# (A)CRÍTICA RECEPÇÃO DAS TESES ALEXYANAS: o locus da discricionariedade judicial em terrae brasilis

# RECEPTION (UN)CRITICAL OF THESES ALEXYANAS: the locus of judicial discretion in terrae brasilis

#### RAFAEL FONSECA FERREIRA<sup>1</sup>

RESUMO: A proposta do presente trabalho é, a partir da apresentação das principais teorias de Robert Alexy, extraídas de suas obras mais difundidas – Teoria da Argumentação Jurídica e a Teoria dos Direitos Fundamentais – debater a sua incorreta recepção pelo direito brasileiro, ante a descontextualização histórica, política, jurídica. O ponto fundamentalmente criticado é, na ótica da hermenêutica de natureza fenomenológica, que as teses de Alexy – moral como corretiva do direito, discurso jurídico como caso especial do discurso prático em geral, cisão estrutural entre regras e princípios, princípios como mandados de otimização, ponderação e proporcionalidade – não são compatíveis com o constitucionalismo democrático, uma vez que apostam na discricionariedade judicial para solução de problemas interpretativos. Nas entre linhas, se apontará para a necessária mudança de paradigma, fundamentada numa hermenêutica (filosófica), onde a Constituição atua como condição de possibilidade para interpretações compromissadas com a tradição, coerência e integridade do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Robert Alexy; Regras e Princípios; Ponderação; Proporcionalidade; Discricionariedade Judicial; Hermenêutica Filosófica.

ABSTRACT: The purpose of this paper is from the presentation of the main theories of Robert Alexy, drawn from his most widespread – Legal Argumentation Theory and the Theory of Fundamental Rights – discuss your incorrect receipt by Brazilian law, before the out of context historical, political and legal. The point fundamentally criticized is, the perspective of hermeneutic phenomenological nature, that the Alexy's thesis – as a moral corrective of law, legal discourse as a special case of practical discourse in general, the structural division between rules and principles, principles of optimization as a search warrant, weighting and proportionality – are not compatible with the democratic constitutionalism, since betting on judicial discretion for the solution of interpretive problems. In between the lines, it will point to the necessary paradigm shift, based on a hermeneutic

-

Artigo recebido em 11.03.2013. Pareceres emitidos em 22.07.2013, 05.09.2013 e 13.09.2013. Artigo aceito para publicação em 22.12.2013.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor de Jurisdição Constitucional e Hermenêutica na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, Rio Grande, RS. *rafaelferreira* @furg.br

(philosophical), where the Constitution acts as a condition of possibility for interpretations committed with tradition coherence and integrity of the law. KEYWORDS: Robert Alexy; Rules and Principles; Weighting; Proportionality; Judicial Discretion; Philosophical Hermeneutics.

SUMÁRIO: Introdução; 1. (Des)contextualizando: da teoria de Robert Alexy e sua relação com a Jurisprudência dos Valores à Constituição no Estado Democrático de Direito em *terrae brasilis*; 2. A Moral como Corretiva do Discurso Jurídico: a discricionariedade 'legitimada' (procedimentalmente) na relação entre discurso prático geral e o discurso prático especial; 3. A Estrutura da Norma de Direito Fundamental: a (in)devida cisão entre regras e princípios; 4. A Aplicação das Regras e a Aplicação dos Princípios: o 'tudo ou nada' e o 'fórmula do peso'; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. (De)contextualizing: Robert Alexy's theory and its relation with jurisprudence of values to the Constitution in the Democratic State of Law in *terrae brasilis*; 2. Morality as Corrective of Legal Discourse: discretion 'legitimized' (procedurally) in the relationship between general practical discourse and especial practical discourse; 3. The Structure of the Standard of Fundamental Right: the (im) proper split between rules and principles; 4. The Enforcement and Application of the Principles: the 'all or nothing' and 'formula weight'; Concluding Remarks; References.

# INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 embora tenha representado um marco de conquista democrática, parece não ter repercutido esse avanço no modo de interpretação no Direito. A comunidade jurídica, com raríssimas exceções, ainda não conseguiu livrar-se do velho paradigma liberal-individualista e, com efeito, mergulhada nos velhos conceitos herdados da revolução francesa libertária e abstencionista e da pandectística alemã e seus respectivos Códigos Civis, é diretamente responsável pela problemática da inefetividade da Constituição – refém de uma *comunitas* meramente reprodutora de sentidos e de desigualdades sociais.

Os códigos representaram, numa pretensão positivista, um aprisionamento do mundo real pelo conceitual, sob a pretensão de consolidar em textos toda a realidade possível e, por isso, com forte limitação interpretativa. Diga-se, que foi no século XIX que se solidificou o positivismo enquanto postura científica² e que, de certa forma, embora sob outras influências teóricas permanece até hoje num movimento resistente aos avanços trazidos pelo constitucional europeu do segundo pós-guerra.

No Brasil, aquilo que se compreende por força normativa da Constituição<sup>3</sup> – força jurídica para atuar direto na sociedade –, diante da incapacidade de

<sup>3</sup> HESSE, Konrad. *A Forca Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed.,

Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e (pós)positivismo: por que o ensino jurídico continua des(sin)formando os alunos.* Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Porto Alegre, nº 7, p. 163-185, 2010, p. 164.

parcela significativa de influentes juristas<sup>4</sup>, mormente, a doutrina, fizeram aportar em solo brasileiro, numa espécie de neocolonização (jurídica) – teorias estrangeiras impropriamente desenvolvidas e aplicadas –, como é o caso das teorias da argumentação, da jurisprudência dos valores e o do realismo norte americano, todas, em última análise, apostando no protagonismo judicial em detrimento das conquistas de uma verdadeira democracia e da construção de uma tradição jurídica.

Uma rápida análise sobre os constitucionalistas que mais frequentam as academias de ensino jurídico irá apontar que grande parcela deles ainda permanecem presos ao paradigma do sujeito-objeto e, por consequência, 'pastorizando' gerações de fiéis das teorias argumentativas, da crença na distinção estrutural entre regras e princípios e das técnicas ponderativas, como soluções *ad hoc* para as indeterminações do direito. Por ora, cabe destaque para Luis Roberto Barroso para quem a 'grande virada constitucional' se deu a partir da constatação de que as normas não possuem sentido único<sup>5</sup> contudo, rendendo-se ao modelo subjetivista, diz que 'em variadas situações, o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer 'valorações' de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar 'escolhas' entre soluções possíveis'<sup>6</sup>.

Nesse particular, tanto a práxis judiciária como a doutrina, revelam-se reféns das recepções equivocadas das teorias alexyanas, seja na argumentação jurídica à brasileira, como na ponderação de valores, na proporcionalidade e dos princípios como abertura de sentido ou mandados de otimização, terrenos férteis para a filosofia da consciência e, por consequência, do livre convencimento 'motivado', tudo sob o álibi da busca da efetividade ou da maximização da Constituição. E o que é mais preocupante, acaso venha a vingar o Projeto de Lei nº 8.066/10 - Novo Código de Processo Civil, é que modelo de aposta na discricionariedade judicial vai se perpetuar como se observa da redação do art. 259<sup>7</sup> ou ainda com a institucionalização da ponderação (art. 472<sup>8</sup>).

\_

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Por exemplo, Virgílio Afonso da Silva, Daniel Sarmento, Vilson Steinmetz, Luis Roberto Barroso, Ana Paula Barcellos entre outros.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Ibid., p. 310.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Art. 259. O juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Art. 472. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa. Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, **ponderando os valores** em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes.

Uma 'decisão' não pode ser dar a partir de 'escolhas' ou da predileção do intérprete<sup>9</sup>, mas a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito (ressalta-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um toque que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada do direito)<sup>10</sup>. Não se pode abstrair o fato de que uma 'escolha' é sempre parcial, discricionária e arbitrária<sup>11</sup> e o direito não é preferência, isto é, não é juízo particular, mas razão – decisão – suspensão de (pré)juízos, tradição, coerência e integridade<sup>12</sup>.

Por isso é que a reflexão sobre as teses de Robert Alexy, as quais embora tenham pretendido combater o irracionalismo das decisões, não conseguem fazê-lo sem incorrer em discricionariedade. Trata-se, portanto, de um procedimentalismo supostamente controlado por métodos de cunho lógico-argumentativos que se descuida do efetivo resultado da decisão. Aliás, é importante que se diga que esse relativismo consubstanciado na ausência de um controle dos resultados da decisão sempre permaneceu em segundo plano no positivismo de como por exemplo, Kelsen em seu fatídico capítulo VIII, para quem a interpretação é uma operação mental/via cognoscitiva de fixação de sentido do objeto dentro das várias possibilidades nos limites de uma dita moldura. Portanto, em Kelsen de moldura seria o limite da conformidade com o Direito, para quaisquer das possibilidades de aplicação que nela se enquadrarem, de modo que a aferição da resposta correta entre as possíveis, "não é um problema de teoria do direito, mas um problema de política do Direito".

