

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

ISADORA FERREIRA NEVES

**O LUGAR DA PONDERAÇÃO ALEXYANA NA DOUTRINA BRASILEIRA:
por uma reinterpretação à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**

**São Leopoldo
2014**

ISADORA FERREIRA NEVES

**O LUGAR DA PONDERAÇÃO ALEXYANA NA DOUTRINA BRASILEIRA:
por uma reinterpretação à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

Linha de Pesquisa: “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”.

Orientador: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

São Leopoldo

2014

N518l

Neves, Isadora Ferreira.

O lugar da ponderação alexyana na doutrina brasileira : por um reinterpretação à luz da crítica hermenêutica do direito / Isadora Ferreira Neves. – 2014.

120 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

"Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira."

1. Hermenêutica (Direito). 2. Direitos fundamentais. 3. Direito constitucional. 4. Alexy, Robert, 1945-. I. Título.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: **"O LUGAR DA PONDERAÇÃO ALEXYANA NA DOUTRINA BRASILEIRA: por um reinterpretação à luz da Crítica Hermenêutica do Direito"**, elaborada pela mestranda **Isadora Ferreira Neves**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **MESTRE EM DIREITO**.

São Leopoldo, 26 de agosto de 2014.

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

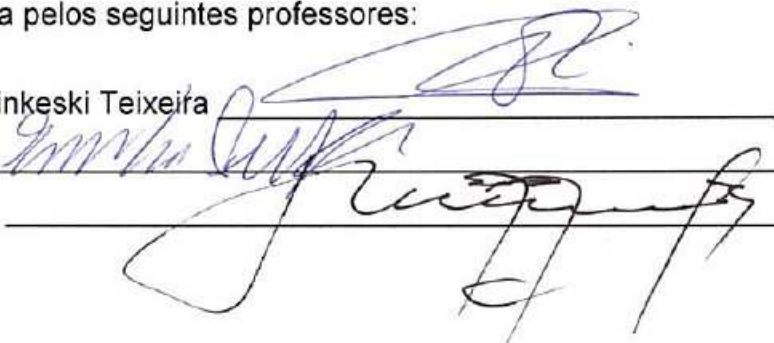
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Membro: Dr. Emilio Santoro

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck



Aos meus pais, Edmilson Bispo e Maria
Célia Ferreira Neves, por terem me
ensinado a amar.

A Clarissa Tassinari, por laços que não
se desfazem.

AGRADECIMENTOS

Consciente de que todo trabalho pode ser melhorado, finalizo este estudo sabendo que nele está o melhor das minhas circunstâncias. Cursar o Mestrado na Unisinos significou, para mim, um salto em direção ao novo e todo o desconforto que o inesperado traz. Revolver o chão pode ter algo de doloroso, mas certamente traz consigo resultados que são motivo de muita satisfação pessoal e profissional. Alguns felizes encontros da vida, no entanto, transformaram o desconforto em acolhimento, fizeram do inesperado um presente, e do Rio Grande do Sul um segundo lar. Por tudo isso eu agradeço, de coração...

... à toda minha família, especialmente aos meus pais pelo amor, por terem me apoiado e acreditado em mim mesmo nos dias mais difíceis. A minha mãe, por ter me mostrado, desde que eu nasci, a nobreza da educação e por ter vivido essa nobreza em todos os seus anos de profissão. Ao meu pai, por não ter poupado esforços para que os meus sonhos se realizassem. Aos meus tios, Izabel, Fernando, Dora e Argemiro, por serem meu porto seguro. Às minhas primas Brayane (que teve papel fundamental nos piores dias), Mariana e Gabriela, por sempre me lembrarem de quem eu sou e por serem fonte de alegria a cada encontro. A minha vó Isabel, por reunir tudo que há de mais belo e bondoso no ser humano.

... ao professor Anderson, por ter me acolhido de braços abertos como sua orientanda, mesmo à distância. Por sua gentileza ímpar, pela disponibilidade, pela colaboração, pelo tanto que aprendi, por ter acreditado no trabalho em todos os momentos e por ter possibilitado que ele se concretizasse.

... à professora Daniela Cademartori, por ter me guiado no início dessa jornada com a competência que lhe é peculiar, por sua ternura maternal, por tudo que me acrescentou, pela saudade que ficou.

... a todos os professores por terem me apresentado novos olhares para o direito, especialmente à Profa. Jânia Saldanha pelas aulas inesquecíveis, à Profa. Têmis e ao Prof. Bolzan pelas excelentes

reflexões, ao Prof. Lenio cujo seminário foi o impulso inicial deste trabalho.

... aos amigos que criaram meu lar no Rio Grande do Sul. A Clarissa Tassinari, por tudo que as palavras são insuficientes para descrever, por todas as aventuras que vivemos juntas, por ser um exemplo de dedicação à pesquisa e pelo tanto que fez por mim. A Felipe Mello pela amizade rara e sincera. A Rodolfo Souza, por estar presente em todos os melhores e piores momentos. A Mateus Abreu, por ter sido um irmão. A Fernando Hoffmam, pelo carinho e por tudo que me ajudou. A Elias Jacob, pela excelente companhia e por ter me amparado nos momentos difíceis.

... aos amigos Danilo Lima, Daiane Moura, Thaís Gracia e Julia Lafayette, pelo apoio. A todos os colegas de curso pela convivência prazerosa, especialmente a Karina Fernandes, Gabriela Schneider, Rosivaldo Toscano e Natalia Castilho.

... a Rafael Lordelo, por todo carinho e por ter sido minha fonte inesgotável de otimismo e bom humor.

... a todos os amigos do Ministério Público que foram indispensáveis para essa conquista, em especial a Felipe Mattos e Carlos Montalvão, que participaram de tudo desde quando o Mestrado era apenas uma ideia, pela compreensão e por terem suportado tantas cargas para que eu pudesse concretizar esse objetivo. A Fabiana Palma, por ter sempre uma palavra amiga para me oferecer. A Lorena Gresik, pela amizade e pela atenção principalmente nos dias difíceis. A Cristiana Vivas e Evelim Hanna, pela confiança e pelo apoio.

... às minhas amigas Tâmara Esteves, Camila Rocha, Priscila Almeida e Ana Caroline Dantas, pelo ombro amigo e por serem parte da minha história. A Marúcia Bahia, por ter acompanhado a minha trajetória. A Larissa Silveira, pela alegria e pelo cuidado.

... a Vera Loebens e Magdaline Macedo, pelo auxílio, pela paciência e pela gentileza de sempre.

*“Penso que não cegámos,
penso que estamos cegos,
Cegos que vêem,
Cegos que, vendo, não vêem”.¹*

*“No presente a mente, o corpo é diferente
E o passado é uma roupa que não nos
serve mais”.²*

¹ José Saramago. Ensaio sobre a cegueira.

² Belchior. Velha roupa colorida.

RESUMO

O presente trabalho possui o objetivo de problematizar a recepção da ponderação de Robert Alexy pela doutrina jurídica brasileira, do ponto de vista da Crítica Hermenêutica do Direito. Essa análise é feita através de três perspectivas: em um primeiro momento é feita uma leitura da ponderação nos moldes em que ela foi formulada por Robert Alexy, analisando o projeto da teoria alexyana e o contexto do seu surgimento em meio à jurisprudência dos valores e à aplicação do procedimento de ponderação pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Num segundo momento, passa-se à análise da recepção que teve a ponderação alexyana pela doutrina jurídica brasileira, através do contexto em que se deu essa recepção (consubstanciado na doutrina brasileira da efetividade), bem como a adoção de conceitos conflituosos com a própria teoria alexyana (como é o caso da ponderação de regras, da ponderação preventiva e do princípio da proporcionalidade). Nesse segundo ponto também está presente a abordagem dos discursos que envolvem a recepção da ponderação pela doutrina brasileira, quais sejam, o discurso neoconstitucionalista e o discurso do ativismo judicial. Em relação ao neoconstitucionalismo, aponta-se uma tentativa de superação do positivismo jurídico que se torna frustrada diante da adoção do conceito semântico de norma e da discricionariedade interpretativa. Quanto ao discurso do ativismo judicial, argumenta-se, através de uma distinção entre este fenômeno e a judicialização da política, que ele acaba se tornando um discurso de imposição da vontade do julgador. Por fim, num terceiro momento, parte-se para uma análise da ponderação alexyana a partir dos aportes da Crítica Hermenêutica do Direito. Nesse sentido, são apontadas as contribuições de Heidegger e de Gadamer para a ruptura com a ideia de método como elemento estruturante da compreensão, a relevância de Dworkin com o conceito interpretativo de direito e o ideal de integridade e também a importância do contraponto da ponderação de Alexy com a teoria da decisão de Lenio Streck, especialmente no que tange ao problema da discricionariedade. A partir desses aspectos, o trabalho propõe uma reflexão a respeito dos pressupostos que permeiam a recepção da ponderação alexyana pela doutrina jurídica brasileira, bem como a incompatibilidade desta ponderação com a racionalidade hermenêutica.

Palavras-chave: Teoria dos Direitos Fundamentais. Crítica hermenêutica do Direito. Ponderação.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyse how legal scholars in Brazil adopted Robert Alexy's balancing theory of legal principles. In order to do so, it will work within a theoretical framework known as critical hermeneutics of law ("Crítica Hermenêutica do Direito" - CHD). This work is structurally divided in three parts. During the first, it will explain how Robert Alexy tailored the balancing theory of legal principle to be a critical response to the jurisprudence of values that was widespread in Germany and applied by its Supreme Court. The second chapter will analyse how Brazilian legal scholars adopted Alexy's theory. In addition, it will explain the historical background surrounding its adoption, which will allow understanding how Brazilian peculiarities led to the assemblage of a very different balancing theory, far away from Alexy's original works. This assemblage was essential to the development of two common concepts in Brazilian legal thinking: "neo constitutionalism" and "judicial activism". The former was an attempt to overcome legal positivism, but failed due to the very nature of legal norms and the result of discretionary interpretations. The latter, as will be seen, is completely different of the judicialization of politics. This distinction allows understanding how judicial activism is inevitably a way to institutionalise judges' will of power. In the last chapter, the text will focus on how the theoretical framework proposed here (CHD) perceives Alexy's balancing theory. In order to proceed with this, it will demonstrate three different but inherently linked approaches: first, the revolution of Martin Heidegger's and Hans-Georg Gadamer's idea of "method"; second, Ronald Dworkin's thesis that law is an interpretive concept which needs integrity; third, Lenio Streck's decision theory as an alternative to solve the problem of discretionary judicial decisions. Considering these relevant theoretical perspectives, this dissertation aims to propose a reflection upon usual assumptions that underlie the incorporation of Robert Alexy's balancing theory by Brazilian legal scholars and show how it is incompatible with hermeneutical rationality.

Keywords: Fundamental Rights Theory. Critical hermeneutics of Law. Balancing theory.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A PONDERAÇÃO EM ROBERT ALEXY	14
2.1 O Contexto de Formulação da Teoria de Robert Alexy	14
2.1.1 O Projeto da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.....	15
2.1.2 A Jurisprudência dos Valores e o Surgimento das Teorias Argumentativas.....	19
2.1.3 O Surgimento da Ponderação na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão	27
2.2 A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy	36
2.2.1 O Conceito Semântico de Norma	36
2.2.2 A Distinção Estrutural entre Regras e Princípios	38
2.2.3 As Colisões entre Princípios, a Ponderação e a Discricionariedade	40
3 A PONDERAÇÃO À BRASILEIRA: PROBLEMAS DE UMA RECEPÇÃO	46
3.1 O Novo Constitucionalismo Brasileiro e a Ponderação: uma Análise Doutrinária	52
3.1.1 Alguns Conceitos Problemáticos: a Ponderação de Regras, a Ponderação Preventiva e o Princípio da Proporcionalidade	53
3.1.2 O (neo) Constitucionalismo no Brasil e a Repristinção do Positivismo Jurídico.....	64
3.1.3 Judiciário Protagonista ou Ativista? O Problema do Ativismo Judicial no Brasil	74
4 A CRÍTICA HERMENÊUTICA AO MODELO ALEXIANO DE APLICAÇÃO DO DIREITO	84
4.1 Contribuições de Heidegger para a Discussão do Problema do Método	86
4.2 O Problema do Método sob a Perspectiva Gadameriana	89
4.3 O Problema Conceitual que Recai sobre o Direito e os Princípios: Uma Abordagem sob os Aportes da Teoria do Direito de Ronald Dworkin .	95
4.4 Teoria da Decisão de Lenio Streck: o Direito a uma Resposta Constitucionalmente Adequada e a Análise Crítica do Problema da Discricionariedade	103

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	111
REFERÊNCIAS	120

1 INTRODUÇÃO

O debate jurídico atual, por diversos fatores, tem na atuação do Poder Judiciário o seu ponto de destaque e de combustível para as maiores discussões da doutrina jurídica. Nesse cenário, a ponderação (e especialmente a ponderação nos moldes em que é trabalhada por Robert Alexy), passou a ser ponto central na grande maioria dos debates a respeito da decisão judicial.

