

## Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy<sup>1</sup>

*Why judicial discretion is a problem to Dworkin but not to Alexy*

Lenio Luiz Streck<sup>2</sup>

### Resumo

Em tempos pós-positivistas seria a discricionariedade (ainda) um problema? Na tentativa de desenvolver propostas teóricas rupturais ao Juspositivismo, a resposta a esta indagação assume significativa importância. Neste contexto, Ronald Dworkin e Robert Alexy em muitas oportunidades são colocados em posição de igualdade como se representassem este novo estado d'arte. Alexy, ao desenvolver a ponderação como método para a *aplicativo* dos princípios pressupõe a inexorabilidade do juízo discricional, intentando apenas racionalizá-lo. Em contrapartida, Dworkin é avesso a discricionariedade e desenvolve toda uma produção acadêmica sob esta perspectiva. Deste modo, entre Dworkin e Alexy, tem-se mais uma afastamento ao invés de uma aproximação, sobretudo, quando o problema é a discricionariedade.

**Palavras-chave:** Ronald Dworkin, Robert Alexy, Discricionariedade, Princípios Jurídicos

### Abstract

In post-positivist times, is judicial discretion – still – a problem? As we try to overcome legal positivism, the answer to this question is paramount. In this context both Ronald Dworkin and Robert Alexy have their theories been considered essentially equal, as if they both represented the state of the art of this question. Alexy, while developing weighing as a method for the application of principles presupposes judicial discretion as inevitable, trying only to rationalise it with this method. On the other side, Dworkin argues against judicial discretion throughout all its writings. In this sense, between Dworkin and Alexy, we have more of a separation than a proximity, especially when it's about judicial.

<sup>1</sup> Artigo recebido e aceito em setembro de 2013.

<sup>2</sup> Doutor em Direito do Estado (UFSC); Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (Portugal). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS. Professor visitante/colaborador da UNESA, Università degli Studi Roma Tre e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Procurador de Justiça (RS). Email: lenios@globo.com

**Keywords:** Ronald Dworkin, Robert Alexy, judicial discretion, juridical principles.

## **1. Hermenêutica e democracia: discricionariedades interpretativas, suas decorrências e consequências. De como o problema é paradigmático.**

O Estado Democrático de Direito proporcionou uma nova configuração nas esferas de tensão dos Poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo, circunstância que reforça, sobretudo, o caráter hermenêutico do direito. Afinal, há um conjunto de elementos que identificam essa fase da história do direito e do Estado: textos constitucionais principiológicos, a previsão/determinação de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e as crescentes demandas sociais que buscam no Poder Judiciário a concretização de direitos tendo como base os diversos mecanismos de acesso à justiça.

Ocorre que isso não pode comprometer os alicerces da democracia representativa. O grande dilema contemporâneo será, assim, o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito. Parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é (falácia do realismo)<sup>3</sup>. E também parece evidente que o constitucionalismo não é incompatível com a democracia. Mas, se alguém deve dizer por último o sentido do direito no plano de sua aplicação cotidiana, e se isso assume contornos cada vez mais significativos em face do conteúdo principiológico e transformador da sociedade trazidos pelas Constituições, torna-se

---

<sup>3</sup> A referência aqui é ao Realismo Jurídico. Este foi um movimento surgido nos Estados Unidos na primeira metade do séc. XX, num período de crise do estado liberal e de suas instituições representativas. Em linhas gerais, seu discurso apresentava uma crítica radical ao positivismo legalista e ao positivismo conceitual/analítico. Os realistas denunciavam a ideia de um sentido objetivo das normas jurídicas, que seriam abstraídas dentro do sistema como um mito idealista. Segundo Oliver W. Holmes (1841 – 1935), juiz da Suprema Corte Americana na época, o direito nada mais seria do que a previsão do que farão os tribunais. Entretanto, esta previsibilidade/tendência não parte de uma ordem ideal prévia, mais sim, daquilo que os juízes, concretamente, nas decisões dizem sobre o que venha a ser o direito. *“Para esta corrente, o direito se extrai das sentenças. Graças a essa análise pode-se razoavelmente (não mais, assim, racionalmente!) estabelecer como se comportarão os juízes no futuro. “What I mean by the law” afirma Holmes, são “the prophecies of what the courts will do in fact”* (LOSANO, p.144, 2010).

necessário atribuir um novo papel à teoria jurídica.

Em tempos de enfrentamento entre Constitucionalismo e positivismo (e os vários positivismos), é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se *interpreta*, como se *aplica* e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma *resposta correta* (constitucionalmente adequada), diante da (inexorabilidade da) indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países periféricos (que prefiro chamar de “países de modernidade tardia”, em que se destaca o Brasil) em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, a partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo, de um lado, exegético-normativista, e, de outro, fortemente decisionista e arbitrário, produto de uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento, consciente ou inconsciente, ao esquema sujeito-objeto.

As diversas teorias críticas (teoria do discurso habermasiana, as diversas teorias da argumentação, a hermenêutica, etc.) todas inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito, têm tido um objetivo comum: a superação do positivismo jurídico e das posturas doutrinárias que o sustentam. Entretanto, se existem pontos convergentes – como a necessidade de suplantarem as velhas teorias das fontes e da norma – o mesmo não se pode dizer acerca do que representa o processo de compreensão (interpretação) dessas rupturas paradigmáticas.

Nesta algaravia teórica – que repercute em nossa práxis jurídica – Ronald Dworkin é colocado, ao lado de Robert Alexy, como um dos nomes de maior expressão nesse novo *modus* de pensar e fazer o direito. Entretanto, como veremos, esta aproximação é minimamente questionável, sobretudo, sob o prisma do problema da discricionariedade. Dworkin em debate com Herbert Hart foi de encontro à tese por este sustentada acerca do poder discricionário aos juizes para solver os casos difíceis. Deste modo, e diante de sua vasta obra, percebe-se que

justilósofo norte-americano se propôs a construir uma teoria jurídica antidiscionária. Em sentido diverso, Alexy parece reconhecer que a discricionariedade é inexorável. Deste modo, desenvolve um procedimento que, em tese, traria maior controle e certeza às decisões judiciais. Todavia, durante as etapas da ponderação é perceptível não somente a ocorrência do juízo discricional, mas também a sua necessidade<sup>4</sup>.

Trata-se, portanto, de um choque de paradigmas, o que acarreta uma impossibilidade de misturar, por exemplo, posturas ainda assentadas no esquema sujeito-objeto (em menor ou maior grau) e posturas antiepistemológicas. Definitivamente, hermenêutica não é teoria da argumentação, do mesmo modo que verdade não é consenso. E não é possível lançar mão tão somente das “partes nobres” de cada teoria (ou paradigma), descartando as insuficiências. Não é possível fazer sincretismos metodológicos.