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Podemos aqui ilustrativamente usar palavras de Ernildo Stein na Apresentação da obra de Rafael Tomaz de Oliveira: Manda a Constituição que não se emitam juízos sobre matéria em discussão, sem primeiro fundamentar. O que isto significa tem sido debatido desde os mais diversos ângulos e pontos de partida. Em geral, quando queremos fundamentar algo, podemos fazê-lo através de descrição de argumentos, que podem ir desde um conjunto de raciocínios lógicos até um apelo marcado por uma retórica convincente. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito.* Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Id. Ibid., p. 106.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 105.
 Cf. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos à Sério. Trad. Nelson Boeira. 3. ed., São Paulo:

<sup>12</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos à Sério. Trad. Nelson Boeira. 3. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387-389.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Sendo assim, não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente as várias soluções que — na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar — tem igual valor, sem bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito — no ato do tribunal especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa — não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem se produzidas dentro da moldura da norma geral. Ibid., p. 391. <sup>15</sup> [...] a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito

Com efeito, o que se quer desvelar é que toda a interpretação que se dê no âmbito das teorias procedimentais-analíticas são resultado de atos de vontade, donde os principais pilares das teses alexyanas (moral corretiva do Direito, distinção entre regras e princípios, proporcionalidade e ponderação), por apostar em juízos discricionários, são incompatíveis com uma hermenêutica comprometida com o constitucionalismo democrático e com verdades conteudísticas.

#### 1. (DES)CONTEXTUALIZANDO: DA TEORIA DE ROBERT ALEXY E SUA RELAÇÃO COM A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES À CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM *TERRAE* BRASILIS

Uma primeira questão fundamental que se revela como um grande obstáculo à recepção das teses alexyana em *terrae brasilis* é justamente a diferença de contexto histórico no que tange ao aspecto político-jurídico que influenciam o pensamento filosófico e doutrinário.

A história revela que o capítulo do nacional-socialismo alemão não compactuou com os ideais do liberalismo e com o individualismo que antecederam o governo totalitário, marcado pela arbitrariedade e pela violação de direitos fundamentais, tanto contra os judeus como também contra compatriotas insurgentes. O "Führer" não só detinha o poder governativo máximo, mas também era o legislador e o juiz supremo, inclusive, era o próprio guardião da Constituição 16.

Por evidente, essa ideologia contaminou a própria metodologia jurídica, onde o Direito deveria ser interpretado à luz dos preceitos do nacional-socialismo, os quais o juiz deveria se render, sob a pena de ser perseguido pelo sistema. Claro que se tratava de um positivismo, embora não estritamente legalista, mas para além da (i)legalidade (abjetas, imorais e criminosas<sup>17</sup>), de modo a preservar a ideologia nazista, aliás, como enfatiza Mario Losano<sup>18</sup>:

Os juízes se viram, assim, na situação de atuar com dois tipos de normas. As emanadas pelo regime nacional-socialista deviam ser rigorosamente aplicadas, quase retornando ao tão criticado positivismo. Mas era apenas uma aparência, uma vez que também delas se devia desviar assim que

Direitos Fundamentais  $\mathcal{E}_T$  Justiça - ano 7, nº 25, p. 87-114, Out./Dez. 2013

do que este. Mas também este último é um criador do Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que esse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntaria. [...] Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. KELSEN, op. cit., p. 393.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 124.

<sup>17</sup> KAUFMANN, A. HASSEMER, W., Ibid., p. 123.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Sistema e Estrutura no Direito. Trad. Carlos Alberto Dastoli. Vol. II. São Paulo: Editora WM Martins Fontes, 2008, p. 205.

a razão política o exigisse. As normas anteriores ao nazismo, ao invés, deviam ser aplicadas de modo frequentemente contrário à sua própria letra, corrigindo-as com o recurso ao "pensamento por ordenamentos concretos", ao "bem comum", à "boa-fé", ao "sentimento popular" e a vontade do Führer.

Foi, portanto, esse vazio ético que imperou durante e pós-queda do Terceiro Reich e que precisou ser corrigido. Os supostos valores do nacional-socialismo ficaram incrustados na sociedade alemã, em particular nos juízes, que não apenas foram simpáticos a eles quando consolidados nas leis, mas também encarregaram de introduzi-los pela via interpretativa na legislação preexistente, inclusive, para contrariá-la.

Assim começaram a despontar as ideias de Radbruch, especialmente a do direito justo a partir da materialização de valores, a qual contribuiu diretamente para o movimento da jurisprudência dos valores enquanto uma opção metodológica oriunda do direito alemão<sup>19</sup>. Esse movimento, então, serviu para romper com uma legalidade estrita e, por vezes, pervertida, insculpida na outorgada Lei Fundamental alemã (Grundgesetz), de 1949, já que se tratava de uma Constituição erigida pelos aliados, entenda-se, não produzida democraticamente. Observe aqui, desde já, uma notada diferença de contexto em relação à realidade da Constituição brasileira.

Com efeito, ao Tribunal Constitucional alemão cumpriu a tarefa de legitimar o texto, constituindo o Direito a partir de argumentos externos, no caso, a partir de uma ordem de valores apanhados no ambiente cultural pelos juízes e como forma deslegitimar leis injustas. Isto é, aos juízes incumbiu axiologizar o Direito, já que originariamente isso não pôde ser feito em razão do regime. Registre-se que, de certa forma, isso lá ainda se mantém, embora com críticas, por todos, Habermas<sup>20</sup> ao referir que a praticada "doutrina da ordem de valores" aliada ao discurso da ponderação de valores, é um critério frouxo, capaz de transformar o Tribunal Constitucional em uma instância autoritária, arbitrária e infratora da Separação de Poderes e com repercussão problemática em importantes precedentes.

A compreensão equivocada de contextos históricos e políticos (Brasil – Alemanha) somados aos argumentos jurídicos impróprios ou distorcidos, como é o caso da imbricação entre a jurisprudência dos valores e a teoria da argumentação no Brasil, conspira para um nível de confusão teórica a qual que grande parte dos juristas nacionais não conseguem discernir, pois estão imersos no cenário de delegação ao protagonismo judicial.

A avocação da tese argumentacional alexyana, à moda da casa no Brasil, sequer faz justiça ao seu precursor, basta observar que o uso da ponderação

\_

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> DUTRA, Luiz Jeferson. *Jurisprudência dos Valores*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 490-492.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 314-315.

aqui se faz por subsunção, isto é, acoplando direto no caso concreto, abstraindo toda o esforço ritualístico constituído por Alexy para, argumentativamente, tentar amenizar a discricionariedade construindo a 'regra de precedência': adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>21</sup>. Noutras palavras, no sopesamento à brasileira, o silogismo é simples: dois princípios são colocados numa 'balança' e se 'escolhe' o mais pesado<sup>22</sup>, embora não se esclareça por quais critérios.

Por isso é que se pode afirmar que, nesse contexto, de "repristinação das teses da Jurisprudência dos Valores"<sup>23</sup>, é que se prestam os 'princípios' a capitanear uma série de voluntarismos axiológicos *ad hoc*, não é por menos que cada qual é concebido sob o signo da moralidade: princípio da felicidade, princípio da afetividade, princípio da confiança no juiz da causa; princípio da não surpresa, princípio da alteridade, princípio da paternidade responsável<sup>24</sup>, princípio da busca da felicidade, princípio da autodeterminação<sup>25</sup>. Outros 'princípios' fazem às vezes de fundamentos últimos, embora sem qualquer densidade jurídica, por todos citamos Lenza<sup>26</sup>, o qual é pródigo na 'criatividade principiológica', por exemplo: princípio da proibição do "atalhamento constitucional"<sup>27</sup>, princípio da proibição do "desvio de poder constituinte"<sup>28</sup>, princípio da anualidade<sup>29</sup>, princípio da parcelaridade<sup>30</sup>, princípio da verticalização das coligações partidárias<sup>31</sup>.

Enfim, é neste cenário de jurisprudencialização dos valores, que se pode dizer que Alexy é influenciado pela fórmula Radbruch e de como esse ranço neokantiano – de refundação de uma filosofia de direito material – acabou

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 97-100.

 $<sup>^{22}</sup>$  Cf., por exemplo, no STJ, REsp nº 1.127.179/RS, REsp nº 980.706/RS, no STF, HC nº 97256/RS, ADPF nº 101/DF e ADPF nº 130/DF.

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz. Ibid., p. 21.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed., rev. ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 479 et seq.
<sup>25</sup> Referidos nos fundamentos dos votos que julgaram conjuntamente a ADPF 132/RJ e ADI

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Referidos nos fundamentos dos votos que julgaram conjuntamente a ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, sobre a constitucionalidade das uniões homoafetivas.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 294 passim.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Veda qualquer mecanismo ou artifício que busque abrandar, suavizar, abreviar, dificultar ou impedir a ampla produção de efeitos dos princípios constitucionais. Id. Ibid., p. 295.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Se deve a proibição de qualquer meio aparentemente legal buscando atingir finalidade ilícita. Id. Ibid., p. 294.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Supostamente extraído do art. 16 da CF/88 o qual estabelece a regra de que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando a eleição que ocorra em até um ano da data do início de sua vigência. Id. Ibid., p. 294.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Prevê que o STF no controle concentrado pode julgar parcialmente procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade. Id. Ibid., p. 315. Mas será que isso um princípio?