De fato, a inserção de um catálogo de direitos fundamentais no texto constitucional transmite ao Estado uma agenda igualitária que afeta não somente as instituições públicas, mas também as relações privadas em vários aspectos do comportamento hodierno, motivo pelo qual é demandada a intervenção do direito para o reconhecimento das mais diversas condições no âmbito das relações jurídicas.

Desse modo, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, gestada em meio ao movimento da jurisprudência dos valores na Alemanha, ganha uma abrangência que não se restringe apenas à experiência alemã, sendo difundida em diversos países, como é o caso do Brasil. Mostra-se fundamental, portanto, uma análise crítica da ponderação alexyana e da sua recepção pela doutrina jurídica brasileira para a qualidade do debate a respeito do protagonismo judicial no Brasil.

Nesse contexto, o tema do presente trabalho concerne à ponderação na sua forma elaborada por Robert Alexy (especificamente em sua teoria dos direitos fundamentais) e sua recepção pela doutrina jurídica brasileira, sob o ponto de vista da Crítica Hermenêutica do Direito. Essa análise se faz, portanto, a partir das matrizes filosóficas de Heidegger, Gadamer, Ronald Dworkin e Lenio Streck, passando pela questão do (neo)constitucionalismo e do ativismo judicial.

A discussão desse estudo está concentrada, então, na carência de problematização que afeta a recepção da ponderação de Robert Alexy pela doutrina jurídica brasileira, numa análise que é iluminada pela Crítica Hermenêutica do Direito, buscando pesquisar em que medida essa carência contribui para a formação de um imaginário jurídico que acata a discricionariedade como uma característica inerente à atividade judicial.

Nesse sentido, no plano acadêmico, a pesquisa da relação entre a ponderação e a discricionariedade na hermenêutica justifica-se diante da

necessidade de se propor alternativas ao subjetivismo advindo da doutrina “neoconstitucionalista” ou “pós-positivista”. As rupturas sociais, institucionais e ideológicas que cominaram nos valores democráticos consolidados na atualidade merecem ser respeitadas, e é nesse plano que se fundamenta a indagação de como o Estado Democrático de Direito convive com a margem discricionária das decisões judiciais.

No aspecto social – a presente proposta de pesquisa se mostra relevante no sentido em que discute os modelos de interpretação tradicionalmente reproduzidos no ensino jurídico brasileiro. A presente pesquisa se justifica, ainda, em virtude da inserção na sua linha de pesquisa (“Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”), pois se pauta em uma crítica hermenêutica, e tem como finalidade uma interpretação jurídica que possa se adequar à concretização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o trabalho tem como objetivo, através de um olhar que tem como substrato teórico a Crítica Hermenêutica do Direito, abordar os pontos que envolvem a ponderação formulada por Robert Alexy e as suas possibilidades, que sugerem uma margem de utilização arbitrária do procedimento de ponderação, tornando-se um instrumento para a imposição da vontade do intérprete.

A presente proposta de pesquisa tem, ainda, como ponto de partida a investigação pelo “método”³ de abordagem fenomenológico-hermenêutico, mediante o deslocamento do olhar para aspectos ocultos das sedimentações doutrinárias e da construção de apropriações positivas quanto à formação de uma doutrina que trate da ponderação no direito brasileiro. Quanto ao procedimento de investigação, será utilizada a reconstrução histórica, de modo a problematizar os processos e instituições do passado e seu reflexo na atualidade.

Para tanto, o trabalho será desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica (documentação indireta) com acréscimos da pesquisa documental e jurisprudencial para a análise da obra de Robert Alexy no que concerne ao procedimento de sopesamento (ponderação), bem como da doutrina brasileira

³ A utilização da expressão “método” entre aspas denota um modo de filosofar, posto que a fenomenologia hermenêutica não se mostra compatível com a ideia de método acabado e definitivo.

que trata do tema, sob os influxos do referencial teórico pertinente à Crítica Hermenêutica do Direito.

Para o enfrentamento das questões apontadas, é importante, de início, reconhecer que a discussão envolve três assuntos distintos, que serão abordados em três capítulos sucessivos. O primeiro ponto diz respeito à ponderação em Robert Alexy: seu contexto de surgimento em meio à doutrina e à jurisprudência alemãs e a sua formulação pela teoria alexyana dos direitos fundamentais. O segundo ponto diz respeito à ponderação à brasileira: o seu surgimento em meio à doutrina brasileira da efetividade e os seus principais pontos problemáticos, passando pelos temas do (neo)constitucionalismo e do ativismo judicial. Por fim, a questão da ponderação do ponto de vista de um paradigma hermenêutico e quais os principais aspectos que demonstram a incompatibilidade de Robert Alexy com esse paradigma, a partir dos aportes teóricos de Heidegger, Gadamer, Ronald Dworkin e Lenio Streck.

Na tentativa de empreender esse estudo, essa análise se decompõe em três aspectos: a ponderação em sua formulação original, sua contextualização e os principais conceitos que a compõem (tópico 2), a ponderação à brasileira e a sua contextualização em meio à doutrina brasileira da efetividade, passando pelas questões do (neo)constitucionalismo e do ativismo judicial (tópico 3) e a crítica hermenêutica à ideia alexyana de ponderação (tópico 4), demonstrando a incompatibilidade desse autor com a racionalidade hermenêutica, elaborando um contraponto a partir dos conceitos de Heidegger, Gadamer, Dworkin e Lenio Streck.

Considerando o que foi acima exposto, percebe-se que tematizar a ponderação alexyana se apresenta como um desafio na atual conjuntura da doutrina jurídica, de modo que este trabalho se projeta para a possibilidade de investigação de pontos muitas vezes obscurecidos, buscando contribuir para uma crítica hermenêutica da ideia de ponderação de Robert Alexy e da sua recepção no cenário jurídico brasileiro.

2 A PONDERAÇÃO EM ROBERT ALEXY

Diante do objetivo de trabalhar os pressupostos que circundam a recepção da ponderação alexyana pela doutrina jurídica brasileira – a partir do referencial teórico da Crítica Hermenêutica do Direito – torna-se fundamental, num primeiro momento, o entendimento do projeto teórico de Robert Alexy e a contextualização da sua teoria na doutrina e jurisprudência alemãs.

O enfrentamento dessas questões passa, portanto, pela análise do projeto da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy e de seu empenho em conferir rigor metodológico à técnica de ponderação aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em meio ao movimento doutrinário da jurisprudência dos valores, para construir uma dogmática dos direitos fundamentais baseada no conceito semântico de norma, na distinção estrutural entre regras e princípios e na lei de colisão. Esses aspectos constituem o objeto de análise do presente capítulo, destinado a uma leitura da ponderação alexyana tendo em vista o seu surgimento na doutrina e jurisprudência alemãs e a contextualização do projeto do autor.

2.1 O Contexto de Formulação da Teoria de Robert Alexy

A Constituição de 1988 inaugurou no Brasil um rol ampliado de direitos fundamentais, agregando um catálogo de direitos sociais inédito no contexto jurídico brasileiro até então.⁴ Ocorre que a doutrina jurídica brasileira – atrelada a uma tradição liberal-individualista – não dispunha de recursos teóricos para discutir adequadamente essa nova Constituição.

Como aponta Lenio Streck⁵, uma nova Constituição exige que se olhe o novo com os olhos do novo, o que inclui a formulação de uma nova teoria das fontes, de uma nova teoria da norma e de uma nova teoria hermenêutica. É mais precisamente desse último aspecto que se ocupa o presente trabalho, no sentido de discutir a recepção da teoria alexyana como teoria argumentativa incorporada à doutrina jurídica brasileira para suprir as carências reveladas com o surgimento de uma nova ordem constitucional.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47.

⁵ Ibid., p. 47.

Para o embasamento dessa discussão se torna fundamental a abordagem da recepção da chamada jurisprudência dos valores e sua pertinência com a teoria alexyana, bem como do projeto da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, discutindo os objetivos e o contexto em que esta surge na jurisprudência alemã.

Sabe-se que o movimento conhecido como jurisprudência dos valores⁶ surge, como ressalta Lenio Streck⁷ no intuito de equalizar a tensão produzida com a outorga da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) de Bonn no âmbito do direito constitucional alemão, como uma tentativa voluntarista de ultrapassar a estrita legalidade do direito escrito, de modo a revelar os valores da sociedade, ou seja: como um “mecanismo de abertura” de uma legalidade fechada e construída sem a participação democrática do povo alemão.

A teoria de Alexy aparece, nesse sentido, como um esforço de racionalizar o conceito difundido pelo movimento da jurisprudência dos valores, no que concerne a conceber a Constituição como uma ordem concreta de valores a serem revelados pelo intérprete.⁸

2.1.1 O Projeto da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy

Para a análise das peculiaridades que envolvem a recepção da teoria alexyana no Brasil, é fundamental o entendimento do contexto em que se situa o pensamento de Robert Alexy e também do projeto da sua obra.

⁶ É relevante anotar que, nesse contexto, o vocábulo “jurisprudência” é utilizado no sentido de “ciência jurídica”, sem implicar uma conotação tribunalícia. Como lembra Rafael Tomaz de Oliveira, a jurisprudência dos conceitos, a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência dos valores são expressões que traduzem um modo específico de se relacionar com o conhecimento do direito e apresentar soluções para os casos judiciais. Nesse sentido: ABOUD, Georges; CARNIO; Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 333, nota de rodapé n. 29.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 285.

⁸ *Ibid.*, p. 286.

O referido autor objetiva, além da superação do positivismo jurídico⁹, a concretização de direitos e a interdição de relativismos interpretativos. A consecução desses objetivos envolve, para ele, o desenvolvimento de uma elaborada teoria da argumentação situada no nível lógico-argumentativo. Esse

⁹ A respeito da relação entre o projeto da teoria de Robert Alexy e o positivismo jurídico são necessárias algumas considerações preliminares para que se justifique a afirmação de que Alexy pretende superar o positivismo jurídico. Isso aparece em sua obra, primeiramente, na medida em que o próprio autor se intitula partidário de um conceito de direito “não positivista” que entrelace o lado fático e institucional do direito a uma dimensão ideal ou discursiva de correção. É essa pretensão de correção que, para ele, leva ao “rompimento com o conceito de direito positivista”. ALEXY, Robert. *Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão*. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 20. Esse direito não positivista para Alexy é atribuído, principalmente, a uma relação entre direito e moral avessa ao que preconizava o positivismo. Isso porque as teorias jurídicas positivistas defendiam a tese da separação entre direito e moral, ou seja, um conceito de direito focado nos conceitos de legalidade e autoridade, não incluindo elementos morais. Para o positivismo jurídico, desse modo, a correção do direito era independente de seu conteúdo. Já para as teorias não positivistas (e é essa a postura que Alexy pretende afirmar), o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais e é por conta disso que se afirma que, em Alexy, a moral é corretiva ao direito. Apesar de ressaltar que nenhum não positivista que deva ser levado a sério exclui do conceito de direito os elementos da legalidade conforme o ordenamento e eficácia social, é a vinculação entre direito e moral a partir de uma pretensão discursiva de correção que, em Alexy, constitui a distinção entre um conceito de direito positivista e não positivista. A esse respeito, ver: Id. O problema do positivismo jurídico. In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 3-12. Por outro lado, é também fundamental lembrar que as críticas de Alexy se direcionam com maior ênfase ao positivismo legalista ou exegético. Isso aparece explicitamente na seguinte afirmação “Existirá um caso duvidoso, por exemplo, quando a lei a ser aplicada for imprecisa e as regras da metodologia jurídica não levarem necessariamente de modo exato a um resultado. Quem identifica o direito com a lei escrita, ou seja, quem defende a tese do positivismo legal deve afirmar que, nos casos duvidosos, a decisão é determinada por fatores extrajurídicos. Totalmente diversa é a compreensão do não positivista. Como não identifica o direito com a lei, para ele, a decisão também pode ser determinada pelo direito, se a lei não a estipular de modo coercitivo. Com efeito, as distintas concepções a respeito do que é direito não levam necessariamente a resultados distintos, mas podem levar”. Id. O problema do positivismo jurídico. In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 3-12. p. 11-12. Não obstante esse segundo ponto, a distinção que serve de base para essas afirmações ainda são lastreadas na negação da tese positivista de separação entre direito e moral. É esta separação que também aparece no positivismo científico ou normativista, tendo como seu principal representante Hans Kelsen. Nesse sentido, ver: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 67-78. Diante do exposto se conclui que, apesar de as discordâncias de Alexy se voltarem com maior ênfase ao positivismo exegético, elas também se direcionam ao positivismo normativista por estarem fundamentadas na relação entre direito e moral (que em ambas as modalidades de positivismo jurídico se dá através da tese da separação). É por isso que este trabalho afirma que a pretensão de superação (ou discordância) do positivismo jurídico é um dos elementos do projeto de Robert Alexy. Esse projeto, no entanto, acaba se contradizendo na medida em que não consegue romper com o esquema sujeito-objeto presente também no positivismo. Essa contradição reside principalmente na utilização do conceito semântico de norma pela teoria alexyana e, sobretudo, pela admissão da discricionariedade interpretativa. Esses últimos pontos, diante da sua complexidade, serão retomados no decorrer do trabalho. Por ora, fica estabelecido que quando se fala na relação entre Alexy e o positivismo jurídico, estão implícitas todas essas ressalvas.

raciocínio nos leva a uma primeira premissa: a de que a teoria da argumentação de Robert Alexy não se situa no paradigma hermenêutico, trabalhando com uma racionalidade alheia ao giro linguístico-ontológico.

