanha pré-segunda guerra:

O que importa é que o juiz que aplica o princípio das raças e do líder também formula, com sua decisão, uma pretensão à corre-

ção. A pretensão à correção implica uma pretensão à fundamentabilidade. Esta última não se restringe ao fato de a sentença ser fundamentável e, portanto, correta no sentido de uma moral qualquer, mas estende-se ao fato de a sentença ser correta no sentido de uma moral fundamentável e, portanto, correta.

O exposto também marca o início das divergências entre Alexy e Habermas, uma vez que o primeiro, em argumento veementemente rejeitado pelo segundo, sustenta que a pretensão à racionalidade inerente à argumentação em geral seria aplicável apenas à moral e não ao discurso jurídico.

Como assinala Pohlmann (2009), segundo Habermas, a argumentação moral diz respeito à universalização de normas, ao passo que o discurso jurídico não se furta ao exame de questões pragmáticas, éticas e morais.

Contra, Alexy sustenta que tanto a moral quanto o direito são meras espécies do gênero denominado *discurso prático geral*. Logo, sendo esse *genus proximum* imbuído da pretensão à racionalidade que marca o princípio máximo da *discourse-ethic*, todas as demais espécies de discurso (leia-se: a moral e o direito), conseqüentemente, acabariam pautadas pelos mesmos pressupostos.

Doravante, a conexão que a ética do discurso em Alexy cria entre justificação, correção e generalizabilidade, esta última decorrente, sobretudo, da submissão a um princípio de racionalidade pressuposto como universal, é transferida para o direito mediante a tese do caso especial.

Dessa forma, é estabelecida uma conexão conceitualmente necessária entre o Direito e uma moral universalista. O argumento, dessa forma, pode ser sintetizado da seguinte maneira: quem afirma que algo é correto implicitamente aceita que pode justificar isso; quem pretende justificar algo deve aceitar diversas premissas inerentes ao processo de justificação, como a aceitação do outro como um parceiro de discurso; essas premissas ligam o ato de justificar a uma moralidade universalista construída sob

a idéia da generalizabilidade e universalizabilidade; como, da mesma forma que no discurso prático, no discurso jurídico está necessariamente presente uma pretensão á correção, o Direito esta necessariamente ligado, ao menos idealmente a essa moralidade universalista. (POHLMANN, 2009, p.11)

Direito e moral, portanto, são marcados por uma conexão conceitual, consubstanciada na pretensão à correção, pelo que se pode concluir que é inerente à própria estrutura do fenômeno jurídico, enquanto discurso institucionalizado, uma moralidade universalista, no sentido de um procedimento de racionalidade básico e universal, visto que é comum a todos os operadores do direito. Isso não implica, entretanto, a defesa de uma moral universal em sentido objetivo por parte de Alexy, ou seja, um mesmo sistema moral cujo conteúdo é compartilhado por todos.

O núcleo conceitual do sistema do caso especial reside na ética do discurso e esta, por sua vez, pressupõe uma racionalidade ou um “método” inerente ao discurso que é, porém, independente do conteúdo desse discurso. Como esclarece Alexy (apud POHLMANN, 2009 p.12), uma conexão necessária entre direito e moral, não pressupõe, necessariamente, uma moral compartilhada por todos, mas somente uma compatibilidade na argumentação moral.

Não obstante, a tese do caso especial e a conexão entre direito e moral que ela implica acabem por transferir ao fenômeno jurídico a racionalidade que o discurso prático geral pressupõe, consubstanciada na pretensão à correção moral, o que se pretende (eis o ponto) não é conectar o direito à moral correta, do ponto de vista do conteúdo, mas sim conectar o direito a uma moral correta, no sentido de uma moral *racionalmente fundamentada*.

Torna-se perfeitamente legítima, portanto, a afirmação de que a tese de uma conexão conceitualmente necessária entre Direito e moral não pressupõe a existência de uma moral universal, efetivamente compartilhada por todos. A construção conceitual, proposta por Alexy, é perfeitamente capaz

de abarcar a existência de sistemas morais opostos, desde que todos sejam racionalmente fundamentáveis.