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Como a própria afirmação do autor, reconhece que não é princípio, mas regra de caráter nacional dos partidos políticos que os obriga a coligação vertical de modo a dar coerência partidária e consistência ideológica das agremiações e alianças como forma de aperfeiçoamento do sistema político-partidário. Id. Ibid., p. 1042-1043.

contaminando a doutrina e a jurisprudência no Brasil, nos legando, tal qual na Alemanha, o preco do relativismo da teoria dos valores<sup>32</sup> e do voluntarismo judicial.

As críticas acerca do relativismo da jurisprudência dos valores e da influência da fórmula radbruchiana fizeram Alexy, em sua obra El concepto y la validez del Derecho<sup>33</sup>, esclarecer que a fórmula radbruchiana pode vir a ser atualizada a partir da colocação dos direitos humanos como um critério de correção da aplicabilidade e da valoração do Direito Positivo. Para Alexy, tal critério se justifica como meio do juiz decidir, em cada caso concreto, acerca da incoerência existente entre o Direito Positivo e os direitos humanos.

Com isso Alexy não esconde sua visão de que o direito positivo é dependente de uma avaliação subjetiva de seu intérprete, o qual tem a função de corrigi-lo eticamente, sob a alegação de que tal critério ético-corretivo seja capaz de por si estabelecer esse acoplamento ético às normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto. Em resumo, Alexy busca adequar o direito positivo à finalidade de servir os valores jurídicos e a ideia de justiça, o que convencionou estabelecer: a moral como corretiva do direito e que contribuiu para a corrente de pensamento chamada de Jurisprudência dos Valores.

E, justamente por isso, em tempos de constitucionalismo democrático, como no Brasil, delegar ao juiz (intérprete), o poder de eticizar o Direito, é conspirar contra a própria democracia (contra a Constituição), ou seja, o direito formulado pela vontade legitimada de milhões de nacionais (vontade formal e material do povo) passa a depender do voluntarismo axiológico de uma pessoa ou de uma minoria sem representatividade democrática e que, como exemplificado, sem critério adequado, poderá ser até mesmo contra a Constituição<sup>34</sup>.

Afinal de contas, neste cenário de insuficiências ônticas, a lógica prevalente (e preocupante) é de que num Estado que 'leva a sério' a democracia, a norma deve ser realizada primariamente pelo legislador, no entanto, 'na falta

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. El Concepto y la Validez del Derecho. Trad. de Jorge de Sena. Espanha, Barcelona: Gedisa, 1994, p. 33.

<sup>32</sup> KAUFMANN, A. HASSEMER, W., op. cit., p. 136.

Ilustrativamente, podemos destacar trecho do voto do ex-Ministro Eros Grau, na ADPF 144, oportunidade em que defendeu o que chama de ética da legalidade. A discussão envolvia a constitucionalidade do estabelecimento, pelo Poder Judiciário, de critérios de inelegibilidade no que tange à vida pregressa dos candidatos a cargos políticos apenas pela inércia do Poder Legislativo (ausência de Lei Complementar), oportunidade em que referiu: "não está autorizado a substituir a ética da legalidade por qualquer outra"; para o eminente Ministro, a ética da legalidade a que se refere percebe-se no respeito ao caráter deontológico do Direito, e na impossibilidade de romper e substituir a racionalidade formal do Direito Moderno em detrimento de outra racionalidade substancial (material) "que, fatal e irremediavelmente, será resolvida, no bojo da díade violência/ direito, pelo primado do primeiro termo". Significa que toda argumentação que objetiva tornar devido um juízo moral, individual, um mero valor, é uma violência. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 144/DF. Disponível em: <a href="http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP="http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp.g AC&docID=608506>. Acesso em: 28 ago. 2011.

de norma' (sic), ou diante de sua inadequação em face dos valores constitucionais em jogo, a competência transfere-se para o juiz $^{35}$ .

Neste ponto, converge a crítica de Marcelo Cattoni de Oliveira<sup>36</sup> no sentido de que a visão paradigmática da ponderação de valores termina por *judicializar a política*, julgando à luz de pretensos valores supremos da comunidade, a que os Tribunais Superiores teriam acesso privilegiado. Em outras palavras, arremata dizendo que partidários desse tipo de ativismo judicial atribuem ao judiciário o papel de tutor da política, um superpoder quase constituinte, e permanente, como pretensa e única forma de garantia de uma democracia materializada e de massa, sem, contudo, considerar os riscos a que expõe o pluralismo cultural, social e político, próprios a um Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, no Brasil, o risco de se apostar na Constituição como uma ordem concreta de valores a serem desvelados pelo intérprete, somente poderia redundar num judiciário como o guardião da moral e dos bons costumes, uma espécie do Poder Moderador, ou, quem sabe, do Santo Ofício, a ditar um *codex* e um *índex* de boas maneiras para o Legislativo e para o Executivo<sup>37</sup>.

#### 2. A MORAL COMO CORRETIVA DO DISCURSO JURÍDICO: A DISCRICIONARIEDADE 'LEGITIMADA' (PROCEDIMENTALMENTE) NA RELAÇÃO ENTRE DISCURSO PRÁTICO GERAL E O DISCURSO PRÁTICO ESPECIAL

A preocupação de Alexy quanto à indeterminação do Direito, portanto, se deve a cultura do Tribunal Constitucional alemão no uso da técnica da ponderação de valores em conflitos entre princípios e direitos fundamentais e as deficiências de racionalidade derivadas de sua aplicação. Ou seja, seu objetivo é a constituição de um procedimento para fundamentação lógica do discurso jurídico enquanto caso especial do discurso prático e que se satisfaz com uma verdade a ser extraída de um consenso, enfim, a correção do discurso se valida na racionalidade da argumentação desenvolvida.

Para a teoria argumentativa alexyana<sup>38</sup>, o discurso jurídico é especial porque sofre uma espécie de limitação endógena do próprio sistema (lei, dogmática e precedentes) que pretende articular na forma de enunciados normativos (deônticos) e, por isso, também, é um discurso prático. No entanto, na racional argumentação de Alexy, as teses do discurso prático geral e do

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA - ANO 7, Nº 25, P. 87-114, OUT./DEZ. 2013

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil* (193- 284). BARROSO, Luis Roberto (org.). A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 271.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 121-122.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Ibid., p. 122.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.* 2. ed., São Paulo: Landy, 2005, p. 209-211.

discurso jurídico especial se complementam, na medida em que supostamente onde a razão jurídica não alcança (por conta de suas limitações internas), a razão prática daria a abertura necessária para a inserção dos valores como corretivo aos desvios do discurso jurídico.

Trata-se, enfim, de uma pretensão de fundamentação racional do ordenamento jurídico cujo marco da racionalidade não é dado pela razão pura, mas pela razão prática numa dimensão axiológica. É, portanto, quando Alexy descreve 'o discurso jurídico como caso especial do discurso prático em geral' que dá-se o encontro da sua teoria da argumentação jurídica com a fórmula do direito injusto de Gustav Radbruch<sup>39</sup>.

Isso se traduzirá no fato de que para tese alexyana os enunciados normativos podem ser dos tipos axiológicos e deônticos (proibição, mandamento, permissão), o que revela que o filósofo aceita o dualismo kantiano – entre ser e dever ser – neste contexto, operando o discurso prático um conjunto de enunciados produzidos sobre o dever ser tanto deôntico como axiológico – típico do neokantismo da escola de Baden, conhecido como jurisprudência dos valores<sup>40</sup>–, fazendo com que esse discurso atue tanto no âmbito do agir humano como de todo o universo da cultura.

Assim, o conceito de norma no âmbito da argumentação jurídica ganha um sentido deôntico onde está compreendido o que se entende por princípios e regras e, um sentido axiológico, composto por um conjunto de regras e critérios que surgem de forma complementar àquelas. Contudo, essa diferenciação não é suficiente para ilidir a possibilidade de que os 'valores' entrem pelos princípios, os quais, embora deônticos são usados ponderativamente através de um juízo valorativo — será aqui, portanto, onde ingressa o discurso prático no discurso jurídico de modo a complementar/corrigir as pretensas insuficiências/indeterminações do Direito.