Alexy vê o problema dos relativismos interpretativos como uma questão de insuficiência metodológica, sendo suprida pela técnica da ponderação de valores, que era aplicada pelo Tribunal Constitucional alemão para resolver conflitos normativos. O autor demonstra, portanto, um esforço de “metodologizar” a interpretação e não de enfrentar o problema do subjetivismo e da discricionariedade do intérprete.

Outro ponto a ser destacado é o de que Alexy se autointitula um autor “não positivista”, acrescentando uma dimensão ideal ou discursiva de correção para a busca da solução dos *hard cases*.¹⁰ Por ora, é imperioso ressaltar que o autor constrói a sua teoria da argumentação jurídica e a sua teoria dos direitos fundamentais para abordar o problema da interpretação diante da indeterminação do direito¹¹, problema este que não foi o foco de atenção do positivismo jurídico.

Tais colocações são importantes para nos conduzir ao raciocínio de que as pretensões da obra de Robert Alexy são importantes e respondem a uma demanda de seu tempo e contexto em que sua teoria foi produzida. Seu projeto, entretanto, fracassa diante de uma repriminção do positivismo jurídico, em especial no tocante à discricionariedade do julgador, como será mais adiante colocado.

Em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy segue a proposta de fornecer respostas que possuam uma fundamentação racional no que concerne

¹⁰ A respeito desse ponto, Alexy afirma expressamente que: “Segundo o conceito de direito positivista, o direito compõe-se exclusivamente de fatos sociais da decretação e da eficácia. *O conceito de direito não positivista acrescenta a essa dimensão real ou fática a dimensão ideal ou discursiva da correção.* O elemento central da correção é a justiça. Desse modo, é produzida uma união necessária entre o direito como ele é, e o direito, como ele deve ser, e, com isso, entre o direito e a moral. O argumento principal para essa união entre direito e moral é a tese que o direito, necessariamente, promove uma pretensão de correção”. ALEXY, Robert. Apresentação. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 9. [Grifo nosso].

¹¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 173.

às questões envolvendo direitos fundamentais. Essa obra representa, portanto, a sua intenção de edificar uma dogmática dos direitos fundamentais.¹²

Neste sentido, não se pode esquecer que Alexy desenvolve sua proposta quando, no contexto alemão, prosperavam os pressupostos do movimento que ficou conhecido como jurisprudência dos valores (sucessor da jurisprudência dos interesses), sendo esta, portanto, a metodologia empregada para a interpretação judicial. A jurisprudência dos valores surge, desse modo, com o objetivo de complementar a jurisprudência dos interesses no sentido de indicar os valores que podem ser aplicados em congruência com o ordenamento jurídico, nos casos em que não for viável verificar os interesses que moveram o legislador.¹³ É exatamente nesse contexto que se situa o projeto de Robert Alexy: ele radicaliza a proposta da jurisprudência dos valores, conferindo rigor metodológico à técnica da ponderação, mediante um procedimento argumentativo racionalmente fundamentado. Em outras palavras, o intento de Alexy era justamente racionalizar a introdução dos valores no modo de compreender a interpretação jurídica.

Para isso, Alexy propõe uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã. E acrescenta: trata-se de uma teoria que não é histórica, filosófica ou sociológica, mas sim uma teoria jurídica (dogmática). Esta dogmática consiste numa tentativa de dar respostas racionalmente fundamentadas a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pela normatividade.¹⁴ O seu problema é, portanto, a possibilidade de se dar fundamentação racional a juízos de valor.

Trata-se, ainda, de uma teoria estrutural, analítica, na medida em que visa uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser que seja acessível a controles intersubjetivos, buscando uma “Clareza analítico-conceitual”.¹⁵

Apesar de se situar no plano lógico-argumentativo e de ser um doutrinador extremamente analítico, convém recordar, contudo, que a decisão

¹² MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 145.

¹³ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura do direito**: o século XX. Tradução de Luca Lambertini. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2. p. 252.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 36.

¹⁵ *Ibid.*, p. 43.

para Alexy não é baseada apenas nos meios da lógica. Para o autor, são necessários valores adicionais, que ingressam fundamentados por conhecimentos empíricos.¹⁶

Para o salutar desenvolvimento dessa pesquisa, é importante detalhar as principais características tanto da jurisprudência dos valores como da jurisprudência dos conceitos, e ainda da jurisprudência dos interesses, para que se possa problematizar a recepção dessa teoria pela doutrina jurídica brasileira.

2.1.2 A Jurisprudência dos Valores e o Surgimento das Teorias Argumentativas

O entendimento do projeto da teoria de Robert Alexy passa pela análise da sua obra como metodologia voltada à racionalização da atividade jurisdicional do Tribunal Constitucional Federal alemão. É por este motivo que se faz necessária uma retomada a alguns aspectos relevantes sobre as modalidades de pensamento metodológico consubstanciadas na jurisprudência dos conceitos, na jurisprudência dos interesses e na jurisprudência dos valores, posturas metodológicas sobre o modo de compreender o fenômeno jurídico que antecederam e, por isso mesmo, impulsionaram a elaboração da proposta alexyana.

Considerada como uma face do pandectismo, a jurisprudência dos conceitos é marcada pela equiparação do direito ao texto legal, compreendendo a atividade judicial como mera atividade de conhecimento.¹⁷ Como lembra Karl Larenz¹⁸, este movimento elevou a ciência jurídica à condição de um sistema lógico no estilo de uma “pirâmide de conceitos” em que as proposições jurídicas transmudam-se em um nexos lógico entre conceitos. Esse nexos lógico era utilizado, ainda, como fonte de conhecimento para proposições jurídicas ainda não interpretadas. A essa pirâmide de conceitos, construída segundo as regras da lógica formal, dá-se o nome de “genealogia dos conceitos”.¹⁹

¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 48.

¹⁷ ABOUD, Georges; CARNIO; Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 333.

¹⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 23.

¹⁹ *Ibid.*, p. 24.

É importante observar que a jurisprudência dos conceitos tem como características marcantes a equiparação do direito ao conteúdo do texto legal, bem como a concepção de que a atividade do juiz é uma simples atividade de conhecimento, conferindo papel de destaque à figura do erudito.²⁰ Desta forma, este movimento deixa como legado para o direito brasileiro o modelo de dogmática do direito privado, em especial no que tange ao Código Civil, caudatário desse tipo de procedimento metodológico.²¹

Mario Losano²² se refere a uma crise da racionalidade e da visão tradicional do ser humano para explicar a derrocada do pandectismo. Apesar de conviver ao lado das teorias inovadoras, as teorias oriundas da jurisprudência dos conceitos não obtiveram sucesso em abordar o problema da decisão jurídica e da emanção da sentença em meio ao direito formulado em normas gerais.

Se para a jurisprudência dos conceitos a lógica e, portanto, a racionalidade, era o instrumento principal para a interpretação de uma norma, quando a razão é substituída pela vontade, a relação entre a norma e a sentença assume um aspecto completamente diverso. A decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz, a qual segue vias não necessariamente racionais.²³

Sendo assim, surge o movimento da jurisprudência dos interesses, caracterizado pela crítica contra o monopólio do Estado na produção do direito e pela convicção de que o juiz desenvolvia uma atividade jurídica criadora.²⁴

Philipp Heck, um dos expoentes dessa doutrina, criticava a jurisprudência dos conceitos pela sua falácia conceitual, descrita como a consideração de que se possam deduzir logicamente as normas umas das outras. Losano recorda Heck e sua concepção de que a norma jurídica serve para resolver conflitos de interesses. Uma vez que o legislador não pode prever todos os conflitos possíveis, as leis apresentam lacunas: a tarefa do juiz consistiria, portanto, em preenchê-las.²⁵

²⁰ ABBOUD, Georges; CARNIO; Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 333-334.

²¹ Ibid., p. 335.

²² LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura do direito: o século XX**. Tradução de Luca Lambertini. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2. p. 140.

²³ Ibid., p. 143.

²⁴ Ibid., p. 149.

²⁵ Ibid., p. 164.

Nas palavras de Heck²⁶:

O escopo da jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade. São esses desejos e aspirações que chamamos de interesses e a jurisprudência dos interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder de vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração de conceitos. A teoria da decisão judicial deve, portanto, indicar as condições mais próprias para se atingir tal objetivo [...].

Como aponta Rafael Tomaz de Oliveira²⁷, a jurisprudência dos interesses se concentra na dimensão concreta dos interesses em conflito, num contexto em que a lógica pandectística não mais dava conta de regular os problemas sociais. Nesse sentido, fez-se necessário suprir as insuficiências da jurisprudência dos conceitos com elementos intuitivos da realidade social concreta, consubstanciados nos interesses em conflito. O procedimento metodológico utilizado para compor esses interesses em conflito, apontando o interesse que deveria prevalecer, era definido como ponderação (*Abwägung*).²⁸

Losano²⁹ lembra que a doutrina da jurisprudência dos interesses é um reflexo das tensões que sofria a sociedade alemã às vésperas da Primeira Guerra Mundial, momento em que os conflitos de interesses na produção legislativa se tornaram mais agudos. Por esse motivo, essa doutrina foca sua atenção na atividade legislativa, mais do que na atividade judicial, por ser nessa

²⁶ HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 13.

²⁷ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 339.

²⁸ O termo “ponderação” (*Abwägung*), apesar de se tratar de elemento central da teoria da argumentação jurídica, em especial no que se refere à obra de Robert Alexy, aparece inicialmente na obra de Philipp Heck em meio à jurisprudência dos interesses. Segundo Heck, as normas jurídicas representam uma tentativa de conciliar interesses sociologicamente opostos. Essa composição dos interesses em conflito se dá por meio de um procedimento de ponderação. É importante anotar, no entanto, que para Heck essa ponderação aparece em relação aos interesses que moveram o legislador a produzir a norma. Já em Alexy, como será demonstrado nos itens subsequentes, a ponderação aparece na decisão judicial do caso concreto. Nesse sentido, ver: ABBOUD, op. cit., p. 339; HECK, op. cit., p. 120;186.

²⁹ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura do direito: o século XX**. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2. p. 165.

atividade que se encontravam mais evidentes as pressões dos grupos interessados.³⁰

O juiz deveria, portanto, na interpretação e aplicação do direito, equilibrar os interesses em conflito através de uma ponderação, reconhecendo os princípios adotados pelo legislador e aplicando-os no caso concreto. A atividade judicial não restaria vinculada, assim, à lógica da subsunção.³¹

Essa mudança de foco que surge com a jurisprudência dos interesses, passando a centrar as suas atenções não no conhecimento (como ocorria na jurisprudência dos conceitos), mas na aplicação do direito, reflete a queda da razão, que dá lugar à vontade como foco da interpretação do direito. Nesse sentido, Losano destaca que:

A jurisprudência dos interesses marca uma mudança radical nas tarefas que se coloca a jurisprudência: sua atenção já não se dirige ao conhecimento, mas à aplicação do direito. E, se o instrumento para o conhecimento é a razão, o instrumento para a aplicação do direito é a vontade. Retorna-se, assim, à mudança de paradigma que caracteriza o advento do século XX: a passagem da razão à vontade. Após a Segunda Guerra Mundial, as concepções contemporâneas do sistema herdaram da Escola Sociológica do Direito a atenção pela aplicação do direito e a busca dos princípios segundo os quais orientar essa aplicação. [...].³²

Como visto, a jurisprudência dos interesses representada por Philipp Heck procura compor os interesses em conflito conferindo relações de prevalência entre os mesmos, baseando-se na regulamentação legal desses interesses pela atividade legislativa.³³ O modo como se dá a valoração desses distintos interesses e necessidades na resolução de casos não diretamente regulados faz parte do objeto de estudo da jurisprudência dos valores.

Como aponta Losano³⁴, a jurisprudência dos valores (*Wertungsjurisprudenz*) surge a partir da ala moderada do movimento da jurisprudência dos interesses com o propósito de estabelecer quais os valores em que se inspira o intérprete ao aplicar o direito. O entendimento da

³⁰ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura do direito**: o século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2. p. 165-166.

³¹ Ibid., p. 166.

³² Ibid., p. 168.

³³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 164.