Na era das Constituições compromissórias e sociais, enfim, em pleno pós-positivismo, uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto e dar conta do mundo prático não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do direito, que sirva tão somente para colocar “capas de sentido” aos textos jurídicos.

No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução (e tampouco por subsunção). Consequentemente, o método (o procedimento discursivo) sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos separados da “realidade”.

Tais questões e insuficiências estão presentes nas diversas teorias procedurais-argumentativas. O que tais teorias não levam em conta é a relevante circunstância de que, antes de qualquer explicação causal que resolveria *easy cases*, existe algo mais originário, que é a pré-compreensão, forjada no mundo prático. Em outras palavras, antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. O uso da linguagem não é arbitrário, isto é, “a linguagem não depende de quem a usa” (Gadamer). A compreensão antecede qualquer argumentação. Ela é condição de possibilidade.

---

<sup>4</sup> Essas especificidades das obras dos dois autores estão delineadas mais amiúde em Streck, L.L. Verdade e Consenso, 4° ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

## 2. A necessária crítica à discricionariedade.

Veja-se a complexidade e os desdobramentos da problemática relacionada à crítica à discricionariedade na interpretação (cuja questão central reside na decisão judicial dos assim denominados “casos difíceis”). Em uma apressada leitura do fenômeno, poder-se-ia entender que, cortadas as “amarras do supremo momento da subjetividade”, isto poderia representar uma espécie de abertura do processo de compreensão, mormente em um direito repleto de princípios e cláusulas abertas.

De registrar, entretanto, que a herança kelseniana do decisionismo não foi superada até hoje, e a discricionariedade hartiana tem sido, de algum modo, reapropriada pelas teorias argumentativas, só que sob o manto de uma racionalidade argumentativa com a pretensão de dar solução ao problema de uma pós-metódica. Com efeito, a teoria da argumentação alexyana – tese que, reconheça-se, mais tem sido utilizada em dissertações, teses e decisões judiciais na tentativa de solucionar os dilemas destes tempos pós-positivistas em *terrae brasiliis* – não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade. Além disso, não se percebe nas decisões judiciais uma coerência na sua utilização. Na verdade, não há uma decisão judicial que tenha aplicado a esquematização constante na tese alexiana.

Parece não restar dúvidas de que Alexy, nos casos difíceis, aposta em soluções que perpassam o âmbito jurídico, circunstância que até mesmo deixa para trás a conhecida aposta de Herbert Hart na discricionariedade. De todo modo, seja o nome que se dê ao modo de como, no plano da teoria da argumentação, devem ser solvidos os *hard cases*, o proceder discricionário do juiz é também admitido por outros não menos importantes adeptos da teoria, como *Prieto Sanchis*<sup>5</sup> e *Manuel Atienza* – a partir de diversos aspectos explícitos e implícitos.

---

<sup>5</sup> Nesse sentido Luís Prieto Sanchis em sua obra *Ley, Principios, Derechos* afirma que: “Sin embargo, los problema se incrementan cuando han de aplicar-se normas constucionales de carácter sustantivo, que precisamente suellen llamar-se principios para dar cuenta de algunas de las peculiaridades que han sido expuestas. Así, en primeiro lugar, se ha visto que, en ocasiones, la norma constitucional no contempla ninguno supuesto de hecho para su aplicación, lo que significa que en la práctica es el juiz quien decide, mediante un ejercicio de razonabilidad no extenta de discricionariedad, cunda procede dicha aplicación”. (p.62) Ainda desenvolvendo o tema assevera que: “Desde luego, ponderación no equivale e ninguna arbitrariedad desbocada, pero no cabe duda que en su ejercicio el juiz es mucho más protagonista y, por tanto, más «libre» que en la aplicación de reglas según el modelo tradicional. Y, lo que es más importante, la ponderación non solo aparece cuando estamos en presencia de un conflicto explícito entre principios o derechos, sino que puede recurrirse a ella simpre que el resultado de la aplicación delas reglas le parezca al intérprete

Especificamente em Alexy, o problema aparece na *questão do fundamento*, isto é, a discricionariedade fica clara no momento em que o *sub-jectum* é afirmado por Alexy como o indepassável – e não o mundo-da-vida ou o ser-no-mundo como acontece na tradição fenomenológica. Isso também fica patente na problemática da ponderação, tão cara à Teoria da Argumentação Jurídica: quem escolhe os princípios que estarão em situação de colisão? Quem decide sobre a tensão existente na otimização principiológica que prescreve a máxima: “todo princípio deve ser cumprido em suas máximas possibilidades, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas emergentes da aplicação”?

A resposta a estas duas questões é clara para Alexy: o juiz, o *sub-jectum* da interpretação jurídica. E, também na questão do método, igualmente está presente o sujeito, responsável pela correção do “uso seguro do argumento” (veja-se, nesse sentido, a sucessão de fórmulas apresentadas/sugeridas pelo jurista alemão). Como consequência das duas questões anteriores, a teoria da argumentação jurídica tenta “racionalizar” o processo de aplicação do direito a partir da ponderação dos princípios, o que acaba por alargar ainda mais o coeficiente de incerteza e incontrolabilidade do resultado da decisão judicial (registre-se, de todo modo, que não há unanimidade no campo das teorias da argumentação: Manuel Atienza, por exemplo, diz que, tanto a teoria de Alexy como a de MacCormick, não oferecem um método que permita, por um lado, analisar adequadamente os processos de argumentação jurídica e, por outro, avaliar os resultados dos mesmos).

Mais ainda, parece não restar dúvida de que, afinal, a ponderação é um *procedimento* e, como tal, pretende ser uma técnica de legitimação da decisão que será proferida no caso concreto; só que a única possibilidade de “controle” se dá no âmbito do próprio procedimento, e não no conteúdo vinculado por ele; *quem decide, quem valora, ao fim e ao cabo, é o sujeito* (que não é o sujeito da intersubjetividade, porque este não está na pauta da teoria da argumentação jurídica exatamente pela cisão feita entre subsunção e ponderação e entre casos fáceis e casos difíceis;<sup>6</sup> o sujeito é, pois, o do esquema sujeito-objeto), que não

---

instifactorio o injusto”. Cf. PRIETO, Sanchís. *Ley, Principios, Derechos*. Madri: Dykinson, 1998.p.62 e p 63, respectivamente.