Ou seja, ao relacionar a pretensão de correção no direito e o discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral, a aplicação da norma poderá decorrer de processos de justificação interna e externa<sup>41</sup>. O processo de justificação interna restringe-se ao próprio discurso jurídico – meramente decorrente de um silogismo analítico –, típico do modelo subsuntivo, tido como 'suficiente' para casos fáceis. Mas, quando diante de casos difíceis, isto é, aqueles casos em que a subsunção é insuficiente, opera-se o processo

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Id. Ibid., p. 209-214.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> A jurisprudência dos valores tem como vertente o neokantismo sudocidental alemão do início do século passado, dentre seus expoentes encontram-se os filósofos Heirich Rickert, Emil Lask e Gustav Radbruch. Trata-se de um movimento que acentua a razão-prática e as normas axiológicas, desapegado do formalismo, atuando na colocação cultural do Direito e da necessária complementação dos esquemas formais com valores. DUTRA, Jeferson Luiz. *Jurisprudência dos Valores*. In BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 490.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> ALEXY, Robert. Ibid., p. 217 et seq.

de justificação externa (adjudicadora do discurso jurídico<sup>42</sup>), valendo-se do discurso prático geral, o qual diz respeito às 'premissas não extraídas do direito positivo', surgindo aqui o problema da moral corretiva do discurso jurídico.

E isso, de certa forma, irá se refletir na classificação normativa elaborada na obra Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, onde as regras constituem mandamento de definição e, portanto, são satisfeitas ou não satisfeitas na medida de sua prescrição, ao passo que os princípios, enquanto mandamentos de otimização, dão a margem necessária para outras possibilidades fáticas e jurídicas<sup>43</sup>. A concepção como mandamento<sup>44</sup> de otimização dá a abertura necessária ou ordenação para que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades existentes<sup>45</sup>. Nessa concepção aberta de otimização é que a coexistência de princípios poderá resultar em colisão, daí requerendo solução, pelo criticado juízo subjetivo e valorativo do intérprete, pretensamente regrado e limitado racionalmente pela ponderação.

Nesse contexto, os princípios, portanto, estão sempre no segundo plano ou no plano complementar, como se fossem um repositório de sentidos subsidiário às eventuais insuficiências ônticas das regras. Daí é que exsurge toda a problemática oriunda de uma cisão entre regras e princípios que será abordado adiante.

A concepção da pretensão de correção do Direito segundo Alexy<sup>46</sup> não só faz dele um caso especial do discurso prático geral como também estabelece uma conexão conceitualmente necessária entre Direito e Moral, tornando supostamente sua teoria essencialmente não-positivista e 'legitimada' na racionalidade de seus argumentos, sem que isso queira dizer que há algum compromisso com eventual concepção democrática de Direito.

Por tal razão é que as teorias argumentativas em geral não escapam da filosofia da consciência, as quais não superando o esquema sujeito-objeto, ainda permanecem imersas na subjetividade. É por isso que a tese da moral como corretiva do Direito, não encontra recepção, especialmente, no direito brasileiro, ante o caráter principiológico do Estado Democrático de Direito onde a moral deixa de ser autônoma-corretiva, para se tornar co-originária ao (e com o) Direito<sup>47</sup>.

A pretensa separação entre razão teórica (direito) e razão prática (moral) não passa de abstração metafísica, pois numa concepção democrática o jurídico já está desde sempre albergado pela moral, fazendo com que os

DIREITOS FUNDAMENTAIS  $\mathcal{E}_T$  JUSTIÇA - ANO 7, N° 25, P. 87-114, OUT./DEZ. 2013

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito.* Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, p. 184.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup>3 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 87.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Cf. nota explicativa nº 23, o conceito de mandamento é utilizado em sentido amplo, que inclui também as permissões e as proibições. Id. Ibid., p. 90.

<sup>45</sup> Id. Ibid., p. 90-91.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Id. Teoria da Argumentação Jurídica [...], p. 212-213.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Cf. Lenio referenciando Habermas. In: STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: [...], p. 173.

princípios não se prestem ao papel complementar/secundário de *plus* axiológico-interpretativo, por meio dos quais o juiz tem o poder transcendental, sempre arbitrário, de revelar os valores supostamente ocultos no texto.

Isso fica bem evidente em Alexy quando ele afirma que a pretensão de correção se revela na escolha – moral – da solução que melhor represente o direito como uma pretensão formal e material, 48 como se fosse a pretensão corretiva um caminho relacional entre as dimensões reais e ideais do direito a ser percorrido pelo intérprete, a despeito do significado do Direito institucionalizado democraticamente.

Não se pode olvidar que o texto constitucional brasileiro é resultado de um livre movimento democrático e que, desde a sua origem, traz consigo institucionalizado os 'valores' culturais de nossa sociedade. Por isso, tentar (re)introduzir a moral sob o álibi da correção normativa, é conferir ao juiz superpoderes, em detrimento de todo o significado do movimento constitucional-democrático ocorrido depois da segunda grande guerra e, por via de consequência, uma desnecessária porta aberta para o retorno da discricionariedade autoritária e o que é pior, pela via judicial (contramajoritária).

A Constituição do Estado Democrático de Direito prescinde da pretensão corretiva da moral – fundamentada na idéia do discurso jurídico como caso especial do discurso prático em geral – e como tal, não pode ser recepcionada sem críticas, sob pena de se aliar ao senso comum que assola grande parte da dogmática brasileira. Apostar na discricionariedade das teorias alexyanas, mormente, a da técnica ponderativa, quando se está diante de um Direito gerado democraticamente e juridicamente institucionalizado, traduz-se num retrocesso do processo de concretização da Constituição o que, em última análise, representa também uma violação do próprio ideário de justiça de toda uma sociedade e um desprestígio com toda a sua história de lutas e conquistas.

Trata-se, portanto, de combater a performaticidade das pretensões teóricas do positivismo com a recuperação do mundo prático dando vida aos casos concretos e contrastando-os com a realidade da Constituição. A historicidade e a faticidade da hermenêutica (filosófica) não compactuam com os convencionalismos jurídicos ou com discursos legitimados procedimentalmente – descompromissados com as verdades conteudísticas –, sendo somente no modo prático do sentido do ser, é que podemos auferir respostas adequadas constitucionalmente para os conflitos originados no seio da sociedade.

# 3. A ESTRUTURA DA NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL: A (IN)DEVIDA CISÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Como refere Alexy, a sua teoria dos direitos fundamentais pressupõe uma teoria da norma. Com efeito, sua teoria da norma é semântica<sup>49</sup>, de forma

-

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> ALEXY, Robert. *Institucionalização da Razão*. In ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 20.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Cf. o debate teórico entre Robert Alexy e Friedrich Muller.

que essa distinção (semântica) vai admitir que a norma se divida em regras e princípios<sup>50</sup>. A distinção entre regras e princípios, a qual, também, irá determinar sua distinção aplicativa aos chamados casos fáceis (easy cases) e casos difíceis (hard cases)<sup>51</sup>, se revela na Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy como de extrema importância, pois constitui a base da sua teoria e ponto elementar para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais<sup>52</sup>.

Noutras palavras, se pode dizer que nessa concepção semântica, o filosófo alemão deixa de problematizar de forma objetiva a questão da interpretação, porque na realidade aposta que as decisões podem invariavelmente se satisfazerem mediante remissão direta ao texto, prescindindo de qualquer raciocínio interpretativo, como é típico do positivismo clássico. E quando tal 'procedimento' se revelar ineficiente, se delegaria ao juiz o poder de suplantar/ colmatar as insuficiências do direito, como é peculiar na discricionariedade positivista.

O semanticismo, como refere Rafael Oliveira, com apoio em Lenio Streck, é fatalista, pois delega àquele sujeito da modernidade, signo de uma subjetividade solipsista, o poder discricionário de resolver a demanda<sup>53</sup>, justamente porque aprisionam o mundo prático na razão teórica, não fugindo do velho problema positivista de equivaler texto e norma – como se texto tivesse um sentido em si mesmo – descuidando-se do fato de que a norma é sempre produto de uma interpretação<sup>54</sup>.

Como já destacado anteriormente, em Alexy tanto regras como princípios são espécies de um gênero maior – normas – veiculadas por meio de expressões deônticas básicas do dever (um mandamento, uma permissão e uma proibição), mas, ambos são razões para juízos concretos de deve-ser,

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* [...], p. 58-60; 85.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> A conceituação a seguir bem revela a dificuldade das teorias procedimentalistas que operam no nível explicitativo, destacando a questão da subsunção "simples", a possibilidade das múltiplas respostas e as 'complexas e refinada técnicas de decisão' que seriam mais que interpretação – algo obscuro que só a discricionariedade seria capaz de alcançar e sem lançar mão de interpretação (sic). Para Steinmetz casos fáceis são "Casos rotineiros são aqueles que exigem uma simples ou mera aplicação de normas jurídicas. São casos que ocorrem em massa. As decisões são mecânicas ou quase mecânicas. Nele não há margem para dúvidas e alternativas. Na maioria das vezes, um simples enquadramento, uma simples subsunção, uma simples interpretação de disposições normativas são o suficiente para a decisão final' e Casos difíceis ou duvidosos são aqueles cuja decisão normativa final não é alcançada com uma simples interpretação e aplicação de normas. [...] não há uma única solução correta possível. Cogitam-se de alternativas. São situações que exigem complexas e refinadas técnicas de decisão. STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 66-67.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Id. İbid., p. 85.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008. p. 221.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009, p. 225.

ainda que sejam espécies de normas diferentes<sup>55</sup>, porém proporcionadoras de diferentes fundamentações conforme a sua estrutura.