³⁴ LOSANO, op. cit., p. 170.

jurisprudência da valoração, contudo, pressupõe uma abordagem do momento histórico em que esta se situa.

Sabe-se que o advento do nacional-socialismo alterou profundamente a sociedade alemã, especialmente por conta das estruturas que conservaram o referido regime.³⁵ Com a queda do Terceiro Reich, a teoria do direito é tomada por uma série de questionamentos que buscavam entender a ampla aceitação que tinha ganhado o nacional-socialismo. Segundo Losano:

O quesito assumia uma gravidade particular com relação aos juristas alemães, que haviam contribuído de modo determinante para a destruição do Estado de Direito, do qual, ao contrário, deveriam ter sido os defensores [...].³⁶

Uma resposta a esse questionamento veio de Gustav Radbruch³⁷, apontando o positivismo jurídico como responsável pelo fato de os juristas alemães terem aceitado de bom grado as leis nacional-socialistas. Como lembra Losano³⁸, o positivismo jurídico habituou os juristas alemães a não colocar em discussão o direito positivo, o que os tornou inertes contra leis arbitrárias.

É relevante ressaltar, ainda, que os juízes recrutados pelo regime nazista eram pessoas autoritárias e conservadoras, ao molde do Estado que representavam³⁹, o que tornava difícil a sua identificação com ideais democráticos e pluralistas. O positivismo jurídico foi apontado, portanto, como a causa que tornou possível a aceitação do nacional-socialismo pela doutrina jurídica alemã, motivo pelo qual Radbruch propõe uma reconstrução do Estado de Direito através de um retorno ao direito natural, sem abrir mão da certeza do direito.⁴⁰

Com o fim do período bélico, as Constituições passam a desempenhar um novo papel diante do redimensionamento do direito público em virtude da evidência que ganham os direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) alemão possui papel efetivo nas

³⁵ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura do direito**: o século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2. p. 233.

³⁶ Ibid., p. 233-234.

³⁷ Para maiores aprofundamentos, ver: RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

³⁸ LOSANO, op. cit., p. 235.

³⁹ Ibid., p. 238-239.

⁴⁰ Ibid., p. 239.

transformações operadas pelo constitucionalismo desse segundo pós-guerra, inaugurando uma tendência de expansão do poder judicial.⁴¹

Por hora, é importante observar que a jurisprudência dos valores se difere notadamente da jurisprudência dos interesses na medida em que seus postulados metodológicos não ficaram restritos ao ambiente acadêmico, tendo profunda influência na atividade do Tribunal Constitucional Federal alemão, que recepcionou boa parte de suas teses.⁴²

A jurisprudência dos valores, dessa forma, propõe uma teoria aberta aos valores que possam inspirar a atividade judicial, restando atrelado o juiz, diante da lição histórica do regime nazista, aos valores presentes no ordenamento.⁴³ Tal movimento reserva ao juiz uma tarefa criativa delimitada no âmbito das normas jurídicas positivas e estendida com a ajuda de princípios gerais.⁴⁴

Na jurisprudência dos interesses, o papel do juiz era investigar a vontade do legislador à ocasião da elaboração da lei, inserindo sua avaliação pessoal se essa tarefa não lograsse êxito. Essa doutrina não apresentava, contudo, qual seria o método que o intérprete deveria adotar caso não fosse possível identificar o interesse que moveu o legislador.

A jurisprudência da valoração surgiu exatamente dessa necessidade de indicar os valores que guiam a atividade judicial quando a norma positiva fosse insuficiente. É por isso que esta não substitui a jurisprudência dos interesses, mas a completa⁴⁵, indicando quais os valores que poderiam ser aplicados em conformidade com o ordenamento jurídico quando as normas positivas forem imprecisas. Representa, portanto, uma continuidade e não propriamente uma ruptura com o movimento anterior.

Nesse sentido, são valiosas as contribuições de Losano:

[...] prosseguindo e integrando a jurisprudência dos interesses, a jurisprudência dos valores pretende indicar qual é a origem dos valores que guiam a decisão do juiz quando a norma positiva não lhe oferece critérios suficientes para avaliar o caso concreto. Consequentemente, a jurisprudência dos valores completa – mas

⁴¹ ABOUD, Georges; CARNIO; Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 340-341.

⁴² Ibid., p. 340-341.

⁴³ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura do direito**: o século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2. p. 243.

⁴⁴ Ibid., p. 245.

⁴⁵ Ibid., p. 243.

não substitui – a jurisprudência dos interesses: quando a analogia já não é de ajuda, quando não é possível verificar quais interesses moveram o legislador, quando, em suma, as normas são imprecisas ou lacunosas, então intervém a jurisprudência dos valores para indicar quais valores podem ser aplicados compativelmente com o ordenamento jurídico.⁴⁶

Sendo assim, na jurisprudência dos valores o projeto doutrinário se desloca para a atividade jurisdicional, especificamente no sentido de orientar a decisão judicial pelos valores que constituem o fundamento do convívio social, objetivando enfrentar o problema da decisão judicial.⁴⁷ O limite entre a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência dos valores se encontra, portanto, na situação em que o intérprete não consegue identificar qual o interesse que moveu historicamente o legislador, cabendo à jurisprudência dos valores a identificação do procedimento adequado para que o intérprete conclua sua atividade.

Como ressalta Lenio Streck, os valores aparecem nesse movimento como uma referência de mecanismo de abertura de uma legalidade rígida e fechada, fomentada por uma ordem constitucional que não contou com a plena aceitação popular. Em suas palavras:

Como se sabe, no caso alemão, a Jurisprudência dos Valores serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949. Com efeito, nos anos que sucederam à consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um jus distinto da lex, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de ‘abertura’ de uma legalidade extremamente fechada.⁴⁸

É desse intuito de ultrapassar a estrita legalidade através de argumentos supralegais (que se consubstanciavam em valores) que se origina o problema da discricionariedade intrínseca ao movimento doutrinário da jurisprudência dos

⁴⁶ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura do direito**: o século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2. p. 252.

⁴⁷ ABBOUD, Georges; CARNIO; Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 340.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

valores. De fato, essa doutrina leva a atividade jurisdicional a se guiar por uma intuição valorativa (sua capacidade de julgar).⁴⁹

Karl Larenz⁵⁰ observa que os valores são atos de opção pessoal não passíveis de fundamentação racional. Nesse sentido, a jurisprudência dos valores ultrapassa a valoração feita pelo legislador para alcançar a valoração pessoal do juiz, carecendo de comprovação por meio de elementos objetivos.

A jurisprudência dos valores encontra lastro, portanto, em critérios de valoração supralegais ou pré-positivos, que subjazem às normas legais. Isso porque, para essa doutrina, da mesma forma que podem ser invocados valores positivados na carta de direitos fundamentais para resolver os conflitos de interesses, é possível que se recorra à tradição jusfilosófica, a argumentos linguísticos ou à intenção dos magistrados de alcançar decisões justas.⁵¹

Uma teoria da argumentação jurídica⁵² visa investigar, portanto, a solução dessas questões através de um processo argumentativo, de forma a questionar quais os argumentos que são admissíveis numa discussão jurídica, e qual o peso relativo que é atribuído a cada um desses argumentos.⁵³ Essa transição a uma jurisprudência da valoração passa, conseqüentemente, por uma crítica ao modelo de subsunção e pelo predomínio da justiça do caso concreto, tendo como instrumento um procedimento argumentativo.⁵⁴

O projeto de Robert Alexy aparece, nesse contexto, como uma postura que procurava estabelecer as bases teóricas para a legitimação da atividade do Tribunal Constitucional Federal alemão, aprovando a jurisprudência da valoração

⁴⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 165.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid., p. 167.

⁵² Em Alexy, essa teoria da argumentação jurídica é uma teoria guiada por uma racionalidade procedimentalista, consubstanciada na argumentação. Para essa teoria um enunciado normativo é correto ou verdadeiro quando pode ser resultado de um discurso racional. Alexy relaciona, portanto, correção e procedimento, de forma que a correção é resultante de um procedimento definido por regras do discurso. Por esse motivo, Alexy defende que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, tendo em vista que o seu procedimento argumentativo é regulado por leis processuais. Nesse sentido, ver: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. Título original: Theorie der Juristischen Argumentation. p. 212.

⁵³ Essa dimensão de peso está presente de forma intensa no projeto da teoria alexyana, especialmente no que se refere à ponderação de princípios, tema que será abordado com mais profundidade no tópico 2.2.3.

⁵⁴ LARENZ, op. cit., p. 165.

colocada em prática por esse tribunal⁵⁵, mas indo além dele, através da criação de uma estrutura lógico-analítica capaz de procedimentalizar o modo de inserção dos valores. É nesse sentido que o autor propõe um modelo fundamentado de sopesamento, com o objetivo de se opor a um modelo decisionista: esse modelo fundamentado se baseia em decisões judiciais em que se aplica a lei da ponderação.⁵⁶

A problemática ventilada neste trabalho se refere, porém, ao tratamento dessas questões pela doutrina jurídica brasileira, muitas vezes sem o essencial enquadramento das particularidades culturais, históricas e jurídicas que contextualizaram a discussão da jurisprudência dos valores nos países europeus.

2.1.3 O Surgimento da Ponderação na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão

Conforme observado anteriormente, a ponderação de bens é uma solução procedimental para as lacunas do direito diante da colisão de princípios; nasce a partir da *Abwägung*, de Philipp Heck, mas ganha relevância como elemento fundamental da jurisprudência dos valores. A partir da jurisprudência dos valores, a ponderação de bens, interesses, valores ou fórmula da ponderação (como prefere Robert Alexy) passa a se referir a situações de colisão normativa, orientando-se por uma pauta de valores.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, nesse período, contribuiu para que fosse afirmada uma concepção de Constituição assentada em uma ordem plural de valores alimentados pelos princípios constitucionais. É essa pluralidade

⁵⁵ ABOUD, Georges; CARNIO; Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 346.

⁵⁶ Para elucidar essa questão, são relevantes as palavras do próprio Alexy: “[...] a um tal modelo decisionista de sopesamento pode ser contraposto um modelo fundamentado. Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 165.

de valores, segundo essa concepção, que propicia a colisão de direitos fundamentais. A ponderação aparece, como será explicitado em item próprio (2.2.3), como um procedimento destinado a definir a relação de precedência entre os direitos fundamentais em um caso concreto, segundo critérios de proporcionalidade.

Segundo Anderson Teixeira⁵⁷, a instituição do Tribunal Constitucional Federal foi uma das mais significativas inovações da Lei Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*) para o cenário jurídico alemão. De alguma forma, a Constituição de Weimar possibilitou a insanidade hitleriana uma vez que não lhe oferecia óbices em sua estrutura constitucional que tinha o Presidente do *Reich* (Império) como guardião da Constituição.

A instituição de um Tribunal Constitucional autônomo e independente em relação aos demais poderes, nesse sentido, surge da necessidade de conferir imparcialidade por meio de um Tribunal que não estivesse submetido a qualquer outra ordem que não fosse a de interpretar e dar efetividade à Constituição.⁵⁸

Sendo assim, alguns casos são emblemáticos⁵⁹ para o entendimento do projeto de Robert Alexy de conferir rigor metodológico à jurisprudência dos valores. O primeiro deles é chamado de caso Lüth e é tido por Robert Alexy como paradigma de uma formulação mais ampla do conceito de direitos fundamentais⁶⁰, além de se tratar da decisão mais conhecida e citada do TCF.⁶¹ A análise desse caso e dos demais a serem tratados nesse tópico serão feitas a partir da coletânea de jurisprudência alemã feita pela Fundação Konrad Adenauer e organizada por Leonardo Martins⁶², de onde serão extraídas as traduções das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão.

⁵⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; CICCONE, Stefano M. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito, 2010. v. 1. p. 235.

⁵⁸ Ibid., p. 236.

⁵⁹ A jurisprudência analisada neste tópico foi selecionada tendo como primeiro critério de escolha a relevância dada ao caso dentro da obra de Robert Alexy, de modo que foram trazidas algumas decisões em que o autor aponta o uso da ponderação e da máxima da proporcionalidade. A esses casos, acrescentam-se outras decisões selecionadas por amostragem tendo como referência a obra organizada por Leonardo Martins. Ver: MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. v. 1.

⁶⁰ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 105.

⁶¹ BVerfGE 7, 198. MARTINS, op. cit., p. 381.

⁶² Ibid.