<sup>6</sup> Uma das questões centrais para a Crítica Hermenêutica do Direito (CDH) consiste na impossibilidade da cisão “casos

consegue se livrar das amarras solipsistas, na medida em que toda reflexão está assentada em um modelo matemático de pensamento. Na resolução dos assim chamados “casos difíceis” (porque, segundo o próprio Alexy afirma, os “casos fáceis” são solucionados pela aplicação da subsunção), torna-se clara a aposta na aposta em fatores exógenos ao direito, valendo lembrar a tese constante em “La institucionalización de la justicia”.<sup>7</sup>

Note-se: para Alexy não há uma co-originariedade entre Direito e Moral, mas apenas um vínculo necessário, constituído posteriormente, a partir daquilo que ele chama de pretensão de correção. Neste nível, desenvolve reflexões em torno da chamada *fórmula Radbruch*, que apareceu em algumas decisões do Tribunal Constitucional alemão quando da época da reconstrução das mazelas do nazismo e também no período que sucedeu a queda do muro de Berlin e o conseqüente processo de reunificação da Alemanha. A pergunta que deve ser feita é: qual a relação entre a teoria da justiça (e a aplicação da fórmula Radbruch) - naquilo que ele chama de casos duvidosos (que podemos entender no contexto da obra de Hart como *casos difíceis*) - a ponderação e a admissão da discricionariedade? O que há em comum nesses elementos?

### **3. O problema da discricionariedade em Robert Alexy: O equívoco de pensar que a superação do positivismo exegético estaria na correção moral do direito.**

Em primeiro lugar, é preciso ter presente que, desde a publicação de seu *Teoria da Argumentação Jurídica*, Alexy aceita – sem ressalvas – a tese da “textura aberta” do direito apresentada por Hart em seu *Conceito de Direito*. Dessa forma, podemos dizer que o problema

---

fáceis-casos difíceis”. Acreditar nessa cisão é o mesmo que fazer uma distinção de caráter estrutural. Um caso não é fácil ou difícil “em si”. Será fácil ou não de acordo com as possibilidades que o intérprete tem de compreender o fenômeno. Até mesmo Dworkin – embora diferencie *easy case* de *hard case*, deixa claro que “para o direito como integridade os casos fáceis são apenas casos especiais de casos difíceis, e a reclamação do crítico é apenas aquilo que o próprio Hércules se daria por satisfeito em reconhecer: que não precisamos fazer perguntas quando já conhecemos as respostas”. Cf. Dworkin, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 317. Do mesmo modo isto está presente em Gadamer (*Wahrheit und Method*), para quem uma interpretação está correta quando desaparece; também não nos perguntamos pelas razões pelas quais compreendemos um fenômeno, pela exata razão de que “já compreendemos”.

<sup>7</sup> Cf. Alexy, Robert. *La institucionalización de La justicia*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 45 e 46.

central para Alexy sempre foi explorar essa dimensão da “abertura” do direito que, ao contrário daquilo que entendia Hart, para Alexy a dimensão de abertura era a porta de entrada, no interior do discurso jurídico, para elementos morais ou questões de justiça presentes naquilo que ele denomina discurso prático geral. Para Alexy, o espaço da “textura aberta” é o *locus* onde *necessariamente* habitam os argumentos morais no direito.

Isto é assim porque Alexy identifica problemas centrais concernentes à natureza do direito, dois dos quais dizem respeito às dimensões do direito, que o jurista alemão as subdivide em *dimensão real* ou *fática* e *dimensão ideal* ou *crítica* do direito. A primeira dimensão é representada pelos elementos da publicação/aplicação competente e eficácia social, dimensão em que estariam as relações entre direito e coerção, direito e procedimentos de institucionalização da criação e aplicação das normas e direito e aceitação. Esta última, relacionada intrinsecamente à segunda dimensão, na qual Alexy questiona justamente a relação entre direito e moral, afirmando que *o Direito necessariamente levanta uma pretensão de correção*, e essa pretensão compreende uma *pretensão de correção moral*. O autor chega a conclusão de que há casos em que o discurso jurídico não dá conta, devido a sua *textura aberta* – os chamados *hard cases* (Hart). Nesses casos, a moral é empregada *complementarmente* para resolvê-los. Em outras palavras, para Alexy, os casos difíceis não podem ser decididos por razões consideradas exclusivamente a partir do direito. Ou seja, o intérprete deve pautar-se a partir de diferentes razões que não propriamente aquela extraída do direito, especialmente as considerações de justiça... E como as considerações de justiça pertencem ao conjunto de razões morais, e tais considerações são consideradas prioritárias (entre todas as possíveis razões – jurídicas, morais e, inclusive, amorais), a moral prevaleceria para a tomada de tal decisão; o que faria emergir, segundo o autor, uma concepção não positivista do direito<sup>8</sup>.

Vale dizer, frente à insuficiência do direito para responder ao litígio sob julgamento,

---

<sup>8</sup> Cf. Alexy, Robert. The dual nature of Law. *IVR 24th. World Congress. Global Harmony and Rule of Law. Papers Plenary Sessions*. September 15-20, Beijing, 2009, p. 257-274, e Alexy, Robert. *The nature of arguments about the nature of law*. In: Meyer, Lukas H.; Paulson, Stanley L.; Pogge, Thomas W. *Rights Culture and the Law*. Oxford:Oxford University Press, 2003, p. 3-16.

aquele que aplica o direito fica liberado a buscar respostas em argumentos de conveniência, costumes e justiça, que são, no fundo, questões morais pertencentes ao discurso prático geral. Diferindo de Hart, Alexy diz que, mesmo nestes casos em que se evidenciam a textura aberta do direito (*casos duvidosos*) existe, por parte do aplicador, uma pretensão de correção: isto é, o juiz decide de determinada maneira o caso porque entende ser aquela a maneira *correta de decidir*. Essa pretensão encontra fundamento e deve estar justificada com base em elementos externos presentes no discurso prático geral.

Ocorre que, ainda assim, subsiste a possibilidade de uma decisão vir a ser tomada de forma incorreta, sendo, portanto, injusta. Alexy admite que, em muitos casos, esse tipo de decisão (seja ela do legislador, quando legifera, seja do juiz no momento em que exerce a judicatura) permanece no sistema jurídico como uma espécie de remanescente de imperfeição próprio da estrutura que envolve os processos reais de argumentação e discurso jurídico (lembremos que o próprio autor afirma que sua teoria da justiça tem um forte componente idealista.<sup>9</sup> Porém, o jurista procura introduzir um ferramental para que certo tipo de decisão não seja aceita em nenhuma hipótese. Ou seja, em determinados casos haveria a possibilidade de se controlar as decisões pelo fundamento de justiça que elas veiculam.

#### 4. A correção moral do direito e o fantasma de Radbruch

É neste ponto que aparece a articulação da chamada *fórmula Radbruch*. Em grande síntese, essa fórmula prescreve o seguinte: a extrema injustiça não é direito. Como já foi ressaltado, a fórmula Radbruch encontra precedentes de sua utilização no Tribunal Constitucional Alemão. Entretanto, tal fórmula não teve maior repercussão em virtude do fantasma que a rondava, qual seja, a possibilidade de um rompimento institucional com o ideal de *segurança jurídica*. Desse modo, Alexy procura utilizar a fórmula, dando-lhe novos contornos de modo que o problema da insegurança jurídica se mostre solucionado. Assim, ele estabelece um limite para a aplicação da fórmula. Não é em qualquer caso de *grave injustiça* que a fórmula

---

<sup>9</sup> Idem, *ibidem*, p. 50 e segs.

se aplica, mas apenas naqueles em que haja uma *extrema injustiça*, sendo que por *extrema injustiça* se defini substancialmente através de um descumprimento do núcleo dos direitos humanos fundamentais.<sup>10</sup> Portanto, o que o autor chama de *A Institucionalização da Justiça*, dá-se através das Constituições que prevejam em seu bojo Direitos Humanos Fundamentais. Nessa medida, toda e qualquer violação a um direito humano fundamental, será, em contrapartida, uma violação ao ideal de Justiça, ensejando, em última análise a possibilidade de aplicação da *fórmula Radbruch*.