Porém, a realização das diferentes fundamentações constitui a essência da distinção. Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, daí a ideia de princípios como mandados de otimização. De outro lado, as regras são normas que somente admitem um comportamento e dentro daquilo que ela delimita fática e juridicamente. Não se trata, enfim, somente de uma distinção de grau, mas, sobretudo, uma distinção qualitativa <sup>56</sup>, ou seja, seus atributos é que irão determinar, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, o alcance da sua aplicabilidade.

Essa diferença de qualidade, que não afasta sua possibilidade de graduação, estabelece que os princípios são como comandos de otimização prima facie (não operam no plano da validade), porque ordenam que algo seja realizado na maior medida possível e de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, isto é, o mesmo princípio vale para um determinado caso, porém pode ser derrogado noutro conforme as razões do caso. Já as regras, mais inflexíveis, somente admitem realização dentro do âmbito de suas determinações (definitivas –'tudo ou nada') e de forma geral, ciente de que essa determinação pode fracassar por impossibilidade jurídica ou fática, o que poderá conduzir a sua invalidade; mas se não for o caso, vale, então, definitivamente, o que a regra diz.

Numa leitura apressada se pode identificar que existe até mesmo confusão em autores tidos como 'especialistas' no tema, por todos vale referir Ana Paula Barcellos para quem a distinção estrutural entre regras e princípios concebe a possibilidade, inclusive, de colisão entre tais – entre regras e princípios – e o que é pior com o seguinte desfecho: 'os enunciados com estrutura de regra (dentre os quais os núcleos dos princípios que possam ser descritos dessa forma) tem preferência sobre aqueles com estrutura de princípios' mais:

[...] diante de um conflito insuperável pelos métodos tradicionais de interpretação [...], o principio deve ceder e não a regra, já que as regras, como padrão geral, não devem ser ponderadas. [...] isso se deve tanto de algumas distinções essências ente princípios e regras, que já se tornaram correntes na doutrina brasileira e estrangeira, quantos dos próprios conceitos de Constituição e democracia. 58

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Id. *Teoria dos Direitos Fundamentais* [...] p. 87.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> A terceira tese, por sua vez, sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, *mas uma diferença qualitativa*: essa é a tese correta e que aposta nos princípios como a possibilidade de realização na maior medida do possível, o que não acontece com as regras. Id. Ibid., p. 90-91.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 125.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Id. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional.* 49-119, p. 69. In BARROSO, Luis Roberto (org.). A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

A justificativa da autora surge da imagem – equivocada (sic) – de que os princípios como círculos concêntricos, que ocupam grandes áreas, atuam de maneira difusa e com pouca densidade (com exceção do seu próprio núcleo), por outro lado, as regras figurariam como pontos de certeza espalhados por toda essa superfície. Os princípios, então, teriam um largo campo de atuação possível, dentro de cujos limites, as opções políticas podem ser consideradas legítimas, porém as regras correspondem exatamente as decisões políticas específicas, de efeitos determinados, já tomadas no interior de tais fronteiras.

Em suma: seja porque essa é a consequência natural entre princípios e regras, seja porque, considerando o contexto constitucional, as duas espécies normativas desempenham funções diferentes, o primeiro parâmetro que deve orientar a ponderação significa que a regra deve ter preferência em face dos princípios. Assim, diante de um conflito insuperável entre regra e princípio que demande a ponderação de um dos elementos em choque, a regra constitucional (aqui incluído, repita-se, o núcleo dos princípios) deve ser preservada e o princípio comprimido.<sup>59</sup>

Convergindo com a citada autora, o próprio Barroso em sua obra Interpretação e Aplicação da Constituição 60 afirma que:

[...] já se discute tanto a aplicação do esquema tudo ou nada aos princípios como a possibilidade de as regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios [...] apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinando ambiente, ou, ainda, há hipóteses em que a adocão do comportamento descrito pela regra violara gravemente o próprio fim que ela busca alcançar [...]'

Ainda que não amenize a problemática da pretensa colisão entre regras e princípios, Virgílio Afonso da Silva refere que esse conflito é meramente hipotético, de modo que "em geral a aparente colisão entre um princípio e uma regra nada mais é que o resultado de um processo de restrição ao princípio, cuja expressão é a regra. 61"

Fundamentalmente se observa é que os partidários das teses alexyanas não consequem superar o positivismo, para quem o direito é reduzido ao modelo de regras, desconsiderando a função normativa e hermenêutica dos princípios e seu papel ontológico em relação às regras. Por via de consequência servem os princípios para o ingrato papel de restrição aos Direitos Fundamentais, como propriamente reconhece Virgílio Afonso da Silva ao dizer

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Id. Ibid., p. 82-83.

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed., rev. atual. e ampl. Saraiva: São Paulo, 2004, p. 357-358.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.* São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 141.

que materialmente, as restrições que sofreriam os Direitos Fundamentais seriam por causa dos princípios, já que a tomada de posicionamento dos princípios como mandamentos de otimização implicaria a adoção de uma teoria do suporte fático amplo, e assim, como consequência da sua amplitude, provocaria sempre uma colisão entre princípios. 62

Portanto, a cisão estrutural - regra/princípio, fato/direito, interpretação/ aplicação, easy cases/hard cases -, nada mais representam do que o isolamento do mundo prático (sequestro da realidade), questão que as teorias argumentativas (analíticas) não conseguem superar e, por consequência, terão sempre que lidar com a possibilidade de múltiplas respostas ou mesmo a existência de dois juízos de dever-ser contraditórios.

O mesmo se diga que acontece na proposta de Klaus Günther, o qual embora também tenha buscado resolver o problema da aplicação do direito, o fez a partir de uma distinção – a distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação<sup>63</sup>. Ainda que não sejam as teorias desse autor o objeto da crítica desse trabalho, se pode afirmar que essa cisão entre justificação e aplicação, a exemplo do que acontece na teoria de Alexy, é hermeneuticamente impossível. Como diz Streck, para a hermenêutica (filosófica), a applicatio é síntese da compreensão, de modo que não pode ser vista como uma fase posterior da interpretação ou compreensão<sup>64</sup> ou separada da fundamentação. Com efeito, ao tempo que a hermenêutica pressupõe o mundo vivido (antecipação de sentido), nas teorias procedurais, dentre elas as de Günther e Alexy, como a aplicação é secundária – no nível explicitativo –, não conseguem senão por 'consenso', partir da razão prática do sujeito, a produção de sentido. Logo, é essa dependência da subjetividade que as fazem conviver com a realidade da multiplicidade de múltiplas respostas para o mesmo caso.

Por isso é que se pode dizer que as teorias argumentativas não acompanham a hermenêutica na superação do esquema sujeito-objeto<sup>65</sup> e no anti-relativismo. O interpretativismo semântico - a objetividade de buscar significado nos textos com base em regras universais - é superado pela hermenêutica, que coloca o *locus* da compreensão no modo-de-ser e na faticidade (mundo prático)<sup>66</sup>, no acontecer da intersubjetividade.

Nessa mudança paradigmática, a visão se mostra completamente diferente. Para a hermenêutica, princípios têm a finalidade de impedir múltiplas respostas e, portanto, os princípios fecham a interpretação e não a abrem<sup>67</sup> -

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> Id. Ibid., p. 142.

<sup>63</sup> Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004, p. 70 et. seq.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Id. *Verdade e Consenso*: [...], p. 68.

<sup>65</sup> Cf. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). Ibid., p. 154.

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e "o problema da discricionariedade dos juízes". Disponível em: <a href="http://www.anima-opet.com.br/primeira\_edicao/artigo\_Lenio\_Luiz\_">http://www.anima-opet.com.br/primeira\_edicao/artigo\_Lenio\_Luiz\_</a> Streck\_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2013. <sup>67</sup> ld. *Verdade e Consenso* [...], p. 519-520.

não são mandados de otimização – como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação, justamente por entenderem que, na cisão estrutural entre regras e princípios, existe um grau maior ou menor de subjetividade do intérprete (discricionariedade).

Observe que a semanticidade das normas, na teoria alexyana, se deve justamente a permissão para permitir uma maior margem (discricionariedade) de atuação do intérprete, especialmente nos princípios enquanto instrumentos de interpretação extensiva. Aliás, como também podemos observar em Bulos<sup>68</sup>, o qual observa nos princípios – como mandamentos de otimização – uma 'técnica que permite ao intérprete tornar ótimo o conteúdo dos princípios, ampliando, reduzindo, harmonizando e compatibilizando os interesses em disputa, como melhor saída para descortinar o sentido mais profundo das Constituições'.