Através do caso Lüth foram lançadas as bases de uma dogmática geral dos direitos fundamentais, sendo pela primeira vez apresentados os direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos de resistência direcionados contra o Estado, dotados inclusive de eficácia horizontal.⁶³

Na ocasião, o TCF julgou procedente a reclamação constitucional que pleiteava a reforma da decisão que condenava Erich Lüth a deixar de propagar o boicote do filme lançado por uma antiga celebridade do filme nazista responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu. Lüth alegou que a decisão violava o seu direito à liberdade de expressão do pensamento, prevista pela Constituição.⁶⁴

Entendeu o tribunal que os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público, sendo, portanto, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. A isso corresponderia o fato de o legislador ter garantido o remédio jurídico especial para a proteção destes direitos (a reclamação constitucional) contra atos do poder público.⁶⁵

Para Alexy⁶⁶, a sentença Lüth une as seguintes afirmações: que os direitos fundamentais personificam um ordenamento de valores objetivo⁶⁷; que os direitos fundamentais têm não só o caráter de regras, mas também de princípios; que os princípios jurídicos fundamentais valem para todos os âmbitos do direito (produzindo um efeito de irradiação dos direitos fundamentais)⁶⁸; e que uma colisão de princípios somente pode ser solucionada por ponderação.⁶⁹

Nota-se, nesse sentido, que a ponderação é o principal conceito extraído da sentença Lüth, presente no seguinte trecho da jurisprudência alemã:

Faz-se necessário proceder a uma 'ponderação de bens jurídicos': O direito da liberdade de expressão não pode [no caso concreto, n. do org.] se impor, se interesses dignos de proteção de outrem e de grau hierárquico superior forem violados por

⁶³ MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevídeu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. v. 1. p. 381-382.

⁶⁴ Ibid., p. 381.

⁶⁵ Ibid., p. 387.

⁶⁶ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 107.

⁶⁷ Ibid., p. 107-108.

⁶⁸ Ibid., p. 108.

⁶⁹ Ibid., p. 108.

intermédio do exercício da liberdade de expressão. Para se verificar a presença de tais interesses mais importantes, tem-se que analisar todas as circunstâncias do caso.⁷⁰

Concluiu o tribunal que mesmo decisões de um juízo cível que, com fundamento em leis gerais do direito civil, cheguem a uma limitação da liberdade de expressão, podem violar o texto constitucional. Ademais, fez a importante ressalva (que tornou este caso um paradigma) de que o juiz cível tem que sempre ponderar o significado do direito fundamental em face do valor do bem jurídico protegido pela lei geral. Essa ponderação apenas poderia decorrer (e essa ressalva é de extrema relevância para o presente trabalho) de uma visão completa do caso concreto, observando-se todos os fatores substanciais.⁷¹

De fato, o Tribunal Constitucional Federal alemão foi mais longe e ampliou os caminhos iniciados com a sentença Lüth, mas é nesse caso que, do ponto de vista metodológico, se inaugura o conceito de ponderação como conceito principal e oposto à noção de subsunção.⁷²

Também deve ser abordada uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão cuja relevância foi mencionada pelo próprio Alexy⁷³ em sua obra “Constitucionalismo discursivo” a respeito de advertências de perigos à saúde. O autor utiliza o caso da imposição de advertências de perigo à saúde aos produtores de tabaco (BVerfGE 95, 173) para demonstrar que são possíveis sentenças racionais sobre graus de intervenção e de importância de direitos fundamentais.

Na ocasião, as reclamantes foram fábricas de cigarros que impugnam a constitucionalidade do decreto sobre a caracterização de produtos tabagísticos que prescrevia alguns avisos sobre os malefícios à saúde provocados pelo tabaco.⁷⁴

O Tribunal Constitucional Federal alemão julgou as reclamações constitucionais improcedentes de modo a confirmar a constitucionalidade do

⁷⁰ BVerfGE 7, 198. MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevidéo: Fundação Konrad Adenauer, 2005. v. 1. p. 392.

⁷¹ Ibid., p. 393.

⁷² ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 108.

⁷³ Ibid., p. 111.

⁷⁴ BVerfGE 95, 173. MARTINS, op. cit., p. 650.

decreto impugnado, negando que tal dispositivo tenha interferido na área de proteção da liberdade do exercício profissional (art. 12 I GG), atendendo ao critério da proporcionalidade.⁷⁵

Na decisão do caso (BVerfGE 95, 173), o tribunal classifica o dever de colocar advertências de perigos à saúde nos produtos de tabaco como uma intervenção relativamente leve no direito fundamental à liberdade de profissão.⁷⁶ Por outro lado, uma intervenção grave seria a proibição completa da comercialização de todos os produtos de tabaco de modo que uma intervenção mediana estaria no limite entre os casos leves e graves.⁷⁷ Nasce a partir daí a associação das intervenções a esses graus (leve, médio e grave) a partir do caso concreto e de uma escala que é construída através dessas associações possíveis.

Entendeu o Tribunal que as medidas estatais questionadas limitam os profissionais representando intervenções na liberdade de exercício profissional, mas não chegam a representar uma violação de direito fundamental. Isso porque, uma vez reconhecendo-se claramente que a opinião transmitida pela impressão gráfica dos avisos sobre as embalagens dos produtos tabagísticos é de terceiro (no caso, o Estado) e que a transmissão destes avisos é uma condição geral para a comercialização de produtos tabagísticos, então essa obrigação de classificação do produto como prejudicial à saúde se encontra dentro do limite de intervenção ao direito fundamental à liberdade profissional.⁷⁸

Ainda segundo o entendimento da Corte alemã, intervenções na liberdade do exercício profissional (empresarial) necessitam de uma referência legislativa que satisfaça as exigências constitucionais impostas às leis limitadoras de direitos fundamentais. As bases legais são legítimas se elas forem justificadas mediante razões suficientes ligadas ao bem comum e se passarem pelo crivo da proporcionalidade. Isto ocorre se o meio escolhido para o alcance do propósito almejado for adequado e também necessário e se, junto à

⁷⁵ MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. v. 1. p. 650.

⁷⁶ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 111.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ BVerfGE 95, 173. MARTINS, op. cit., p. 651.

ponderação geral entre o gravame da intervenção e o peso das razões que as justificarem, for observado um limite de exigibilidade.⁷⁹

Nesse caso, a forma linguística das indicações de aviso faz com que o destinatário reflita mais uma vez sobre sua decisão de compra diante dos riscos à saúde. Esse aspecto do esclarecimento estatal contempla a proteção da população ante aos riscos à saúde. Apesar disso, ressalta a decisão em análise⁸⁰, não se pode impugnar constitucionalmente a avaliação do legislador, segundo a qual com as indicações de aviso evitam uma ampliação ainda maior do consumo de tabaco, uma vez que esses avisos são aptos a impedir um consumo despreocupado do tabaco. Conclui-se então que as indicações de aviso atendem às exigências feitas por um exame de adequação da medida de intervenção do Estado.

Quanto à questão da necessidade, entendeu-se o aviso como necessário uma vez que não se vislumbrou uma possibilidade menos intensa de proteção contra os riscos à saúde que partem do ato de fumar.⁸¹ Retomando ao problema da escala de graus de intervenção (leve, médio e grave) diante do caso concreto, a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão aduz que, ao contrário da imposição de impressões de aviso, seria grave uma intervenção que determinasse uma proibição de publicidade, por exemplo, apesar de adequada a reduzir o consumo despreocupado do tabaco.⁸²

Também seria considerada intervenção de grau grave a imposição de obrigações relativas ao comércio tais como a proibição de comércio por aparelhos automáticos e da venda a menores. Através de uma associação entre os possíveis graus de intervenção ao direito fundamental à liberdade do exercício profissional e das alternativas apresentadas, a regra impugnada apresenta-se como o meio de grau de intervenção mais leve.⁸³

Em suma, concluiu o referido Tribunal que a intervenção no exercício profissional permite a plena atividade comercial e econômica da indústria do tabaco e se limita apenas a trazer ao consumidor um mínimo conhecimento médico do risco à saúde advindo da sua decisão de comprar. Sendo assim, a

⁷⁹ MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. v. 1. p. 652.

⁸⁰ Ibid., p. 653-654.

⁸¹ Ibid., p. 654.

⁸² Ibid., p. 654.

⁸³ BVerfGE 95, 173. Ibid., p. 654.

obrigação de imprimir a indicação de aviso não afeta o limite da exigibilidade da intervenção estatal no direito fundamental à liberdade do exercício profissional aferido por um critério de proporcionalidade.⁸⁴

Outra ocasião que merece ser mencionada diz respeito à decisão do Primeiro Senado⁸⁵ a respeito de reclamação constitucional dirigida contra o julgamento de improcedência de pedido de abstenção de expressões prejudiciais à sua reputação. No caso, um renomado artista alegava violação de seu direito geral de personalidade por terem sido publicadas informações incorretas sobre a sua orientação científica, sem autorização.

O que chama atenção, nesse caso concreto, é a fundamentação utilizada pelo tribunal no exame de proporcionalidade, utilizando-se da ponderação entre o direito de personalidade e a liberdade de expressão. Argumentou o TCF alemão que se deve levar em consideração, os direitos fundamentais atingidos, a fim de que seu conteúdo axiológico seja mantido. Isso exigiria uma ponderação entre a gravidade do prejuízo à personalidade causado pela declaração e, de outro lado, a intervenção efetuada na liberdade de expressão devido à omissão da declaração. Nesse sentido, a ponderação deve ser feita em consideração às circunstâncias específicas do caso concreto.⁸⁶

O entendimento do tribunal guarda consonância com a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy⁸⁷, segundo o qual a relação de tensão provocada pela colisão de princípios não pode ser solucionada por uma precedência absoluta de um deles, devendo ser resolvida através de um sopesamento (leia-se, ponderação) tendente a definir qual direito fundamental tem maior peso no caso concreto.

A decisão do Primeiro Senado, nesse sentido, observou que o resultado do procedimento de ponderação não pode ser definido genérica e abstratamente, em virtude das características peculiares de cada caso concreto. Caberia à jurisprudência, portanto, construir regras de prevalência, como a de que a proteção da personalidade prevalece normalmente sobre a liberdade de

⁸⁴ BVerfGE 95, 173. MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevidéo: Fundação Konrad Adenauer, 2005. v. 1. p. 655.

⁸⁵ 1 BvR 1531/96. Ibid., p. 200.

⁸⁶ Ibid., p. 204.

⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte. p. 95.

expressão do pensamento quando a expressão configurar um ataque à dignidade humana, uma crítica degradante ou uma ofensa formal.⁸⁸

Outro caso cuja relevância foi ressaltada por Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais⁸⁹ foi o caso Lebach⁹⁰, cujo reclamante participou de um latrocínio praticado em 1969 e ganhou grande repercussão na imprensa da época. Pouco antes da soltura do reclamante, a ZDF (canal alemão) produziu um documentário sobre o ocorrido em que o reclamante era citado nominalmente e apresentado com foto, incluindo representação por atores dos detalhes dos acontecimentos na noite do crime e da perseguição policial.

Nesse caso, o TCF julgou a procedência da reclamação constitucional em virtude de violação do direito de desenvolvimento da personalidade, garantido no art. 2º, § 1º da Constituição alemã, restando justificada a intervenção na liberdade de radiodifusão da ZDF, de forma a proibir a transmissão do referido documentário. No entanto, o que fez com que esse caso se destacasse foi a solução dada pelo tribunal para a colisão entre os princípios, através de um procedimento de sopesamento ou ponderação.

Como descreve Alexy⁹¹, a argumentação do Tribunal Constitucional Federal se estruturou em três etapas, que guardam relação de pertinência com o procedimento de ponderação elaborado em sua Teoria dos Direitos Fundamentais. A primeira etapa consistiu em constatar a tensão entre a proteção da personalidade e liberdade de expressão, uma vez que as normas garantidoras desses direitos fundamentais, se isoladamente consideradas, levariam inevitavelmente a resultados contraditórios.⁹²

Numa segunda etapa, o TCF sustenta uma relação de precedência básica da liberdade de expressão relativa a conteúdo de informações atuais sobre atos criminosos. Ressalta, contudo, a especificidade do caso concreto ao defender que “Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens

⁸⁸ 1 BvR 1531/96. MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. v. 1. p. 204.

⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 99.

⁹⁰ BVerfGE 35, 202. MARTINS, op. cit., p. 486.

⁹¹ ALEXY, op. cit., p. 100.

⁹² *Ibid.*, p. 101.

jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto”.⁹³

Na terceira etapa é que se consubstancia efetivamente a decisão, concluindo o tribunal que proteção constitucional do direito de personalidade não permite que a ZDF se dedique a explorar a pessoa do indiciado e sua vida privada por tempo ilimitado e em período posterior à atualidade da notícia. Tal utilização poderia provocar um grave prejuízo à pessoa do réu, ameaçando a sua reintegração à sociedade.⁹⁴

Por fim, percebe-se no caso abordado a presença do princípio da concordância prática⁹⁵ defendido por Robert Alexy, além da máxima da proporcionalidade (que será abordada no tópico 2.2.3), segundo o qual o sopesamento não deve ser um procedimento generalizante uma vez que não é uma questão de tudo-ou-nada, e sim uma tarefa de otimização. Tal aspecto pode ser percebido principalmente na seguinte passagem:

Ambos os valores constitucionais devem ser, por isso, em caso de conflito, se possível, harmonizados; se isso não for atingido, deve ser decidido, considerando-se a configuração típica e as circunstâncias especiais do caso particular, qual dos dois interesses deve ser preterido. Ambos os valores constitucionais devem ser vistos, em sua relação com a dignidade humana, como o centro do sistema axiológico da Constituição. Certamente, podem decorrer da liberdade de radiodifusão efeitos limitadores para as pretensões jurídicas derivadas do direito [fundamental] da personalidade; porém, o dano causado à ‘personalidade’ por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre [...].⁹⁶

O que se observa e se extrai da análise dos casos selecionados oriundos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, portanto, é a relação imbrincada existente entre a aplicação prática do movimento da jurisprudência dos valores (abordado no tópico 2.1.2) e a teoria alexyana. Isso porque essa relação se dá em via de mão dupla: ao mesmo tempo em que Alexy se inspira da atividade do TCF para elaborar a sua teoria dos direitos

⁹³ BVerfGE 35, 202. MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevidéo: Fundação Konrad Adenauer, 2005. v. 1. p. 488.