Na medida em que na *Teoria dos Direitos Fundamentais* já aparecia, a tese de que os direitos humanos possuem uma dimensão de princípios, também as questões de justiça comportarão essa dimensão principiológica e assumirão, no contexto de sua teoria, o mesmo conceito de mandados de otimização que reveste os princípios derivados dos direitos fundamentais constitucionais. Na medida em que a forma de aplicação dos princípios se dá através da ponderação, a solução dos casos duvidosos (que comportam a incorporação de elementos externos ao direito, próprios do discurso prático geral) quanto a solução da chamada *colisão de princípios* passa pela observação do procedimento da ponderação, *que apresenta, por tudo que já foi dito aqui, uma estrutura discricionária*. Esse fato, aliás, é reconhecido pelo próprio autor. Com efeito, no *posfácio* que compõe a edição da tradução para o português Alexy afirma, *in verbis*: “Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário”.<sup>11</sup>

Nesse exato sentido, busco reforço às minhas críticas em García Figueroa, para quem uma das fragilidades da teoria da argumentação alexyana é a “consagração da discricionariedade dos operadores jurídicos ante a crescente amplitude do âmbito das possibilidades discursivas”: “en cierto modo la version de Alexy vendría a retrasar el inevitable

<sup>10</sup> Idem, *ibidem*, p. 24.

<sup>11</sup> Cf. Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 611 (grifei).

momento de la discreción judicial que propugna el positivismo. Segundo el positivismo, la discreción comenzaría donde se agotaram los materiales normativos positivos, y en el modelo de Alexy la discreción se desarrollaría donde los materiales normativos y morales no fueran suficientes para discriminar entre las distintas respuestas correctas".<sup>12</sup> Por isso García Figueroa, na mesma linha de David Richards, *aponta um positivismo latente no interior da teoria da argumentação alexyana*.<sup>13</sup>

### 5. Princípios não abrem a interpretação. Ao contrário: fecham-na.

Há uma diferença fundamental e fundante entre a hermenêutica (na concepção aqui trabalhada, que imbrica a hermenêutica filosófica e a teoria dworkiana) e a teoria da argumentação jurídica, mormente a defendida por Alexy. Enquanto esta compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, circunstância que chama à colação a subjetividade do intérprete, àquela 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; além disso, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica colocam-se como blindagem contra relativismos.

Claro que, para tanto, a hermenêutica salta na frente para dizer que, primeiro, são incidíveis os atos de interpretação e aplicação (com o que se supera o método) e, segundo, não há diferença estrutural entre *hard cases* e *easy cases*. É nesse contexto que deve ser analisado o emprego do princípio da proporcionalidade pela teoria da argumentação. Com efeito, a proporcionalidade é a "chave" para resolver a ponderação, a partir das quatro características de todos conhecidas. Ou seja, na medida em que a proporcionalidade só "é chamada à colação" quando necessário um juízo ponderativo para os casos difíceis – uma vez que para os casos simples "basta" a dedução/subsunção – *cabará ao intérprete a tarefa de*

<sup>12</sup> Cf. García Figueroa, Alonso. *La tesis Del caso especial y El positivismo jurídico*. Doxa n. 22 (1999), p. 207-220.

<sup>13</sup> Ver Seoane, José Antonio. Um código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. In: *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Granada: Comares, 2005, p. 165 e segs; Tb. D. A. Richards, *Robert Alexy, A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory os legal justification*. Oxford: Clarendon, 1989.

“hierarquizar” e “decidir” qual o princípio aplicável no caso do conflito/colisão. Ora, se, ao fim e ao cabo, cabe ao intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio aplicável, a pergunta inexorável é: qual é a diferença entre o “intérprete ponderador” e o “intérprete do positivismo”, que, discricionariamente escolhe qual a “melhor” interpretação? Claro que a Teoria da Argumentação Jurídica – mormente a de Alexy, que é a mais sofisticada e complexa – responderá que há um conjunto de critérios que deverão sempre balizar a escolha. Mas, pergunto, qual é a diferença desses critérios (ou fórmulas) dos velhos métodos de interpretação, cujo calcanhar de Aquiles – na feliz expressão de Eros Grau e Friedrich Müller – é(ra) exatamente não ter um critério para difundir qual o melhor critério, que venho denominando de “ausência/impossibilidade” de um *Grundmethode*?

*Mutatis mutantis*, denominado esse poder de “resolver os casos difíceis” de “poder discricionário” (Hart) ou de “recurso às questões de justiça”, que, ao fim e ao cabo, são questões morais (Alexy), é a esse problema que me refiro quando critico o esquema sujeito-objeto. Entender que a discricionariedade é algo inerente à aplicação do direito é, no fundo, uma aposta no protagonismo judicial. E a discricionariedade não se relaciona bem com a democracia. Essa, aliás, foi a crítica mais veemente feita por Dworkin a Hart. E essa questão continua na ordem do dia, mormente em países como o Brasil. Com efeito, as teorias que pretenderam resolver esse problema da (in)determinabilidade do direito, dos casos difíceis,<sup>14</sup> das vaguezas e das ambiguidades próprias do ordenamento jurídico, ao apostarem nesse subjectum da interpretação jurídica, não conseguiram alcançar o patamar da revolução copernicana proporcionada pela invasão da filosofia pela linguagem.

Apostando na discricionariedade ou em discursos adjudicadores com pretensão de correção do direito, estaremos tão somente reforçando aquilo que pretendemos criticar. Tal circunstância pode ser detectada em setores importantes da dogmática jurídica praticada no

---

<sup>14</sup> É possível afirmar, assim, que nos casos difíceis de que falam as teorias argumentativas, a escolha do princípio aplicável – que é feita através do “método ponderativo” – proporciona uma espécie de “represtinação” da antiga “delegação positivista” (lembramos: na zona da penumbra, em Hart; no perímetro da moldura (e até mesmo fora) em Kelsen). Isto é, cabe ao intérprete dizer qual o princípio aplicável, isto é, tal como no positivismo, é tarefa do juiz decidir nas “zonas de incertezas” e das “insuficiências ônticas” (para usar aqui uma expressão que venho utilizando para identificar a “dobra da linguagem” que sustenta a ausência de cisão entre *hard* e *easy cases*).