Em razão da própria natureza do fenômeno jurídico, tudo também está submetido às regras da argumentação prática, esta de caráter eminentemente geral e formal.

Em suma, o Direito não pode ser compreendido sem referência à (pretensão à) correção de suas decisões; a definição de Direito, proposta por Alexy, ao final de *Conceito e Validade do Direito* é a seguinte:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apóia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção (ALEXY, 2009, p.151, grifo nosso)

Apresentados, assim, os vértices de nossa fundamentação, buscar-se-á, em seguida, lançar questionamento crítico acerca da ideia de vinculação ao texto base, tomando como pano de fundo a noção alexiana de pretensão à correção. O cotejo das duas teses poderá demonstrar a aptidão da pretensão à correção a ser considerada fundamento para o ativismo judicial.

4 Crítica à tese de vinculação ao texto-base

Na visão de Elival Ramos, o sistema de Alexy acaba sintetizado como uma proposta de sobrepor ao direito positivo uma suposta “ordem objetiva

de valores”, com base na qual o julgador poderia corrigir ou até mesmo negar validade ao texto normativo; daí a necessidade de se erigir, como principal parâmetro dogmático das práticas ativistas, a vinculação ao texto-base, limitando-se a pretensa discricionariedade dos “sistemas moralistas” à suprema exigência do Estado de Direito – a lei.

Robert Alexy não esconde sua inclinação antipositivista, considerando que defende expressamente uma conexão conceitual entre direito e moral, negando um dos postulados mais tradicionais do convencionalismo positivista. Não se pode, porém, sustentar que o autor coloque-se em favor da existência de uma ordem “objetiva” de valores.

Segundo buscamos explicitar no item anterior, a pretensão à correção de Alexy equivale à pretensão à uma justificação moral da norma, pelo que esta deve, ao menos, *apresentar-se* como moralmente correta, muito embora não necessite *ser* moralmente correta.

Todo direito deve atender a essa pretensão à correção, sob pena de não poder ser racionalmente compreendido como direito, tanto que mesmo a aplicação “interpretativamente correta” de uma norma não é capaz de suprir sua falta. Trata-se do exemplo referente à hipotética execução de uma sentença lavrada, segundo expressa interpretação incorreta do direito vigente.

Ao contrário do que entende Elival Ramos, a necessidade de uma justificação moral, ainda que na forma de mera pretensão, *não necessariamente implica o recurso a um único sistema moral objetivamente compartilhado por todos – eis o ponto fulcral*. O conceito de pretensão à correção é perfeitamente capaz de abarcar o conflito entre diversos sistemas morais, desde que mediante a condição de serem todos *racionalmente* fundamentáveis, ou seja, os requisitos da generalizabilidade e universabilidade da argumentação não decorrem da adoção de um conteúdo moral específico, mas sim do respeito à *racionalidade* da justificação.

Eventual racionalidade/fundamentabilidade do sistema moral que venha a servir de base aos dispositivos legais e judiciais é o elemento chave, que dá relevo *procedimental* à teoria de Alexy:

A conexão qualificadora ou flexível, que se torna clara quando se considera o sistema jurídico também como um sistema de procedimentos a partir da perspectiva do participante, não leva a uma conexão necessária entre o direito e determinada moral conteudística que deve ser caracterizada como correta, e sim a uma conexão entre o direito e a idéia de uma moral correta, no sentido de uma moral fundamentada. (ALEXY, 2009, p.97, grifo nosso)

Logo, o magistrado não só pode como deve corrigir ou, até mesmo, negar validade ao direito positivo; não em razão de uma pretensa ordem objetiva de valores e sim quando o sistema moral, que fundamenta os dispositivos legais a serem aplicados, não seja passível de uma compreensão racional, o que significa dizer que não é possível tornar o ordenamento jurídico racionalmente inteligível pelo fato de nem ao menos *apresentar-se* como moralmente correto. Tudo porque “[...]o direito que não formula uma mínima pretensão à correção moral simplesmente não é direito” - eis a conclusão de Alexy (2009, p.151).