⁹⁴ BVerfGE 35, 202. Ibid., p. 488.

⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte. p. 173.

⁹⁶ BVerfGE 35, 202. MARTINS, op. cit., p. 491.

fundamentais e conferir rigor científico ao procedimento da ponderação, também a jurisprudência do TCF alemão carrega conceitos e procedimentos tipicamente alexyanos.

Este entendimento é fundamental para que fique claro o projeto da teoria de Robert Alexy de construir uma teoria dos direitos fundamentais solidificada no discurso racional e no rigor metodológico, aspecto muito caro ao autor e que possui grande relevância para o desenvolvimento deste trabalho, pois é exatamente na falta de atenção a esse rigor metodológico que se assentam os principais problemas relativos à recepção da teoria de Robert Alexy e do procedimento de ponderação pela doutrina brasileira, tema este que será tratado com maior afinco em capítulo próprio.

2.2 A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy

A Teoria dos Direitos Fundamentais representa o desenvolvimento de uma teoria jurídica fundada na abordagem do Direito Constitucional alemão, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, inaugurando uma espécie de “Dogmática universal dos direitos humanos”.⁹⁷

É nesta obra que o autor elucida alguns dos pontos fundamentais da sua teoria do direito, tais como a sua concepção de princípios como comandos (mandamentos) de otimização, a distinção entre regras e princípios de forma particular, qual seja, de cunho estrutural, operacionalizando a ponderação para os casos de choques (colisões) entre princípios, conferindo preferência ao princípio com maior peso no caso concreto.

2.2.1 O Conceito Semântico de Norma

Alexy trabalha com um conceito semântico de norma, o que quer dizer que, para ele, a norma é o significado de um enunciado normativo. Seu conceito de norma está relacionado, portanto, com uma entidade semântica cujo conteúdo

⁹⁷ ALEXY, Robert. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 35.

de significado inclui uma modalidade deôntica (dever, proibição ou permissão).⁹⁸

Em se tratando especificamente de normas de direito fundamental, em consonância com o seu conceito semântico de norma, o autor separa os enunciados normativos de direito fundamental (disposições) das normas de direito fundamental (significado).

Quanto aos enunciados normativos sobre direitos fundamentais, Alexy adota um critério formal (relativo à forma de sua positivação), situando os direitos fundamentais na Constituição alemã no respectivo capítulo (arts. 1º ao 19), independentemente daquilo que por meio deles seja estabelecido, além daqueles que autorizam o recurso à reclamação constitucional.⁹⁹

Para Alexy, as disposições de direitos fundamentais possuem indeterminação, composta por uma abertura semântica e por uma abertura estrutural. Para ele, a norma de direito fundamental diretamente estabelecida pelo texto constitucional é semanticamente aberta em razão da indeterminação de seus termos, além de estruturalmente aberta em face da impossibilidade de se determinar se a situação deve ser realizada por meio de ação estatal ou se exige uma abstenção estatal, e se a existência ou a realização dessa situação pressupõe ou não a existência de direitos subjetivos.¹⁰⁰

Além das normas de direito fundamental diretamente estabelecidas pelo texto constitucional o referido autor trabalha com o conceito de “normas de

⁹⁸ É nesse sentido que ocorre o resgate de premissas positivistas por parte da teoria alexyana: não obstante o autor buscar ultrapassar os problemas do positivismo jurídico, ele trabalha com a mesma estrutura fundamental do positivismo normativista, qual seja o conceito semântico de norma. Segundo Kelsen, expoente maior do positivismo normativista, as proposições jurídicas são enunciados ou juízos hipotéticos que determinam, sob certos pressupostos fixados pelo ordenamento jurídico, o intermédio de consequências definidas por esse ordenamento. Enquanto isso, as normas são mandamentos (comandos, imperativos) que prescrevem, permitem ou conferem competência. Sendo assim, as normas jurídicas não são instruções ou ensinamentos. Tal distinção entre normas e proposições jurídicas se mostra relevante para o entendimento de que também se diferenciam as funções do conhecimento jurídico (conhecer e descrever o Direito) e da autoridade jurídica (que tem como função produzir o Direito, para que ele venha a ser depois conhecido pela ciência jurídica). A ciência jurídica, assim, não é prescritiva, mas apenas descritiva. Dessa forma, as proposições são enunciados pelos quais a ciência jurídica descreve as suas relações: são juízos hipotéticos (afirmações subordinadas a outras afirmações) que descrevem as consequências jurídicas que devem intervir sob determinadas condições ou pressupostos. Já as normas não são juízos: elas são mandamentos, comandos, imperativos emanados das autoridades jurídicas e que prescrevem condutas. Kelsen distingue, por fim, o estabelecimento de normas jurídicas gerais (por parte do legislador) e normas jurídicas individuais (por parte do juiz). Nesse sentido, o capítulo III em: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 68.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 71.

direito fundamental atribuídas” (adscritas, derivadas) para tratar das normas que não são estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, sendo, assim, atribuídas às normas diretamente estabelecidas pela Constituição.

São essas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais, e o que é mais importante, nascem como resultado de um procedimento de ponderação. A validade dessa norma atribuída depende, portanto, da argumentação referida aos direitos fundamentais que a sustente, ou seja: depende de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.¹⁰¹

2.2.2 A Distinção Estrutural entre Regras e Princípios

A distinção entre regras e princípios é um dos pontos edificantes da dogmática dos direitos fundamentais de Robert Alexy, considerada a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Partindo do estudo do conceito semântico de norma, o autor passa a abordar a sua estrutura, utilizando-se de diferenciações teórico-estruturais para diferenciar regras e princípios.

Para Alexy¹⁰², regras e princípios são reunidos no conceito de norma, em virtude de expressarem um dever-ser e poderem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas (dever, permissão e proibição). Para o autor, as normas jurídicas ou são regras, ou são princípios, ou seja: regras e princípios são espécies do gênero norma.

Alexy¹⁰³ rechaça a distinção entre regras e princípios pelo critério da generalidade, em que os princípios seriam normas com alto grau de generalidade enquanto as regras seriam normas com baixo grau de generalidade. Para ele, a diferença entre regras e princípios não é apenas uma diferença gradual, mas principalmente uma diferença qualitativa.

Nesse sentido, Alexy elucida o que entende por distinção estrutural ou qualitativa entre regras e princípios:

¹⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 74.

¹⁰² *Ibid.*, p. 87.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 87.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹⁰⁴

Em suma, são regras as normas que contêm determinações (mandamentos definitivos), podendo ser satisfeitas ou não satisfeitas. Elas têm determinação na extensão de seu conteúdo e possuem ainda caráter definitivo. São aplicadas por um esquema dedutivo, que se apoia na lógica da declaração, designado como fórmula da subsunção.

Os princípios, por sua vez, são normas que dispõem que algo seja realizado na maior medida possível, em consonância com as possibilidades fáticas e jurídicas que permeiam o contexto do caso concreto. São princípios, portanto, mandamentos de otimização, reconhecidos pela possibilidade de serem satisfeitos em variados graus. A delimitação da extensão das possibilidades fáticas e jurídicas para a satisfação dos princípios é dada pelos princípios e regras que com ele colidem, tema que será abordado no tópico a seguir. O que é relevante, por ora, é ressaltar que os princípios possuem um caráter *prima facie*, tendo em vista que representam razões que podem ser afastadas, diante de outras razões antagônicas.¹⁰⁵

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 91.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 108.

2.2.3 As Colisões entre Princípios, a Ponderação e a Discricionariedade

Para Alexy¹⁰⁶, tanto as colisões entre princípios quanto os conflitos entre regras ocorrem quando duas normas, se aplicadas isoladamente, levam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, quando transmitem dois juízos concretos de dever-ser contraditórios.

A respeito do conflito entre regras (*easy cases*) ressalta que, nesse caso, é importante lembrar que o conceito de validade jurídica não é graduável, de forma que ou a norma jurídica é válida, ou não é.¹⁰⁷ Nesse sentido, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam igualmente válidos.

A discussão sobre esse tipo de conflito é, portanto, uma discussão sobre validade. A primeira alternativa a esse tipo de impasse se dá pela introdução de uma cláusula de exceção à regra, de modo a eliminar o conflito. Quando esse tipo de solução não é possível, uma das regras em conflito deverá ser declarada inválida, podendo ser adotado o critério da anterioridade (*lex posterior derogat legi priori*) ou o critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).¹⁰⁸

Já as colisões entre princípios, no contexto da teoria alexyana, ocorrem na dimensão de peso, o que significa que um dos princípios adquire precedência em face do outro sob determinadas condições. Para o referido autor, enquanto os conflitos entre regras ocorrem na dimensão de validade, as colisões entre princípios ocorrem na dimensão de peso. Por esse motivo, há a necessidade do sopesamento entre princípios: para procedimentalizar e racionalizar essa relação de precedência condicionada nas situações em que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro.

Este procedimento ou técnica para a solução das colisões entre princípios é chamado por Alexy de sopesamento ou ponderação e se faz necessário uma vez que esse embate não pode ser relacionado pelo estabelecimento de uma precedência absoluta de um dos princípios. Para o autor¹⁰⁹ nenhum dos princípios goza, por si só, de prioridade.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 92.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid., p. 93.

¹⁰⁹ Ibid., p. 95.

O sopesamento surge, portanto, da demanda por definição de qual dos interesses, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior relevância no caso concreto. Essa solução passa pelo estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes, permeada pelas circunstâncias do caso concreto.

Um aspecto fundamental é que essa precedência condicionada tem um caráter duplo: ao mesmo tempo em que é a condição da relação de precedência entre os dois princípios, é o pressuposto do suporte fático de uma regra, que proíbe aquela ação do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Isso significa que todo procedimento de sopesamento ou ponderação tem como resultado uma regra, que é a norma de direito fundamental adscrita ou atribuída. Esse ponto é exatamente o que torna incompatível com a obra de Alexy a possibilidade de ponderação de regras, aceita por uma parte da doutrina jurídica no Brasil.¹¹⁰

Para Alexy¹¹¹, a ponderação integra uma exigência de um parâmetro mais amplo, que é a máxima da proporcionalidade¹¹², composta de três máximas parciais: a idoneidade (ou adequação), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, que tem como objeto a ponderação ou sopesamento.

Primeiramente, é importante ressaltar que nem a máxima da proporcionalidade nem as suas três máximas parciais são princípios, sendo

¹¹⁰ A respeito do problema da ponderação de regras e da sua incompatibilidade com a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, ver a nota de rodapé n. 14. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹¹¹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 110.

¹¹² Apesar de vários autores, especialmente na doutrina brasileira, trabalharem com o conceito de "princípio da proporcionalidade", optou-se neste trabalho por tratar a proporcionalidade como máxima, na mesma linha da tradução feita por Virgílio Afonso da Silva à obra Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Em verdade, a utilização da proporcionalidade como princípio produz uma incoerência provocada pela distinção estrutural entre regras e princípios que é base da teoria alexyana. Isso porque, na medida em que as regras constituem mandamentos definitivos e os princípios deveres *prima facie* (submetidos ao sopesamento), a adoção de um princípio da proporcionalidade faz crer que esta poderia ser sopesada. A proporcionalidade em Alexy, no entanto, está na estrutura lógica da aplicação do direito, presente em toda atividade de ponderação. É por esse motivo que Virgílio Afonso da Silva traduz a proporcionalidade como máxima, proposta que foi adotada por este trabalho. O problema da designação da proporcionalidade como princípio por parte da doutrina brasileira e suas peculiaridades, todavia, será abordado com mais profundidade no tópico 3.1.1. Nesse sentido, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002. p. 24-26.

tratadas pelo autor como regras, uma vez que não se pode dizer que elas às tem precedência, e às vezes não. Ou elas são satisfeitas, ou não são satisfeitas.¹¹³

Outro ponto a ser destacado é que as máximas da necessidade e a adequação (idoneidade) se enquadram nas possibilidades fáticas de realização do princípio, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito se refere às possibilidades jurídicas para a precedência de um princípio no caso concreto.