No sentido hermenêutico, regras e princípios são diferentes, mas não separados. Sempre onde houver uma regra haverá um princípio e vice-versa, pois os princípios atuam como legitimadores ontológicos das decisões, pois determinam a razão da regra, de modo que num único caso simultaneamente poderá haver, inclusive, a atuação de vários princípios. A diferença é que operar no nível hermenêutico — da pré-compreensão antecipadora — é superar os dedutivismos-objetivistas de que o princípio por si resolve, quando na realidade os princípios são condição de possibilidade legitimadora da decisão, de modo que quando eu não me pergunto pelo princípio é que ele foi efetivamente cumprido. <sup>69</sup> Por exemplo, quando não se questiona pelo princípio da igualdade, é porque ele foi cumprido. Agora, quando se questiona, é preciso trazê-lo a lume para contrastar a decisão com a história institucional do Direito, visando recuperar o mundo prático.

Fundamentalmente, o significado de 'princípio' deve ser examinado no contexto de ruptura paradigmática com o modelo subsuntivo, com a finalidade de transpor a abstração da regra legada pelo positivismo, com a reintrodução do mundo prático no direito (faticidade). Enfim, trata-se de um problema hermenêutico (compreensão) e não analítico-procedimental (fundamentação)<sup>70</sup>:

Insisto: falar em argumentação ou falar em hermenêutica faz uma diferença qualitativa. Quando se diz há um ônus argumentativo para o afastamento de um precedente, está-se a assumir uma postura meramente persuasiva da justificação deste ônus. Ou seja, aquele que possuir o melhor argumento, do ponto de vista abstrato, pode quebrar o elo da cadeia histórica e firmar um novo sentido para a decisão que se coloca em tela. Ora, na hermenêutica, esse caráter persuasivo é afastado no momento em que o acesso à verdade é buscado de um

-

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* 5. ed., rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 454.

<sup>69</sup> Id. Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: [...], p. 238.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso [...], p. 175.

modo originário e concreto - no âmbito das estruturas de sentido do logos hermenêutico. Em lugar do melhor argumento, o argumento verdadeiro. 71

A cisão entre regras e princípios se dá meramente na linguagem, caracterizada pela unidade de serem espécies do gênero norma, mas com funções estruturais diferentes. Nesse paradigma não há como perceber a diferença ontológica entre regras e princípios. Isso quer dizer que o Direito entificado semanticamente na regra, ganha sentido na diferença ontológica, a qual pressupõe a presença de um ou vários princípios que dão significado/ sentido a regra, pois os princípios representam o mundo vivido e as experiências históricas que orientaram a criação da regra.

Os princípios da dignidade da pessoa humana, do contraditório, da isonomia não existem abstratamente, semanticamente falando, isto é, só existem na cotidianização da regra - não sua aplicação eles acontecem. A regra é, portanto, uma dedução do princípio<sup>72</sup>. É neste sentido que se diz que o positivismo é invadido pelo mundo prático e assim é que deve ser entendida a relação entre fenomenologia hermenêutica e o Direito - do mesmo modo como o mundo prático é introduzido na filosofia (esse é o papel da viragem linguístico-ontológica).

Os princípios não possuem sentido no contexto meramente semântico, pois é o mundo prático que lhes dá significatividade, fora disso, o princípio nada mais é do que um objeto à disposição de um sujeito cognoscente -'o intérprete' -, apto a colmatar qualquer suposta falha do discurso jurídico, e nisso é que reside o fundamento da cisão estrutural alexyana, como uma válvula para o velho problema da discricionariedade a pretexto de corrigir o Direito.

Observe, portanto, que a solução não está fora do discurso jurídico, ou como concebe Alexy, numa outra dimensão no discurso prático<sup>73</sup> – adjudicadora e predadora da autonomia do Direito -, mas numa nova compreensão introduzida, a qual se entende por giro linguístico-ontológico, onde direito e moral são co-originários, consubstanciadores de uma materialização principiológica proporcionada pelo Estado Democrático de Direito, que faz

<sup>72</sup> A regra não está despojada do princípio. Ela encobre o princípio pela propositura de uma explicação dedutiva. Esse encobrimento ocorre em dois níveis: em um nível, ele se dá pela explicação causal; noutro, pela má compreensão de princípio, isto é, compreende-se mal o princípio porque se acredita que o princípio também se dá pela relação explicativa, quando ali já se deu pela pré-compreensão, o processo compreensivo. O princípio só se "realiza" a partir de uma regra. Não há principio sem (alg)uma regra. Por trás de uma regra necessariamente haverá (alg)um princípio. Se acreditarmos que existem princípios sem regras, acreditaremos também que há normas sem textos. Logo, haveria, o como hermenêutico (als) sem o como apofântico (wie);

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Id. Ibid., p. 505.

o ontológico sem o ôntico. Id. Ibid., p. 523.

73 Cf. O Discurso Jurídico como Caso Especial do Discurso Prático Geral. In ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed., São Paulo: Landy, 2005, p. 209 et seq.

com que o compreender e interpretar já pressuponham a presença dos princípios na análise do caso concreto.

# 4. A APLICAÇÃO DAS REGRAS E A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS: O 'TUDO OU NADA' E O 'FÓRMULA DO PESO'

A deficiência da concepção fundada na cisão estrutural entre regras e princípios se revela principalmente na procedimentalização de suas respectivas aplicações.

As regras, enquanto baseadas num discurso de justificação interna, são projetadas na base do tudo ou nada, – um problema jurídico encontra (ou não) no texto a regra pronta e acabada, num típico positivismo primeiro (texto igual a norma) – isso porque as regras satisfazem no método subsuntivo, carecendo de qualquer atividade interpretativa, é só aplicação, por isso é própria para 'casos fáceis'. Por sua vez, os conflitos de regras se resolvem no plano da validade, isto é, solvendo-se mediante as técnicas clássicas de antinomia, tais como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, embora o próprio Alexy reconheça que para solução também é possível proceder de acordo com a importância das regras em conflito<sup>74</sup>, o que, neste último caso, já é um grande relativismo.

Já, porém, no caso dos princípios, que ocorrem quando no âmbito da justificação interna não se encontra um regra adequada para o caso concreto, a justificação externa surgirá como uma possibilidade corretiva da insuficiência/ deficiências do Direito para então, argumentativamente, se elegerem quais os eventuais princípios estão 'abstratamente' em jogo. Aqui, não se questiona a validade dos princípios, mas seu peso, com a finalidade de definir as razões suficientes para que um prevaleça<sup>75</sup> em relação ao outro no caso concreto, de modo a criar no caso concreto, através da ponderação, uma regra derivada da proporcionalidade a ser subsumida, nessa suposta complexidade é que se falaria em 'casos difíceis'.

É de se convir, portanto, que em Alexy, tudo termina em subsunção, tanto na aplicação de regras com a aplicação direta das normas de direito fundamentais expressamente previstas no texto e sem qualquer intersubjetividade interpretativa; como na aplicação de princípios, que precedida de um processo de cargas argumentativas, permite a criação de uma regra (lei de colisão) dita como norma de direito fundamental atribuída que também será aplicada diretamente no caso concreto<sup>76</sup>.

A solução da 'colisão' entre princípios, assim consiste em, tendo em conta as circunstâncias do caso, estabelecer entre os princípios uma *relação* de precedência condicionada<sup>77</sup>. A determinação dessa relação de precedência

\_

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Id. Teoria dos Direitos Fundamentais [...], p. 93.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Expressão usada por Robert Alexy. Id. Ibid., p. 97.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Id. Ibid., p. 167.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> Id. Ibid., p. 96.

condicionada resulta da indicação das condições segundo as quais um princípio deve prevalecer sobre o outro, tomando em conta o caso. E, segundo outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente. Diante disso, essa lei traduz que não há uma relação entre dois princípios de mesma categoria que seja uma relação de precedência incondicionada, abstrata e absoluta, caso contrário, já se poderia eleger uma tarifação entre as normas, ou seja, sempre é uma relação que se verifica no caso concreto e de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas em jogo a serem 'avaliadas' pelo intérprete.

Na verdade na teoria alexyana, inexiste uma hierarquia formal e abstrata entre os princípios; a prevalência de um sobre o outro vai depender das circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto, por isso é que só pode existir relação condicionada – concreta e relativa. A grande discussão que fica é a de quem define e como definir as determinantes de prevalência, por meio do sopesamento entre os princípios, sem incorrer em discricionariedade. Não há como fugir, é puro pragmaticismo.

É bem verdade que, em se tratando de uma teoria procedimental e argumentativa, o seu mentor busca através de um ritual lógico-matemático da ponderação, em etapas<sup>78</sup>, evitar o subjetivismo do intérprete, mas como todas as teorias que operam no paradigma do esquema sujeito-objeto, qualquer metodologização é insuficiente.