Mesmo o modelo epistemológico-hermenêutico que predomina na recente Teoria do Direito reflete a compreensão de que tanto a interpretação quanto a aplicação das normas constituem, de um modo geral, um esforço global de todos os operadores do direito para *construir* um ordenamento jurídico inteligível, e não simplesmente para desvelar uma ordem objetiva que já se encontra plenamente constituída, enquanto forma de organização. O elemento interpretativo configura-se não como declaratório, mas constitutivo do próprio fenômeno jurídico.

Gustavo Just (apud BARRETO, 2006, p.396) sintetiza a questão com propriedade:

Toda tentativa de definição do Direito precisa estar subordinada a uma compreensão geral (uma imagem) da experiência

jurídica que integre o seu componente hermenêutico, isto é, que reconheça que o momento interpretativo não é algo que se agrega, vindo de fora, ao Direito considerado como objeto pronto e acabado, plenamente constituído enquanto forma de organização, enquanto ordem, e sim um elemento constitutivo do Direito. É que as estruturas daquilo que se chama ordem jurídica, por serem estruturas simbólicas, só existem enquanto têm sentido, um sentido que lhes é dado por um pensamento que a elas se refere, e esse pensamento é a hermenêutica: por isso a ordem é indissociável daquilo que lhe confere inteligibilidade. Esse momento interpretativo corresponde assim ao esforço global de tornar a ordem inteligível, indo portanto muito além, embora não deixe de a englobar, da práxis interpretativa jurídica em sentido técnico.

Não obstante a elegância da abordagem de Elival Ramos, entendemos que a noção de pretensão à correção, enquanto elemento constitutivo do direito, conforme delineada em *Conceito e Validade do Direito* (ALEXY, 2009), em detrimento de eventuais abordagens de cunho positivista, atende não apenas às especificidades da Hermenêutica contemporânea, mas também (e principalmente) à necessidade de um elemento de contenção do crescente dinamismo jurisprudencial, marcado pela disseminação de práticas ativistas, particularmente em matéria constitucional.

Há que se considerar, ademais, os termos da questão, conforme propostos pelo próprio Elival (2010, p. 308, grifo nosso), segundo o qual o ativismo judicial corresponde ao: “[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário, fazer atuar”.

Como se poderia reconhecer a vinculação ao texto normativo como parâmetro dogmático do ativismo judicial quando este, por de-

finição, corresponde à prática que extrapola “os limites impostos pelo próprio ordenamento”?

Qualquer movimentação que busque identificar um elemento que sirva como baliza para as práticas ativistas, necessita recorrer obrigatoriamente a parâmetros extralegais como forma de determinar se a norma, fruto da decisão judicial, ainda que na ausência de lei, não decorre de uma discricionariedade ilimitada capaz de torná-la, enquanto tal, incompatível com o Estado de Direito.

No cumprimento desse desiderato, cremos que a pretensão à correção há de ser compreendida, acima de tudo, como uma exigência jurídica, consubstanciada na obrigatoriedade daquilo que Streck (2010, p.101) chama de uma “fundamentação da fundamentação”, o que significa dizer, de uma necessidade do intérprete demonstrar, *em qualquer prática ativista*, a correção do sistema moral que embasa sua decisão, especialmente quando confrontado com o sistema moral da comunidade onde se encontra inserido.

Em termos pragmáticos, fala-se da radical aplicação do artigo 93, IX, da Constituição Federal, a fim de combater o fenômeno da “baixa constitucionalidade” denunciado pelo autor de *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*:

Tudo isso deve ser compreendido a partir daquilo que venho denominando de “uma fundamentação da fundamentação”, traduzida por uma radical aplicação do art.93, IX, da Constituição Federal. Por isso é que uma decisão mal fundamentada não é sanável por embargos (sic); antes disso, há uma inconstitucionalidade ab ovo, que a torna nula, írrita, nenhuma! Aliás, é incrível que, em havendo dispositivo constitucional tornando a fundamentação um direito fundamental, ainda convivamos – veja-se o fenômeno da “baixa constitucionalidade” que venho denunciando há duas décadas – com dispositivos infraconstitucionais pelos quais sentenças contraditórias (sic), obscuras (sic) ou

omissas (sic) possam ser sanadas por embargos...! (STRECK, 2010, p.101).