A adequação ou idoneidade exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos cuja realização eles devem servir, o que mostra que a adequação é uma expressão da ideia de otimização de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras¹¹⁴, que vale também para a ideia de necessidade.

Pela máxima da necessidade, se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra. Isso significa que a ideia de necessidade demanda, de dois meios que fomentem igualmente determinado princípio, a escolha daquele meio que intervir menos intensamente em outro princípio que com o primeiro seja colidente, apoiada na ideia de redução de custos e sacrifícios inspirada na otimizade-Pareto.¹¹⁵

Já a proporcionalidade em sentido estrito tem como objeto a ponderação ou sopesamento, se referindo à otimização relativa às possibilidades jurídicas. Para o entendimento da ponderação, é fundamental o conhecimento da lei da ponderação, qual seja: “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou

¹¹³ No presente trabalho foi feita a opção de tratar a proporcionalidade não como um princípio, e sim como uma máxima, no mesmo sentido do que alerta a tradução dada à Teoria dos Direitos Fundamentais por Virgílio Afonso da Silva, no sentido em que o vocábulo “princípio”, para Alexy, remete a um mandamento de otimização que tem a sua realização delimitada pelas possibilidades fáticas e jurídicas que permeiam o caso concreto, ou seja, um mesmo princípio pode ter precedência em determinadas circunstâncias, e em outras ceder à realização de outro princípio que com ele “colida”, no contexto da teoria alexyana. Uma vez que, para Alexy, a máxima da proporcionalidade estará sempre presente, não se pode dizer que a proporcionalidade às vezes tem precedência e outras não. A proporcionalidade e suas máximas, para ele, são satisfeitas ou não satisfeitas, o que corresponde ao seu conceito de regra, e não de princípio. No mesmo sentido, a nota de rodapé n. 86. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

¹¹⁴ Id. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 110.

¹¹⁵ Ibid., p. 111.

prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento de outro”.¹¹⁶

A lei da ponderação, explicitada na obra *Constitucionalismo Discursivo*¹¹⁷, decompõe o procedimento de ponderação em três passos: o primeiro consiste na comprovação do grau de descumprimento ou prejuízo de um princípio; o segundo se concentra na comprovação da importância do cumprimento do princípio colidente; já o terceiro passo inclui a comprovação de que a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo do princípio ou descumprimento do outro princípio em colisão.

Pela lei de colisão¹¹⁸ se um princípio precede o outro sob determinadas condições (condições essas que permeiam o caso concreto), dessa relação de precedência condicionada recorre uma consequência jurídica, o que significa dizer que como resultado desta operação de sopesamento vale uma regra, que tem como suporte fático as condições do caso concreto e como consequência jurídica a expressão do princípio que tem precedência.

Este raciocínio conduz à afirmação de que 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 estrutura de uma regra, e à qual o caso concreto pode ser subsumido. Por isso, nem todas as normas de direitos fundamentais são princípios: elas podem assumir a estrutura de princípios ou de regras.

Outro aspecto relevante da obra de Alexy é que uma intervenção a um princípio não pode ser pobremente justificada: a intervenção a um direito fundamental impõe uma intensificação ainda mais ampla dos fundamentos de intervenção, o que conduz à “lei da taxa marginal de substituição minguante”: para o autor¹¹⁹, os direitos fundamentais possuem um núcleo resistente, ou seja, quanto mais grave for a violação a esses direitos fundamentais, intensifica-se a relevância de fundamentar-se essa intervenção. Esta lei seria, portanto, uma demonstração de que os direitos fundamentais possuem uma força ou

¹¹⁶ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 111.

¹¹⁷ Ibid., p. 111.

¹¹⁸ Id. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 99.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade, op. cit., p. 116.

resistência, que exige que a sua afetação implique uma fundamentação racional justificadora da agressão a esse direito.

Explicitados os principais pontos a respeito da colisão entre princípios, proporcionalidade e ponderação, passa-se à observação de como esses pontos (que são o lastro da dogmática dos direitos fundamentais alexyana) refletem a insuficiência do autor no tocante à superação da discricionariedade positivista. Alexy aborda especificamente o problema da discricionariedade no pós-fácio da Teoria dos Direitos Fundamentais¹²⁰, ocasião em que reconhece explicitamente a existência de discricionariedade não só por parte do legislador como também por parte do julgador.

Alexy¹²¹ aduz que, havendo um direito de defesa, toda e qualquer ação que afete negativamente aquele direito é proibida. Entretanto, se há um direito a uma prestação, é obrigatório proteger ou fomentar algo, mas nem toda ação que produza uma proteção será obrigatório. Exemplificando: a proibição de matar implica, ao menos *prima facie*, a proibição de qualquer ação de matar. Já a obrigação de salvar não implica toda e qualquer ação de salvar. O destinatário do dever de salvar possui, portanto, discricionariedade, no interior da qual ele pode escolher como pretende realizá-lo. São explícitas as palavras do autor em admitir o elemento da discricionariedade em sua teoria:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário.¹²²

É notório, nesse sentido, que o referido autor não se situa no paradigma hermenêutico e que essa é uma premissa para todas as considerações à sua obra, de forma que o que se observa é por mais que os seus anseios sejam direcionados à concretização dos direitos fundamentais e ao objetivo de superação do decisionismo, Alexy não consegue responder satisfatoriamente a essas demandas, pois não só admite a discricionariedade (tanto por parte do

¹²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 575-627.

¹²¹ *Ibid.*, p. 461-462.

¹²² *Ibid.*, p. 611.

juiz, mas também por parte do legislador, diga-se) como também enfrenta essa questão sob ponto de vista alheio giro linguístico e ontológico.

3 A PONDERAÇÃO À BRASILEIRA: PROBLEMAS DE UMA RECEPÇÃO

Inicialmente, é imperioso ressaltar a dificuldade de se analisar o fenômeno da recepção da teoria de Robert Alexy pela doutrina jurídica brasileira¹²³, uma vez que ela está imersa em uma rede de institutos que ganham destaque em meio à redemocratização consagrada com a Constituição de 1988, tais como o neoconstitucionalismo, o pós-positivismo, o ativismo judicial, a chamada nova interpretação constitucional e a doutrina brasileira da efetividade. São esses institutos que não se confundem uma vez que cada um deles implica uma discussão específica, mas que acabam por fazer parte de uma “mixagem teórica”¹²⁴ envolvendo a ponderação de princípios. Isso porque a ponderação aparece, na maioria das vezes, como uma espécie de suporte hermenêutico que sustenta a doutrina brasileira que se volta para o neoconstitucionalismo, o que acontece de diversas formas e acarreta diferentes problematizações, que serão expostas a seguir.

Lembre-se que, enquanto na Alemanha a ponderação aparece em meio à jurisprudência dos interesses de Phillip Heck para ganhar maior relevância e rigor metodológico com a jurisprudência da valoração, no Brasil, a ponderação

¹²³ No tocante à expressão “doutrina jurídica brasileira” é importante observar que se trata de expressão ampla que engloba uma diversidade de autores que buscaram explicar as transformações ocorridas no constitucionalismo brasileiro após a Constituição de 1988. Esses autores acabaram assumindo diversos nuances de aproximação e distanciamento com a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Por ora, convém lembrar que existe uma parcela da doutrina que dá um tratamento mais fiel ou descritivo à ponderação de Alexy (como é o caso de Virgílio Afonso da Silva, por exemplo). Há, por outro lado, uma parcela da doutrina que adotou posicionamentos conflituosos, seja por admitirem pontos que divergem da edificação dada à ponderação por Alexy (como é o caso da ponderação de regras), seja por envolverem a ponderação em um discurso neoconstitucionalista/pós-positivista/ativista direcionado ao direito brasileiro sem a ressalva dos diferentes contextos de surgimento dessas doutrinas, quais sejam, a doutrina e a jurisprudência alemã envolvida pela jurisprudência dos interesses e pela jurisprudência dos valores e o constitucionalismo brasileiro pós Constituição de 1988 (como é o caso de Ana Paula de Barcellos, Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento e, de certa forma, Humberto Ávila). Essas questões serão tratadas com a devida atenção no decorrer deste capítulo, sendo relevante que por ora fique assentado, ao se referir à doutrina jurídica brasileira, que se tem em mente essas considerações. Ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 44-64; BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 201-220; BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 25-53; SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 277-279.

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. p. 11.

aparece como lastro de uma chamada “nova interpretação constitucional”¹²⁵ que integrava o marco teórico da doutrina brasileira da efetividade.

A leitura desses contextos diversos é de fundamental importância para o entendimento da recepção da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy no Brasil. Ou melhor: a ausência de uma adequada problematização dos fatores históricos e doutrinários que marcaram a ponderação de direitos fundamentais na Alemanha é, sem dúvida, um dos motivos que fazem com que a recepção dessa teoria seja equivocada, como diz Lenio Streck.¹²⁶

Diante dos motivos expostos, passaremos a discutir a roupagem que ganha a doutrina jurídica brasileira após a Constituição de 1988, de modo a contextualizar a importação da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy no Brasil. Para tanto, se torna essencial a menção ao que se chamou de “doutrina brasileira da efetividade”¹²⁷ que teve um dos seus principais expoentes em Luís Roberto Barroso¹²⁸, autor notadamente filiado a uma doutrina que aposta no ativismo judicial e na ponderação de princípios como soluções aos problemas da teoria do direito na atualidade.

A doutrina brasileira da efetividade¹²⁹ identifica alguns fatores crônicos para o fracasso do Estado de direito no Brasil, tais como a falta de seriedade em relação à lei fundamental e a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, ou seja, entre o ser e o dever ser. Esse movimento, então, se consolida como uma tentativa de enfrentamento dessas questões, propondo uma doutrina jurídica voltada para a eficácia das normas constitucionais.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 31-32.

¹²⁶ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. p. 8.

¹²⁷ Sobre doutrina brasileira da efetividade, ver: BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 281-297.

¹²⁸ É interessante observar que Luís Roberto Barroso é um autor avesso ao paradigma filosófico da hermenêutica, de modo que apresenta em seus trabalhos os problemas característicos da doutrina jurídica brasileira que aposta na discricionariedade e na ponderação de princípios, tema que será tratado com mais afinco no decorrer do presente capítulo.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade, op. cit., p. 283.

Nesse sentido, o constitucionalismo brasileiro da efetividade¹³⁰ aduz que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, em maior ou menor intensidade, sendo estas aplicáveis nos limites de seu teor objetivo. Essa corrente doutrinária se preocupa, portanto, com a realização dos direitos e dos “valores”¹³¹ contemplados na Constituição e também com o cumprimento da sua função social.¹³²

A doutrina brasileira da efetividade se desenvolveu em meio à convocação da Assembleia Constituinte que elaboraria a Constituição de 1988, fornecendo o substrato teórico para a consolidação do processo de redemocratização do Estado brasileiro¹³³, o que é muito relevante para o seu entendimento e contextualização. Naquele período, o direito constitucional ainda não havia adquirido a credibilidade e centralidade que hoje possui na doutrina

¹³⁰ Expressão empregada por Cláudio Pereira de Souza Neto, no texto “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”. BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 297, nota de rodapé n. 28.

¹³¹ Também é relevante observar que o emprego dessa noção de “valores” e a preocupação com a preservação de “valores constitucionais” é um dos elementos que denotam na doutrina brasileira uma problemática mixagem teórica entre a jurisprudência dos valores e as teorias argumentativas, em especial com o trabalho de Robert Alexy. Para o entendimento deste problema são relevantes as contribuições de Lenio Streck (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 517-518): “Aliás, a referência reiterada aos ‘valores’ demonstra bem o ranço neokantiano que permeia o imaginário daqueles que pretendem fazer uma dogmática jurídica crítica. De fato, não é exagero afirmar que, em termos teóricos, a maioria dos juristas brasileiros permanece, de algum modo, atrelada ao paradigma filosófico que se formou a partir do neokantismo oriundo da escola de Baden (e da noção de moral pós-convencional). Ou seja, ainda estamos reféns de um culturalismo ultrapassado que pretendia fundar o elemento transcendental do conhecimento na ideia sintética de valores, sendo que a união de todos esses valores, portanto, representaria o mundo cultural. Chega a ser intrigante o fato de que toda tradição constituída depois do linguistic turn – inclusive alguns setores da filosofia analítica – tenha criticado o objetivismo ingênuo dessa concepção do neokantismo valorativo, demonstrando que a questão dos valores não dava conta radicalmente dos fundamentos linguístico-culturais que determinam o processo de conhecimento. A própria formação da cultura é algo muito mais propriamente ligado à linguagem e à constituição de contextos significativos do que propriamente ao problema da formação e transformação deste enigma chamado ‘valores’. Isso fica bem representado na formulação do ‘paradoxo de Humbolt’: nós possuímos linguagem porque temos cultura ou temos cultura porque possuímos linguagem? Portanto, o discurso axiológico no interior do direito deveria ter sucumbido junto com o paradigma filosófico que o sustentava. A despeito disso, continua-se a falar – acriticamente, por certo – em ‘valores’, sem levar em conta a sua conhecida e problemática origem filosófica”. Ver: Id. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. p. 11; e também: Id. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade, op. cit., p. 287.