Brasil, que vêm apostando fortemente na teoria da argumentação jurídica e, portanto, utilizando largamente a ponderação de princípios. Malgrado essa expansão da teoria alexiana, não escapa a um olhar mais crítico a circunstância de que poucos intérpretes de Alexy efetuam os procedimentos descritos na chamada *lei de colisão*<sup>15</sup>.

A jurisprudência do STF faz constantes referências ao termo *ponderação*, mas é extremamente difícil dizer quando é que estamos diante de um acórdão em que realmente foram percorridas todas as fases do procedimento da ponderação. *Há frequentes menções a princípios constitucionais em conflito, mas, em regra, não se encontra um voto no qual todas as fases da ponderação* – estabelecidas por Alexy – tenham sido ao menos sugeridas pelos Ministros.<sup>16</sup> O problema envolvendo aquilo que responde pelo nome de *norma de direito fundamental atribuída* pode ser apresentada, *v.g.*, como um destes pontos esquecidos.

Explicando melhor: Alexy apresenta este tipo de norma como sendo aquelas que, apesar de não serem expressas diretamente por enunciados da Constituição, *são normas que podem ser a ela atribuídas*. Isso decorre, segundo o autor, do caráter aberto das normas de direito fundamental tanto no nível semântico quanto no nível estrutural.<sup>17</sup> Aliás, cabe registrar que, neste ponto, *aparece uma explícita aceitação à tese da discricionariedade judicial*. Assim, diz Alexy, na medida em que as *normas de direito fundamental atribuídas* são definidas pelos intérpretes da constituição, é preciso definir algo que confira validade a tais normas. Todavia, Alexy ressalta que *este fundamento de validade “não define um procedimento que leve, em*

---

<sup>15</sup> Robert Alexy pretende racionalizar a jurisprudência dos valores, que ele vê aplicada pelo Tribunal Constitucional alemão sem critérios. Para isso, constrói a sua Teoria da Argumentação Jurídica. Alexy, entretanto, não identifica o seu modelo como uma “jurisprudência dos valores”, embora não seja esta a questão central da “incorporação” de Alexy pelo neoconstitucionalismo (italiano, espanhol e brasileiro). E essa racionalização, via TAJ, é feita, segundo ele, através de padrões analítico-conceituais ainda signatários da tradição da “jurisprudência dos conceitos” alemã. De qualquer forma, o problema nas teses alexianas está na tese de que a Constituição “é uma ordem concreta de valores” e nos “efeitos colaterais” de uma racionalização que envolve a ponderação destes valores (sem contar as leituras equivocadas que foram feitas no Brasil da obra de Alexy). É possível dizer que, no Brasil, não há sequer “teoria da argumentação”. Há, tão somente, os traços analíticos de uma teoria dos princípios, sem o controle – bem ou mal – exercido pelas regras de argumentação.

<sup>16</sup> Para maiores aprofundamentos sobre o tema, remeto o leitor à tese de doutoramento defendida na Unisinos por Fausto Santos de Moraes, intitulada “Hermenêutica e Pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal”.

<sup>17</sup> Cf. Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, *op. cit.*

*todos os casos a somente um resultado*".<sup>18</sup> Isto porque a norma de direito fundamental atribuída representa o resultado do sopesamento dos princípios em colisão.

Ou seja – e isso precisa ficar esclarecido – o resultado da ponderação não fornece a solução *stricto sensu* do caso concreto, mas cria uma outra norma de direito fundamental (norma atribuída) que possibilitará a realização da aplicação subsuntiva de uma regra ao caso. Portanto, há uma dupla via que liga ponderação e norma de direito fundamental atribuída: esta representa o resultado da ponderação realizada entre princípios colidentes e, ao mesmo tempo, a ponderação oferece o fundamento de validade da norma de direito fundamental atribuída.

Desse modo, Alexy deixa claro que *é o respeito ao procedimento da ponderação que outorgará validade à regra que irá reger o caso concreto* sub *judice*. Portanto, a máxima exaustivamente proferida por Prieto Sanchís de que na Teoria da Argumentação temos mais ponderação que subsunção *deve ser recebida com reservas*. Afinal, aquilo que levará à efetiva solução da demanda será uma regra, e não um princípio. Como regra, ela será do mesmo modo subsumida ao caso concreto. Nas palavras do próprio Alexy: "Como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem a estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido"<sup>19</sup>.

Ainda dois importantes aspectos merecem ser analisados a respeito da ponderação alexyana e da ideia de abertura e fechamento proporcionado pelos princípios e regras, respectivamente. O primeiro deles refere-se ao fato de que o juspositivismo que se intenta superar é aquele fundado num sistema exclusivo de regras, proveniente de uma racionalidade matematizante, que legou o modelo subsuntivo de jurisdição. Todavia, ao cindir casos fáceis e difíceis, com procedimentos de resolução distintos, ponderação e subsunção, mantém-se um *modus operandi* de um direito assentado na Modernidade. Melhor dizendo: ao final de todo o processo de ponderação – respeitado todo o procedimento que Alexy desenvolve - chega-se a

---

<sup>18</sup> Idem, *ibidem*, p. 74.

<sup>19</sup> Idem, *ibidem*, p. 102.

uma regra que será aplicada subsuntivamente para o caso em tela e tantos quantos forem com ele análogos. Ao fim e ao cabo, a subsunção continua sendo o método primaz para dizer o direito, seja de modo direito para os casos fáceis, ou como resultado de um balanceamento para os casos difíceis.

O segundo ponto refere-se ao “mito do dado” e a ideia que as regras são fechadas, ambas também decorrentes da manutenção do juízo subsuntivo. Ao insistir que as regras são aplicadas deste modo, afirma-se nas entrelinhas que estes enunciados conseguem abarcar toda a realidade circundante nos limites de sua abrangência. As regras estariam (pré)prontas para conformar a vida e assim regrá-la.<sup>20</sup>

Deste modo, as regras são teorizadas como se fossem textos fechados, completos, com pouca ou nenhuma elasticidade, e por isso mesmo, o Direito necessitaria dos princípios, sob pena de manter em alguns casos decisões extremamente injustas. Dito de outro modo, por serem aplicadas ou não, tudo ou nada, demandam de um processo moral-corretivo *aposteriori*. Contudo, esta aceção mostra-se equivocada. Nas disciplinas propedêuticas ensina-se que a lei é uma norma geral e abstrata, isto é, não é elaborada para um caso específico, mas para uma generalidade de situações, para isso abstrai-se destas diversas possibilidades apenas aquilo que lhes é comum. Dessa forma, a regra não poder ser fechada, ao revés, é aberta, é porosa. Ademais, não obstante as regras, de um modo geral, serem enunciadas com algum grau de determinabilidade, por serem enunciações linguísticas abrem possibilidades interpretativas – Kelsen já sabia muito bem disto – impossibilitando uma aplicação mecânica, *prêt-à-porter*.