Eis aqui a diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação: enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica – como já referido à saciedade – parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, "fechando" a interpretação, isto é, diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete. <sup>79</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> A hermenêutica jurídica praticada no plano da cotidianidade do direito deita raízes na discussão que levou Gadamer a fazer a crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar). A impossibilidade dessa cisão - tão bem denunciada por Gadamer - implica a impossibilidade de o intérprete "retirar" do texto "algo que o texto possui-em-si-mesmo", numa espécie de Auslegung, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (Sinngebung). Mais ainda, essa impossibilidade da cisão - que não passa de um dualismo metafísico - afasta qualquer possibilidade de fazer "ponderações em etapas", circunstância, aliás, que coloca a(s) teoria(s) argumentativa(s) como refém(ns) do paradigma do qual tanto tentam fugir: a filosofia da consciência. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (Horizontenverschmelzung), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos. Aplicar a "letra da Lei" é uma atitude positivista?. Revista NEJ -Eletrônica, Vol. 15, nº 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <ww6.univali.br/seer/ index.php/nej/article/download/2308/1623>. Acesso em: 15 fev. 2013.

Com isso se quer dizer que os princípios ao materializarem as regras orientam o processo de interpretação demonstrando que os enunciados jurídicos não se seguram numa suficiência ôntica, mas que são sustentadas por um mundo prático que lhes dão razão, o qual as teorias semânticas fazem questão de abstrair. Então, se as regras são criadas, em geral, com características de abstração e generalidade, caberá aos princípios, enquanto introdução do mundo prático no Direito, a função de dar-lhe individualização e concretude.

É preciso um elemento que pelo menos disponha sobre as experiências do mundo prático – os princípios operam nesse sentido! A defesa dos princípios na abstração/semanticismo é que proporciona a tão criticada criação princípios ad hoc, como já referenciado, pois em não estando arraigados a nenhum compromisso (tradição, no sentido gadameriano<sup>80</sup>), podem ser lançados a qualquer tempo e situação novos princípios simplesmente para argumentar a escolha/vontade do julgador, como, por exemplo, Dworkin assenta quando fala da integridade do direito:

O direito como integridade deplora o antigo mecanismo de que 'lei é lei', bem como o cinismo do novo 'realismo'. Considera esses dois pontos de vista na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos estadistas do passado, [...], mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica [...]. 81

A integridade é um compromisso das autoridades públicas de tratar os particulares de maneira consciente com princípios de moralidade política plasmados em instituições da comunidade, como o são a Constituição, as leis e os precedentes. Todavia, a noção de direito como prática interpretativa produz um conceito alargado de normatividade, que passa a reconhecer como normativos também padrões de conduta desenvolvidos a partir da convivência sempre mediada por uma consciência histórica que se desenvolve numa determinada comunidade.<sup>82</sup>

mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada. GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método:

Em Gadamer a tradição traduz-se numa herança histórica que se caracteriza por uma autoridade anônima, que, inclusive, condiciona no ser histórico e finito. Isso que dizer que não podemos nos afastar da herança histórica e da tradição, pois elas determinam nossas instituições e comportamentos. A tradição revela-se como contrapartida abstrata da livre autodeterminação, já que sua validade não necessita fundamentos racionais, pois nos determina de modo inquestionável. Estar inserido na tradição não é um comportamento objetivador, de tal modo que o que diz a tradição fosse pensado como estranho ou alheio; isto já é sempre algo próprio, exemplas e íntimo, um reconhecer-se. A tradição mais autêntica e venerável não se realiza naturalmente, em virtude da capacidade de permanência daquilo que, singularmente, está aí,

traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 421-424.

81 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 274.

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ibid., p. 179.

A integridade resgatada em Dworkin distingue (não cinde) casos fáceis e difíceis, assim como não cinde discursos de fundamentação de discursos de aplicação. Consequentemente, não desonera o juiz da elaboração dos discursos de fundamentação – que se dão previamente – e da reconstrução da integridade do direito, como condição de possibilidade para a resposta nos casos difíceis.

Isso é assim porque Dworkin critica o poder discricionário que Hart atribui aos juízes para solucionar casos difíceis, como se fossem uma porta aberta à criação do novo em prejuízos do direito já existente. Para Dworkin incompleto não é o direito, mas a imagem que dele produz o positivismo jurídico, razão porque o positivismo não consegue detectar na interpretação jurídica os argumentos de princípio presente no discurso jurídico<sup>83</sup>. Por isso, a teoria dworkiniana pode ser tida como antidiscricionária, motivo suficiente para frustrar eventuais tentativas de aproximar Dworkin e Alexy<sup>84</sup>.

Nesta esteira, com Rafael Oliveira<sup>85</sup> podemos dizer que os princípios não são cláusulas de abertura e, portanto, não exoneram conteudisticamente o juiz do dever de fundamentar, razão porque os princípios determinam o fechamento interpretativo e encerram o compromisso institucional do Direito com a tradição, coerência e integridade, todos contra a discricionariedade interpretativa.

Assim, da mesma forma que não se pode negar que a democracia e a separação dos poderes consolidam a vontade da maioria, também não se pode descuidar que o princípio contramajoritário também exerce um papel democrático fundamental, especialmente, quando a jurisdição constitucional é acionada para defender a Constituição – esse é o limite. Tudo que seja para além disso é decisionismo!

A preocupação com o controle das decisões judiciais é, portanto, uma questão de democracia, a qual tem na discricionariedade judicial ferrenha adversária, justamente porque o poder discricionário propicia que seu 'manipulador' dar vida ao seu próprio objeto de conhecimento, ou como refere Lenio Streck transforma os juízes em legisladores<sup>86</sup>.

Não resta dúvida que os textos podem apresentar imprecisões – vaguezas e ambiguidades e que os princípios podem ser mais abertos em termos de possibilidades de significado<sup>87</sup> – mas certo é, também, que sua determinação não pode ficar ao arranjo criativo do intérprete a despeito de toda a concepção democrática que deu origem àquele texto (legislação) e o devido compromisso com a Constituição.

<sup>87</sup> Id. Ibid., p. 88.

<sup>&</sup>lt;sup>83</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 50 et seg.

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> Cf. o esclarecedor paralelo distintivo traçado por Rafael Tomaz de Oliveira. Ibid., p. 163 et. seq. <sup>85</sup> Id. Ibid., p. 163.

<sup>86</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? [...]., p. 87-88.

Observe, portanto, que neste cenário de aposta na discricionariedade como possibilidade corretiva do direito, de cisão estrutural entre regras e princípios, de que regra é no tudo ou nada e princípios abrem interpretação, se está à mercê de juízos morais ou de conveniência particulares, em última análise, de escolhas de determinada minoria, acerca de suas concepções sobre de 'questões jurídicas'.

A resposta, portanto, é a necessária compreensão do significado de um novo paradigma que se instaura com o novo constitucionalismo do Estado Democrático de Direito com profundos reflexos no modo de interpretar o direito; de superação da discricionariedade solipsista do sujeito da modernidade; o que requer, portanto uma resposta filosófica, do deslocamento da razão do sujeito (filosofia da consciência) para a linguagem e o ingresso do mundo prático na filosofia (hermenêutica).

Essa desconcentração subjetivista, consubstanciadora do que se compreende por essa viragem linguístico-ontológica é que nos permite recusar concepções assujeitadoras de princípios com função colmatadora das deficiências jurídicas e regras com pretensão universalizantes — sem qualquer densidade fática.

Mais uma vez com Lenio<sup>88</sup> a regra jurídica (preceito) não trata de uma situação concreta, uma vez que diz respeito a inúmeras possibilidades, sendo aí que o princípio atua individualizando a *applicatio*. Princípio é, assim, realização da *applicatio*. E se o direito não cabe numa regra/precedente, é porque somente a reconstrução da situação concreta de um determinado será capaz de lhe dar significatividade, daí porque o processo de interpretação é criativo – não no sentido inventivo, mas construtivo – que se dá no caso concreto<sup>89</sup>.

Enfim, defender a cisão estrutural entre regras e princípios, acreditar que sopesamentos são capazes de dar respostas adequadas às indeterminações do direito, apostar que a razão teórica prescinde da faticidade (como se o texto (por si) sobrevivesse sem uma realidade subjacente) é, por derradeiro, acreditar em 'respostas antes das perguntas', admitir múltiplas respostas<sup>90</sup>, delegar as conquistas da democracia, operar no paradigma positivista, enfim, defender 'decisões anti-hermenêuticas'<sup>91</sup>.

# **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A proposta do presente trabalho foi desenvolvida no sentido de denunciar o problema democrático oriundo da discricionariedade judicial proporcionada

<sup>88</sup> Id. Ibid., p. 103.

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> Quando falamos em caso concreto não estamos a apregoar a análise individualizada, do tipo cada caso é um caso (casuística), mas o caso como um acontecimento onde o intérprete se depara com sua faticidade e sua compreensão acerca de determinada questão, de modo que sua atribuição de sentido seja obtida a partir de um compartilhamento, daquilo que é (ou deve-ser) o direito, coerente com a tradição jurídica.