Dessa forma, quando eventualmente a obrigatoriedade *radical* da fundamentação das decisões finalmente deitar raízes na cultura jurídica brasileira, exigindo dos juízes a demonstração da correção moral de suas decisões, a delimitação de parâmetros “dogmáticos” do ativismo judicial talvez venha a tornar-se mesmo desnecessária

5 Considerações finais

Ante o externado nessa contribuição, pode-se concluir que a concepção da vinculação do intérprete ao texto-base da norma, como parâmetro dogmático de práticas ativistas, proposta por Elival da Silva Ramos em sua obra *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos* (2010), prescinde de legitimidade, quando analisada à luz das teorias relativas à pretensão à correção delineadas por Robert Alexy em *Conceito e validade do direito* (2009).

Para tanto, basta considerar a própria contradição resultante da tentativa de estabelecer parâmetros dogmáticos para um fenômeno que, por definição, transborda os limites da ordem jurídica. O dinamismo jurisprudencial que o ativismo implica, enquanto fenômeno externo ao ordenamento, necessita de balizamentos extralegais, o que não significa dizer, então, extrajurídicos, como bem demonstra Alexy.

Entendemos a pretensão à correção como aparato conceitual indispensável, pois se trata de um elemento constitutivo do próprio fenômeno jurídico, além de tendente a combater o sintoma de baixa constitucionalidade.

Pensada enquanto fundamento transcendental do discurso prático geral e, por consequência, do direito, tal pretensão atende aos requisitos de um elemento que, ao mesmo tempo em que se encontra para além da literalidade do texto normativo, apresenta-se como constitutivo

do próprio fenômeno jurídico, capaz, portanto, se considerada a ideia de “fundamentação da fundamentação”, de regular atividades que extrapolem o mero âmbito dogmático.

The correction intent as dogmatic foundation to judicial activism

This work aims to question the need for a binding interpretation of the base text of the rule, as a condition of legitimacy of judicial practice, activists said, as advocates Elival da Silva Ramos dogmatic parameters in *Judicial Activism* (2010). Thus, the concept of claim for correction proposed by Robert Alexy in his book, *Meaning and Validity of the Law*, will be the main theoretical framework, together with the author's claim about the law as a special case of general practical discourse. Thus, after a brief introduction about the topic, present the position of the Brazilian doctrine to analyze what it is, in light of the aforesaid claim to the concept of correction, limiting, especially since this comes from the theory of special case. In the end, will be questioning the legitimacy of such dogmatic thesis binding in terms of judicial activism, when analyzed from the theories of Alexy.

Key words: Dogmatic parameter. Judicial activism. Prentese correction.

Referências

ALEXY, R. *Conceito e validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BARRETO, V.P. de(Cord.) *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo/RS: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BROWN, G. D.; RICE, S. *Professional english in use: law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

ELY, J.H. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discursive theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.

MAGALHÃES, G. *Introdução à metodologia de pesquisa*. São Paulo: Ática, 2005.

POHLMANN, E.A. O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy. *Revista Eletrônica Investidura*, n. 4, Ano II, Fevereiro de 2009 – Florianópolis/SC- Disponível em: <http://www.investidura.com.br/revista/index.php?option=com_content&view=article&id=130&Itemid=71>. Acesso em: 17 set. 2010.

RAMOS, E.S.da. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010

SÉROUSSI, R. *Introdução ao Direito inglês e norte-americano*. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. Dunod, Paris: Landy, 1999.

STRECK, L. L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

WOLKMER, A.C. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Editora RT, 2000.

recebido em 29 maio 2011 / aprovado em 29 jun. 2011

Para referenciar este texto:

BAIO, L. S.; CHARUR, A. I. A pretensão à correção como parâmetro dogmático do ativismo judicial. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 173-194, jan./jun. 2011.