Continuar defendendo um fechamento das regras, (enquanto detentoras de sentidos unívocos) exaltando uma abertura dos princípios (como possibilidades infindas),

---

<sup>20</sup> Veja-se como essa questão está presente fortemente na operacionalidade do direito: no MS n. 32.326, o relator Min. Roberto Barroso, do STF, faz claramente a cisão estrutural entre regras e princípios e entre casos fáceis e casos difíceis, *in verbis*: “A moderna teoria jurídica tem dividido as questões judiciais, de acordo com o grau de dificuldade que elas abriguem, em casos fáceis e casos difíceis. Casos fáceis são aqueles para os quais existe um resultado explícito no ordenamento jurídico, uma solução pré-pronta, cabendo ao intérprete, tão somente, o papel de fazê-la incidir no caso concreto. Por exemplo: aos 70 anos, o servidor público deve passar compulsoriamente para a inatividade; ou: vendido o imóvel, deve ser pago o respectivo imposto de transmissão. Casos difíceis, ao revés, são aqueles para os quais não existe uma solução pré-pronta no ordenamento jurídico. Para resolver o problema, o juiz terá de elaborar argumentativamente a resposta correta, considerando inúmeras variáveis, algumas delas metajurídicas”. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/stf-suspende-efeitos-sessao-manteve.pdf>. Acesso em: 08/09/2013.

representa sérios problemas, tais como: a manutenção da discricionariedade; uma tendência de inferiorizar a legislação democraticamente estabelecida e a fragilização da autonomia do direito pelo moralismo do sujeito-juiz.

Por isso, defendo que os princípios não abrem a interpretação, e sim fecham/limitam. Os princípios (re)inserem a faticidade ao direito, e espelham uma determinada tradição jurídica que permitirá um diálogo constante entre a decisão particular com todo o ordenamento. Deste modo, proporcionam que a atividade jurisdicional, por intermédio da fundamentação, que é condição de possibilidade, publicize o sentido que será intersubjetivamente controlado, e que tenderá a manter a coerência e integridade do direito.

## 5. Ronald Dworkin e sua aversão à discricionariedade judicial.

O ponto fulcral do debate<sup>21</sup> entre Dworkin e Hart é o problema da discricionariedade. O jusfilósofo inglês sustentava que a vagueza era inerente à linguagem jurídica e que nos *hard cases*, nos quais existiriam várias interpretações razoáveis, os juízes poderiam decidir discricionariamente, pois teriam que escolher a interpretação que considerassem a mais apropriada. Assim, nestas situações excepcionais, o juiz não estaria aplicando o direito, mas sim, criando-o.

Dworkin, em sentido contrário, apresenta objeções à construção hartiana. Primeiramente, o jusfilósofo norte-americano defende que as partes num processo possuem o direito de que a solução jurídica para o caso esteja de acordo com o ordenamento previamente estabelecido. Este, por sua vez, seria o fundamento para todos os casos, fáceis ou difíceis, impedindo tanto a discricionariedade judicial como o poder criativo dos juízes, nos termos propostos por Hart.

---

<sup>21</sup> Em virtude deste debate Ronald Dworkin escreveu uma série de artigos posteriormente compilados e transformados em livros como *Taking Rights Seriously* e *A Matter of Principle*. Isto demonstra a constante preocupação em produzir uma teoria anti-discricionária, o que deveria afastar Dworkin de uma série de posturas auto-denominadas pós-positivistas ou neoconstitucionalistas que continuam apostando exatamente naquilo que Dworkin combate: o poder discricionário dos juízes.

Este ordenamento jurídico seria composto não apenas por regras, mas também por princípios. Isto, em decorrência do fato de que uma sociedade é formada por pessoas que além de obedecerem as regras criadas pelo acordo político, reconhecem também princípios comuns como norteadores de suas práticas (Comunidade de Princípios). Em contraposição a Hart, estes princípios vedariam um juízo discricionário. Deste modo, ainda que existisse um caso de absoluta anomia, no sentido de nenhuma regra a ser aplicada, existiriam princípios que indicariam o direito para um dos demandantes.

Neste contexto deve ser compreendida a tese da resposta correta. Assim, a questão não é existência de uma única solução jurídica, mas que, mesmo havendo, mais de uma possibilidade juridicamente defensável, o direito sempre teria (uma) resposta. Dito de outro modo: o direito enquanto um sistema de regras e princípios não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada<sup>22</sup>.

Destarte, observa-se que em Dworkin o Direito é um conceito interpretativo<sup>23</sup>. Entende que a prática jurídica é, primordialmente, interpretativa, uma vez que em juízo as partes conflitantes apresentam interpretações alternativas que pretendem dizer o Direito para

---

<sup>22</sup> Correta, pois, a advertência de Dworkin, no sentido de que devemos evitar a armadilha em que têm caído tantos professores de direito: a opinião falaciosa de que, como não existe nenhuma fórmula mecânica para distinguir as boas decisões das más e como os juristas e juízes irão por certo divergir em um caso complexo ou difícil, nenhum argumento é melhor do que outro, e o raciocínio jurídico é uma perda de tempo. Devemos insistir, em vez disso, que quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam. Cf. Dworkin, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 203 e ss.

<sup>23</sup> Esta ênfase de Dworkin no caráter interpretativo (hermenêutico) do direito bem como o concepção de integridade o aproxima da Hermenêutica Filosófica de Gadamer, como deixo claro em *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Nesse sentido também Francisco Motta escreve que o próprio Dworkin “deixa nítida, em diversos contextos, uma postura hermenêutica, no sentido em que Gadamer a tematiza. A sua teoria do Direito – insistimos nesse ponto – é antes fenomenológica do que prescritiva, ou, nas suas próprias palavras: ‘A tese não apresenta informações novas sobre o que os juízes fazem; oferece apenas uma nova maneira de descrever aquilo que todos sabemos que eles fazem, e as virtudes dessa nova descrição não são empíricas, mas sim políticas e filosóficas’. E é bem isso. Tal como Gadamer, que coloca em questão, com o seu *Verdade e método*, o que – já o ressaltamos – nos acontece ‘além do nosso querer e fazer’, Dworkin não visa à reformulação da prática judiciária, mas à adequada compreensão daquilo que já viria ocorrendo – no seu entendimento – com sucesso. Cuida-se, em ambos os autores, pois, de problematizar o ‘não dito’ que, apesar de ‘não dito’ e, bem por isso, ‘não tematizado’, acaba ‘sustentando’ a prática e os ‘modos-de-ser’ dos intérpretes/operadores do direito”. Cf. MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.86.

o caso. Assim, a interpretação, para além de um caráter meramente instrumental, é imprescindível, é indissociável do fazer jurídico. Nestes termos, o Direito transcenderia os catálogos de princípios e regras, seria “*uma atitude interpretativa e autoreflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido*”<sup>24</sup>.