<sup>&</sup>lt;sup>90</sup> Id. Ibid., p. 64

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Id. Verdade e Consenso [...], p. 124.

pelas teorias discursivo-procedimentais – especialmente a de Robert Alexy – e o modo pelo qual recebidas/aplicadas no Brasil, sem qualquer fidelidade originária e compromisso conteudístico e sob a ótica da hermenêutica (filosófica).

A grande crítica reside em que a verdade não pode surgir como o produto de uma fabricação artificial ou propriamente de um procedimento (métodológico) facilitador de escolhas morais, mas de um acontecimento lastreado pela história institucional mediada pela linguagem, isto é, a linguagem como mediadora entre texto e norma. Como assentado em Gadamer, a verdade se opõe ao método<sup>92</sup>, pois o 'método' – produzido no interior da modernidade ligado a ideia de certeza e definitividade – é sempre produto de um relativismo, aliás, como ficou bem evidente na descrição da ponderação à brasileira.

O uso das teses alexyanas no Brasil, não passam de uma equivocada importação de um modelo argumentativo e decisional descontextualizado histórica, política e juridicamente. E deixar de refletir sobre isso representa conspirar contra o significado do Estado Democrático de Direito e da Constituição compromissória e dirigente<sup>93</sup>, enquanto, *locus* da compreensão e condição de possibilidade de respostas hermeneuticamente corretas.

Embora não seja o objetivo fundamental deste trabalho, se verifica como oportuno destacar a necessidade de desenvolvimento de uma teoria da decisão<sup>94</sup> no Brasil e que se proponha a combater ao relativismo metodológico e a discricionariedade judicial e, em última *ratio*, que esteja comprometida com verdades conteudísticas auferidas constitucionalmente, enquanto direito fundamental no Estado Democrático de Direito.

A luta contra qualquer forma de discricionariedade intepretativa, se traduz num verdadeiro novo paradigma para uma teoria da decisão, como uma tentativa de blindagem às distorções pessoais, políticas e morais dos intérpretes. Assim, (re)significar a importância das circunstâncias do caso concreto e o devido compromisso com a história institucional do Direito em todos seus aspectos legislativo, doutrinário e jurisprudencial são avanços significativos contra a subjetividade predatória da autonomia do Direito nessa quadra da história.

Em qualquer caso, até mesmo nos 'hard cases', se é que eles existem filosoficamente, a decisão sempre deverá ser um produto de uma construção orientada por princípios (constitucionais) que traduzam a coerência e integridade do direito, jamais uma delegação às convicções pessoais do

<sup>93</sup> Na linha de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>92</sup> Cf. GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997.

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> Como por exemplo, a defendida por Lenio Streck em seu *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.* 3. ed., rev. ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

intérprete, especialmente, como proporcionado pela cisão estrutural entre regras e princípios.

As teses alexyanas que, mormente, vão desaguar na proporcionalidade, enquanto pretensa solução para os problemas das insuficiências do Direito, não significam mais do que um paliativo a verdadeira construção de sentido e onde se dá a pré-compreensão antecipadora numa perspectiva hermenêutica. Ao que se verificou, para Alexy, sobretudo, como usado no Brasil, a aplicação de regras e de princípios resultam de pura semântica e subsunções não-interpretativas. Por consequência, quando não se interpreta (sic), tudo é discricionariedade.

Ora, se entre as características do novo constitucionalismo está a função normativa dos princípios, seria uma contradição democrática delegar ao intérprete criar princípios *ad hoc* para fundamentar decisões judiciais. É preciso ser consciente de que, quando isso acontece, se está a (a)firmar a manutenção do paradigma da filosofia da consciência e do solipsismo. Uma decisão que fundamenta-se em princípios, sem qualquer enraizamento ontológico, não passa de uma tentativa (ineficiente) de dar uma volta (semântica) na sindicabilidade da jurisdição constitucional. Em suma, quando se admite a linguagem para atuar meramente no nível semântico-explicitativo (abstraindo o nível hermenêutico-compreensivo) o sujeito passa a ser o dono da própria verdade e sem qualquer comprometimento democrático.

A proporcionalidade de Alexy, portanto, enquanto metacritério ou fundamento último que sustenta o conhecimento/sentido para 'hard cases' é de cunho pragmaticista e, como tal, fatalmente discricionária. Noutra concepção (hermenêutica) a proporcionalidade só tem sentido se admitida em seu caráter ambivalente – enquanto dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais contra a proteção deficiente (*Untermassverbot*) e da proibição de excesso (*Übermassverbot*)<sup>95</sup>, pois vista sob esta perspectiva, o intérprete estará vinculado à sua condição de ser-no-mundo, isto é, compromissado com um compartilhamento de sentido fundado numa tradição restauradora e constitutiva do Direito.

É preciso, pois, enfrentar de forma crítica as premissas do positivismo ainda vigorantes no Brasil, as quais não conseguem se sintonizar com o novo constitucionalismo. Neste cenário, se verifica como a imperiosa necessidade de uma reformulação da teoria das fontes, da norma e da decisão a fim de convergir com a Constituição como principal fonte de validade e legitimidade do sistema jurídico, garantido por uma permanente jurisdição constitucional. A propósito, não há como se conceber uma jurisdição constitucional séria,

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA - ANO 7, Nº 25, P. 87-114, OUT./DEZ. 2013

<sup>&</sup>lt;sup>95</sup> Vide como referenciado pelo autor: SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.* In: Revista de Estudos Criminais, nº 12, ano 3, Sapucaia do Sul: Editora Nota Dez, 2003, p. 86 et seq.; Vide também MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

se ainda as 'principais' teses teórico-interpretativas e alterações legislativas apostam em protagonismos judiciais, em princípios gerais de direito, em modelos de regras e suas suficiências ônticas, verdades antecipadas (súmulas) e princípios sem enraizamento ontológico.

O controle das decisões no âmbito da jurisdição constitucional ocorre em meio ao dever público e inderrogável de fundamentar, a fim de que se opere, na plenitude, o controle contra as arbitrariedades advindas do poder de quem interpreta. É por isso, que as decisões solipsistas, por velarem a verdadeira vontade/convicção do julgador não combinam com o Estado Democrático de Direito, já que prejudicam o controle democrático das motivações o que, em última análise, excetuam a proteção de direitos fundamentais.

A busca de respostas corretas não preconiza a defesa de uma resposta definitiva, mas uma resposta que se sujeita a permanente construção pelo tempo (circulo hermenêutico), razão porque as respostas sempre devem ser construídas na aplicação — no caso concreto. Por isso é que a legitimidade procedimental oriunda das teorias de Robert Alexy são incapazes de produzir verdades conteudísticas, senão meramente de forma ocasional, uma vez que o método sempre separa o intérprete da realidade.

Enfim, ao se confessar a existência de um novo modelo de Direito (democraticamente instituído) e de Estado (Constitucional), se verifica, também, como necessário defender um novo modo de construir as decisões judiciais – transparente, democrático e que compartilhe sentidos a partir de uma tradição jurídica (vetor de racionalidade) mediadora da coerência e integridade do Direito, em detrimento de uma racionalidade procedimental dependente do sujeito e que 'apreende' os sentidos sempre a partir de um grau zero e nenhum enraizamento ontológico.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. *Institucionalização da Razão*. In ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed., São Paulo: Landy, 2005.

\_\_\_\_\_. El Concepto y la Validez del Derecho. Trad. de Jorge de Sena. Espanha, Barcelona: Gedisa, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional.* (49-119). BARROSO, Luis Roberto (org.). A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Interpretação e Aplicação da Constituição. 6. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* 5. ed., rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 454.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

DUTRA, Luiz Jeferson. *Jurisprudência dos Valores*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* Trad. Nelson Boeira. 3. ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. O Império do Direito. 1. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997.

GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A Forca Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOSANO, Mario. Sistema e Estrutura no Direito. Trad. Carlos Alberto Dastoli. Vol. II. São Paulo: Editora WM Martins Fontes, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito.* Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. Trad. de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SARLET, Ingo. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: Revista de Estudos Criminais, nº 12, ano 3, Sapucaia do Sul: Editora Nota Dez, 2003.

SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil (193-284). BARROSO, Luis Roberto (org.). A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.* São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 66-67.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

- \_\_\_\_\_. Hermenêutica e (pós)positivismo: por que o ensino jurídico continua des(sin)formando os alunos. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Porto Alegre, nº 7, p. 163-185, 2010.
- \_\_\_\_\_. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed., rev. ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- \_\_\_\_\_. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e "o problema da discricionariedade dos juízes". Disponível em: <a href="http://www.anima-opet.com.br/primeira\_edicao/artigo\_Lenio\_Luiz\_Streck\_hermeneutica.pdf">http://www.anima-opet.com.br/primeira\_edicao/artigo\_Lenio\_Luiz\_Streck\_hermeneutica.pdf</a>>. Acesso em: 22 jan. 2013.
- \_\_\_\_\_. Aplicar a "letra da Lei" é uma atitude positivista?. Revista NEJ Eletrônica, Vol. 15, nº 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <ww6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623>. Acesso em: 15 fev. 2013.