Por outro lado, Dworkin aproxima o Direito da Literatura. Como é sabido, o jusfilósofo pertencia ao movimento do *Law and Literature* que albergava tanto as abordagens que estudavam narrativas literárias relevantes para a compreensão do fenômeno jurídico (*Law in Literature*), como também a aplicação de técnicas da crítica literária aos textos legais (*Law as Literature*). Neste prisma, a interpretação não terá como objetivo fornecer um juízo de valor das proposições jurídicas, tampouco buscar a *voluntas legislatoris*, mas sim tornar o objeto da interpretação o melhor possível.

Esta aproximação metodológica do Direito com a Literatura é observada quando apresenta a figura da *chain novel*, comparando o trabalho do juiz como de um romancista em cadeia. Este romance em cadeia, escrito de forma coletiva, impõe a quem incumbe dar continuidade um dever de coerência. Assim, quanto mais se desenvolvem os capítulos, maior será a vinculação narrativa/histórica do próximo autor que também é um intérprete já que precisa reconstruir o passado<sup>25</sup>. Do mesmo modo, um juiz encontra-se (sempre) vinculado a uma cadeia de precedentes e com o passar do tempo este vínculo será ainda maior. Desenvolvendo o tema, Dworkin escreve que:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (...) em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele

<sup>24</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.492.

<sup>25</sup> Cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.236.

próprio acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus antecessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como o produto de muitas mãos diferentes<sup>26</sup>.

Esta perspectiva impede que o autor/intérprete seguinte proceda de modo subjetivista – no sentido que história começa nele, e por isso, poderia fazer o que quisesse – a ideia não é um conjunto de crônicas ou contos com os mesmos personagens, mas uma única história, iniciada antes dele e continuada como se escrita por um só, mesmo sendo uma obra a inúmeras mãos.

Destarte, a interpretação proposta por Dworkin supera tanto um convencionalismo positivista quanto um pragmatismo realista. Para os positivistas, sobretudo Hart, há algo para ser respeitado, porém em determinadas situações (*hard cases*) o intérprete poderia tornar-se um autor sem um passado, ele cria quase que *ex nihilo*. Já os realistas, sustentam um desapego às convenções e à tradição, cada decisão é nova, ao invés de intérpretes, seriam apenas autores.

Para o jusfilósofo, há uma interpretação da história que deve ser coerentemente reconstruída e adequadamente continuada. Não é somente o ontem, também não é só o hoje, tampouco apenas intérprete, ou tão-só autor. A jurisdição deve imbricar a história jurídico-institucional do passado construída coletivamente com as exigências do hoje. O juiz, ao decidir, deve interpretar as decisões anteriores, e como resultado proceder de forma que encontre maior adequação (*Dimension of Fit*) e que torne determinada prática legal a melhor possível (*Dimension of Value, dimension of political morality, justification*).

## 6. Considerações finais.

O quadro tecido acima ilustra três questões: primeiro, a precariedade com que a ponderação é aplicada em *terrae brasilis*, circunstância que pode ser observada não somente nas decisões judiciais como na literatura que trata da matéria; segundo, a fragilidade da teoria da argumentação (mormente no que diz respeito ao uso da ponderação) quando confrontada

---

<sup>26</sup> Idem, ibidem, p.277.

com a concretude do mundo prático; terceiro, que o problema da discricionariedade afasta Dworkin de Alexy, pois enquanto este o compreende como inexorável, aquele manifestamente demonstra sua aversão construindo toda uma perspectiva teórica nesse sentido. Cabe a pergunta: quantos Tribunais e Juízes no Brasil esclarecem a validade de suas “normas de direito fundamental atribuídas”? Poder-se-ia objetar: mas este trabalho não é dos juízes e tribunais, mas sim da dogmática e ciência jurídicas. Se assim o for, qual é a diferença dos procedimentos estabelecidos por Alexy daqueles que já existiam “ao tempo do positivismo”?

Veja-se, nessa mesma linha, que tanto a dogmática jurídica, quanto a jurisprudência, apesar de todos os esforços, nunca conseguiram apresentar situações em que as diversas regras estipuladas na teoria da argumentação jurídica pudessem ser efetivamente utilizadas. Nenhum juiz ou tribunal – pelo menos até o presente momento – chegou a declinar em suas decisões: “*A presente decisão é correta porque o falante não produziu nenhuma contradição*”; ou então, “*o falante somente afirmou aquilo em que ele mesmo acredita*”, etc.<sup>27</sup>

E mais: que tipo de contribuição a teoria da argumentação pode dar ao problema hermenêutico em que o direito está constantemente envolvido e que se manifesta no âmbito da interpretação? Ou seja, que tipo de solução a teoria da argumentação apresenta para o problema da discricionariedade, se ela mesma não abre mão do *Leitmotiv* do positivismo? E, em face da inevitabilidade da discricionariedade, como evitar a arbitrariedade interpretativa?

A relação umbilical entre o uso da ponderação e discricionariedade pode ser percebida no julgamento da Questão de Ordem formulada no Inquérito n. 2.424-RJ, pelo Supremo Tribunal Federal. Neste processo, foi decidido, por maioria de votos, que as provas produzidas por meio de interceptações telefônicas oriundas da esfera criminal, poderiam ser utilizadas como prova emprestada em processo administrativo disciplinar de caráter civil, sob o pretexto de que, na hipótese vertente, haveria uma colisão entre o princípio da privacidade e o direito de intimidade – tutelado pelas regras que determinam a produção de provas – e o vetusto princípio da supremacia do interesse público – que estaria a requerer o uso processual de tais provas. Tal decisão se formou *a partir da ponderação entre os citados princípios* –

---

<sup>27</sup> Idem, ibidem, p. 282.

pretensamente em colisão – determinando que as provas colhidas no âmbito do direito penal e do processo penal fossem utilizadas em um processo de natureza civil, a despeito de o artigo 5º, em seu inciso XII, restringir as possibilidades de violação de sigilo telefônico ao âmbito criminal e processual penal.

Ou seja, a ponderação, no fundo, vem servindo mais para legitimar decisões pragmaticistas do que para resolver, efetivamente e qualitativamente, os problemas que a concretude apresenta ao direito. Não esqueçamos que nos defrontamos cotidianamente com as mais variadas decisões sustentadas na ponderação de princípios. Assim, por exemplo, há decisões deferindo o direito a aluno de curso de biologia a não dissecar animais (qual o direito fundamental que estaria violado?), assim como decisões que, por vezes deferem e por vezes indeferem remédios para doentes em estado grave (nos dois casos, usa-se a ponderação), sem falar no uso arbitrário do princípio da dignidade da pessoa humana, que serve para resolver, por intermédio do sopesamento de princípios, os mais diversos conflitos, propiciando múltiplas e multifacetadas respostas no sistema.

Ponderação, assim, está ligada à discricionariedade e esta não escapa do positivismo, que tem nela, na discricionariedade, o seu ponto de estofo. Tudo isso não permite que eles saiam dos braços da filosofia da consciência, que depende do *subjectum*. É por isso que venho sustentando que somente é possível superar o positivismo a partir da ruptura com o esquema sujeito-objeto introduzido pela filosofia da consciência, isto porque o positivismo está indissociavelmente dependente do sujeito solipsista.<sup>28</sup> Foi graças a ele – sujeito solipsista – que o positivismo foi superado no sentido de deslocamento do fator de blindagem, antes em relação aos juízes e, depois, sem amarras.

Em sentido oposto, encontra-se Ronald Dworkin. Para o jusfilósofo norte-americano a discricionariedade é um problema, e desde seus debates com Hart, perpassando toda a sua

---

<sup>28</sup> Uma observação importante a ser feita: o que se tem visto no plano das práticas jurídicas nem de longe chega a poder ser caracterizado como “filosofia da consciência” – trata-se de uma vulgata disso. Em meus textos, tenho falado que o solipsismo judicial, o protagonismo e a prática de discricionariedades se enquadram paradigmaticamente no “paradigma epistemológico da filosofia da consciência”. Advirto, porém, que é evidente que o *modus decidendi* não guarda estrita relação com o “sujeito da modernidade” ou até mesmo com o “solipsismo kantiano”. Esses são muito mais complexos. Aponto essas “aproximações” para, exatamente, poder fazer uma *anamnese* dos discursos, até porque não há discurso que esteja “em paradigma nenhum”, por mais sincrético que seja.

produção acadêmica, até sua obra derradeira, é notória a sua aversão, e a tentativa de construir uma abordagem teórica adequada ao contexto democrático. Enquanto Alexy compreende os princípios como mandados de otimização que pressupõem em sua *applicatio* a manutenção do juízo discricional; Dworkin os concebe como normas socialmente reconhecidas e que denotam a comum-idade de uma tradição jurídica. Assim, o ordenamento é formado por regras e princípios, de forma que o direito (sempre) teria (uma) resposta correta, sendo injustificável a necessidade de um juiz decidir discricionariamente.

A ponderação, seja a Alexiana ou aquela praticada no Brasil, como qualquer método, tenta esconder, sob o véu da racionalidade, um subjetivismo que primeiro escolhe e depois, retoricamente, encontra uma pretensa justificação. Esta abordagem em muito se aproxima de um Pragmatismo que Dworkin intentou suplantar. O direito como uma interpretação colaborativa, como um romance em cadeia, impõe uma vinculação histórica, um dever de coerência e integridade que transcende o *eu* a caminho do *nós*. Dito de outro modo: Alexy perpetua um paradigma da subjetividade, enquanto Dworkin desenvolve sua perspectiva teórica assentado num paradigma da inter-subjetividade.

Em tempos pós-positivistas, a discricionariedade (ainda) é um problema, pois esta se manteve em todas as versões do juspositivismo, seja no legislador racional, exegetismo francês, ou no juiz, realismo jurídico. Assim, inexistente proposta de ruptura se o que se propõe é meramente uma racionalização do juízo discricional, assumindo sua inevitabilidade. Deste modo, notadamente Dworkin afasta-se de Alexy por entender esta problemática e procurar transcendê-la.

Numa palavra: talvez o ponto fulcral da discussão seja a relação direito-moral. E, nesse sentido, Dworkin e Alexy divergem acerca do sentido da relação “regra-princípio”. A partir de Dworkin, é possível dizer que Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Assim, afirmo que quem não consegue suspender seus pré-juízos acaba produzindo um prejuízo ao direito. Como bem diz Dworkin: não importa o que os juízes pensam sobre o direito, mas, sim, o ajuste (*fit*) e a justificação

Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais, etc. Só que estas, depois que o direito está posto – nesta nova perspectiva (paradigma do Estado Democrático de Direito) – não podem vir a corrigi-lo. Aqui me parece fundamental um olhar dworkiniano. Na verdade, o direito presta legitimidade à política, compreendida como poder administrativo, sendo que a política lhe garante coercitividade. Concebendo a política como comunidade (*Polity*), o direito faz parte dela. Compreendida como exercício da política (*politics*), há uma coimplicação entre eles na constituição do político. Como ponto de vista partidário, o direito tem o papel de limitar a política em prol dos direitos das minorias, definindo o limite das decisões contramajoritárias. O direito é essencialmente político se o considerarmos como um empreendimento público. Daí política ou político, no sentido daquilo que é da polis, é sinônimo de público, de *res publica*.

Na mesma linha, acrescento, ainda com Dworkin, a necessidade de uma justificação moral mais abrangente para a teoria jurídica não pode significar que o direito seja tomado por moralismos pessoalistas. No fundo, cumprir o direito em sua integridade evidencia a melhor forma de condução da comunidade política. Essa melhor forma não representa uma exclusão da moral, mas, antes, incorpora-a. O direito não ignora a moral, pois o conteúdo de seus princípios depende dessa informação. Todavia, quando o direito é aplicado, não podemos olvidar dos princípios, tampouco aceitar que eles sejam qualquer moral. Sendo mais explícito: o direito limita os moralismos aos limites dos direitos individuais. Sobretudo se por moralismo se quer dizer uma determinada concepção do bem ou do bom que é sempre particular. Daí não se poder impor uma concepção única do bem e do bom, numa sociedade pluralista. Fazer isso seria a partir da modernidade algo imoral, se se parte de uma concepção moral fundada no reconhecimento universal da dignidade humana. Aqui também devemos pensar em Habermas

Este é o custo que temos de pagar para ter um direito como o de hoje. Que não é igual ao de antanho. Detalhe: novamente com Dworkin é importante anotar que, com isso, não estou a negar a justificação política, de caráter geral, que a teoria jurídica pressupõe. Essa é uma questão

---

(*justification*) da interpretação que eles oferecem das práticas jurídicas em relação ao direito da comunidade política. Cf. Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, em especial o capítulo sobre *hard cases*.

de legitimidade do uso da força por parte de um governo. Todavia, as questões políticas em sentido estrito – que se expressam a partir de raciocínios teleológicos, de metas sociais etc. – não podem – e não devem – fazer parte do discurso judicial. No momento de concretização do direito, as questões de princípio se sobrepõem às questões de política. Assim, o direito também deve “segurar” (conter-evitar) a moral (e os moralismos). Isso, v.g., pode ser visto de forma mais acentuada nas cláusulas pétreas e no papel da jurisdição constitucional.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **La institucionalización de La justicia**. Granada: Editorial Comares, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

\_\_\_\_\_. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GARCÍA FIGUEROA, Alonso. **La tesis Del caso especial y El positivismo jurídico**. Doxa n. 22 (1999).

LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no direito, volume II: o Século XX**. Trad. Luca Lamberti. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PRIETO Sanchís, Luis. **Ley, Principios, Derechos**. Madri: Dykinson, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. **Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.