¹³³ *Ibid.*, p. 295.

jurídica e o texto constitucional era visto como uma mera carta de intenções, não havendo uma preocupação por parte da doutrina jurídica brasileira com a sua efetividade.

A Constituição de 1988 representa um rito de passagem na história institucional brasileira, proporcionando a transição de um Estado autoritário (por vezes intolerante e violento) para um Estado de direito e assegurando ao Brasil duas décadas de estabilidade institucional. A Constituição de 1988 é, contudo, permeada pelas circunstâncias e vicissitudes do período de sua elaboração, sendo necessário recordar que o processo constituinte contou com a participação de uma sociedade civil que amargara mais de duas décadas de autoritarismo.¹³⁴

O constitucionalismo brasileiro da efetividade via, naquele final de regime militar, que a falta de efetividade das normas constitucionais seria a mais grave disfunção do constitucionalismo no Brasil, e por isso buscava exatamente o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais¹³⁵. Trata-se, portanto, de um movimento jurídico-acadêmico¹³⁶ que objetivou enfrentar essa disfunção consistente na falta de cumprimento do texto constitucional através de mecanismos de tutela jurisdicional – por meio de mecanismos jurídicos próprios – e também da atuação efetiva de juízes e tribunais.

Luís Roberto Barroso¹³⁷ aponta no movimento pela efetividade a promoção de três mudanças de paradigma no direito constitucional brasileiro, são elas: no plano jurídico, a atribuição de normatividade plena à Constituição que passou a ter aplicabilidade direta e imediata e tornou-se fonte de direitos e obrigações; no plano dogmático, o reconhecimento de um objeto próprio e autônomo ao direito constitucional; e no plano institucional, a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, conferindo-lhe papel de destaque na concretização dos

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 26.

¹³⁵ Ibid., p. 28.

¹³⁶ Ibid., p. 28-29.

¹³⁷ Id. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 296.

“valores e dos direitos constitucionais”. Sobre a doutrina brasileira da efetividade, o referido autor¹³⁸ sintetiza da seguinte forma:

Em uma proposição, a doutrina da efetividade pode ser assim resumida: todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.

Como visto o discurso judicialista proporcionado pelo constitucionalismo brasileiro da efetividade foi fruto de uma contingência histórica. Tal movimento identificava no positivismo a causa da baixa eficácia normativa das Constituições anteriores, propondo um novo direito constitucional após 1988 que se atentasse à efetividade e à supremacia constitucional.¹³⁹

Observa-se então que, mesmo coerentes e legítimas as preocupações pertinentes ao constitucionalismo brasileiro da efetividade, o que se percebe é que esta corrente acabou apostando na ponderação (e na sua intrínseca carga de discricionariedade) e no ativismo judicial como soluções a estes problemas levantados, sem levar em conta as suas consequências do ponto de vista filosófico e hermenêutico.

Nesse sentido são valiosas as contribuições de Lenio Streck¹⁴⁰ que há muito alerta para os perigos que se corre com a teoria da argumentação alexyana à brasileira, que em grande parte desconsidera a cadeia de

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 294.

¹³⁹ Id. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 29. Nas palavras do autor: “O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania”.

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasiliis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. p. 13.

procedimentos formais determinados por Alexy e termina por transformar o procedimento de ponderação em uma porta aberta à discricionariedade.

Tal raciocínio pode ser demonstrado pelo modo como se portam os autores partidários da doutrina brasileira da efetividade ao lidarem com o problema da interpretação do direito, uma vez que, conforme fora admitido pelo próprio Luís Roberto Barroso, essa doutrina parte de uma metodologia positivista¹⁴¹, pois trata o texto constitucional como norma do ponto de vista semântico, tal qual Hans Kelsen, além de admitir a discricionariedade interpretativa e estimular o ativismo judicial (aspectos que serão explicitados mais detalhadamente tópico próprio).

Ocorre que, não obstante o tratamento positivista do conceito de norma e a aposta na discricionariedade do intérprete, o constitucionalismo brasileiro da efetividade se autointitula de bases pós-positivistas, o que demonstra a incoerência hermenêutica que assolou esse movimento doutrinário. Nessa linha, as afirmações de Lenio Streck:

Esse é um dos grandes dilemas contemporâneo. Superadas as formas de positivismo exegético-racionalista (formas exegéticas), os juristas ainda não conseguiram construir as condições para o controle das posturas voluntaristas (que, registremos, por apostarem na discricionariedade dos juízes, não deixam de ser também positivistas). Se antes o intérprete estava assujeitado a uma estrutura pré-estabelecida, já a partir do século XX o dilema passou a ser o de como estabelecer controles à interpretação do direito e evitar que os juízes se assenhem da legislação democraticamente construída.¹⁴²

Por ora, é essencial destacar que essa incoerência se torna mais evidente diante da aversão ao positivismo jurídico, que é uma das marcas da

¹⁴¹ Ao dissertar sobre a doutrina brasileira da efetividade, Barroso admite que: “A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. O sucesso aqui celebrado não é infirmado pelo desenvolvimento de novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista e voltadas para a fundamentalidade material na norma. Entre nós – talvez diferentemente de outras partes –, foi a partir do novo patamar criado pelo criado pelo constitucionalismo brasileiro da efetividade que ganharam impulso os estudos acerca do neoconstitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais”. Ver: BARROSO, Luís Roberto. *A doutrina brasileira da efetividade*. In: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 297.

¹⁴² STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. p. 6.

doutrina brasileira da efetividade, apontando o positivismo como responsável pela falta de preocupação com a efetividade do texto constitucional. Nesse contexto, o neoconstitucionalismo, a teoria dos direitos fundamentais e a ponderação ganham patamar de destaque, exatamente por serem caracterizados, por parte da doutrina jurídica brasileira partidária da teoria de Robert Alexy, como elementos de uma teoria do direito pós-positivista.

A partir daí, podemos perceber que a ponderação à brasileira está envolvida em diversas recepções problemáticas e equivocadas, tais como: a noção de positivismo jurídico (e, conseqüentemente, de pós-positivismo jurídico), o conceito de neoconstitucionalismo e o conceito de ativismo judicial.

Sendo assim, uma análise da ponderação à brasileira deve passar necessariamente por todas essas questões, de modo a identificar que, no tocante ao problema da ponderação de princípios, a ponderação à brasileira se reveste de especificidades que perpassam mas que não se confundem com o problema da ponderação na teoria de Robert Alexy. Isso porque no contexto brasileiro, tanto doutrinariamente quanto jurisprudencialmente, a ponderação foi afetada por uma ausência de debate aprofundado, problematização e rigor metodológico que afastaram a ponderação à brasileira até mesmo da ponderação oriunda da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. São dessas especificidades que revestem a importação da teoria de Robert Alexy pela doutrina jurídica brasileira que se ocupam os tópicos a seguir.

3.1 O Novo Constitucionalismo Brasileiro e a Ponderação: uma Análise Doutrinária

Feita uma breve abordagem a respeito da doutrina brasileira da efetividade, movimento que de alguma forma influenciou toda a doutrina jurídica brasileira que trabalha com o procedimento de ponderação, passa-se ao tratamento dos principais pontos que demonstram um distanciamento entre a teoria dos direitos fundamentais elaborada por Robert Alexy e sua recepção no cenário jurídico nacional. Para tanto se elegeu alguns dos principais pontos de divergência doutrinária, dentre eles alguns conceitos problemáticos como, por exemplo, a ponderação de regras e a ponderação preventiva, o problema do neoconstitucionalismo e o problema do ativismo judicial no Brasil.

3.1.1 Alguns Conceitos Problemáticos: a Ponderação de Regras, a Ponderação Preventiva e o Princípio da Proporcionalidade

A problemática envolvendo a aceitação da ponderação de regras é talvez o ponto de divergência mais evidente entre alguns autores que trabalham com a ponderação na doutrina brasileira e a elaboração dada pela ponderação em Robert Alexy. Isso porque, como poderá ser visto ao longo deste tópico, aceitar a ponderação de regras implica uma distorção em toda a cadeia procedimental elaborada por Alexy para que se proceda ao sopesamento.

Um dos autores que trabalham com a ponderação de regras é Humberto Ávila, em sua Teoria dos Princípios.¹⁴³ Nesta obra ele se utiliza da ponderação de regras para refutar o que ele chama de “critério do conflito normativo”¹⁴⁴ de diferenciação entre regras e princípios como espécies normativas. A ponderação de regras em Humberto Ávila¹⁴⁵, dessa forma, aparece como um elemento de crítica ao conceito de princípio elaborado por Alexy, para quem os princípios jurídicos são deveres de otimização aplicáveis em diferentes graus de acordo com possibilidades normativas e fáticas (sobre esse ponto em Alexy o leitor pode se remeter ao tópico 2.2.2).

A afirmação alexyana é de que a colisão entre regras é resolvida pela introdução de uma cláusula de exceção ou pela invalidação de uma das regras em conflito, ao passo que a colisão entre princípios merece uma solução por ponderação entre os mesmos tendo em vista a harmonização entre os direitos fundamentais envolvidos no caso concreto (sobre esse ponto em Alexy, ver tópico 2.2.3).

É a essa distinção feita por Alexy que Humberto Ávila denomina “critério do conflito normativo”, afirmando em sua análise crítica que a ponderação não é um método privativo de aplicação dos princípios, podendo também estar presente nos casos de conflito entre regras¹⁴⁶ com a atribuição de maior peso a uma delas.

¹⁴³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁴⁴ Ibid., p. 51.

¹⁴⁵ Ibid., p. 51.

¹⁴⁶ Ibid., p. 52.

Humberto Ávila visualiza nas regras razões entrincheiradas, no sentido de que a fundamentação para esse tipo de ponderação deve ser capaz de ultrapassar a trincheira consubstanciada na determinação de que as regras devem ser obedecidas. Para o autor, portanto, a ponderação de regras, embora necessária, depende de um ônus argumentativo que consiga superar as razões que levam ao cumprimento da regra (ligadas à segurança jurídica e à previsibilidade do direito).¹⁴⁷

Não obstante a imposição desse ônus argumentativo, o autor¹⁴⁸ adota um posicionamento que permite a ponderação de regras em sentido extremamente amplo, como uma atividade inerente a qualquer interpretação jurídica, condicionando a aplicação da regra a um sopesamento de circunstâncias e argumentos. Com esse fim, argumenta que as regras possuem uma dimensão axiológica integrante de qualquer norma jurídica, de modo que a ponderação seria direcionada aos valores e fins que essas normas visam resguardar.¹⁴⁹ Nesse sentido, as afirmações do autor:

Todas essas considerações demonstram que a atividade de ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas. Não é correto, pois, afirmar que os princípios, em contraposição às regras, são carecedores de ponderação [...]. A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso.¹⁵⁰

Para o referido autor a ponderação de regras pode ocorrer, inclusive, quando haja previsão no ordenamento jurídico de exceção à regra, ocasião na qual o intérprete deveria ponderar a regra e a sua exceção. Veja-se a que ponto Humberto Ávila¹⁵¹ leva a sua proposta:

¹⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 49.

¹⁴⁸ Ibid., p. 54.

¹⁴⁹ Ibid., p. 59.

¹⁵⁰ Ibid., p. 58.

¹⁵¹ Ibid., p. 54.

[...] A exceção pode estar prevista no próprio ordenamento jurídico, ocasião em que o aplicador deverá, mediante ponderação de razões, decidir de se há mais razões para a aplicação da hipótese normativa da regra ou, ao contrário, para a de sua exceção.

São previstas ainda as seguintes hipóteses de ponderação de regras: quando regras convivem abstratamente, mas concretamente entrem em conflito¹⁵²; em hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídico-políticos¹⁵³; quando o aplicador deseja se afastar de um precedente judicial e, por fim, na utilização de formar argumentativas como a analogia.¹⁵⁴

Observe-se que o posicionamento de Humberto Ávila admite a ponderação de regras de forma tão ampla que encontra dissonância não só na teoria de Robert Alexy, mas também na doutrina brasileira partidária da ponderação de princípios. A própria Ana Paula de Barcellos¹⁵⁵ – que, ao seu modo, também acata a ponderação de regras – adverte que a utilização indiscriminada deste procedimento pode acarretar “A ruptura do sistema do Estado de direito, já que o intérprete simplesmente deixaria de aplicar uma regra válida em abstrato e que seria pertinente no caso concreto”¹⁵⁶, o que favoreceria o exercício de autoridades arbitrárias e voluntaristas.¹⁵⁷

Ana Paula de Barcellos, por sua vez, adota uma posição mais comedida no que tange à ponderação de regras, porém não menos problemática do ponto de vista hermenêutico que a de Humberto Ávila. Para ela, em qualquer caso, a regra poderá deixar de ser aplicada (mediante um procedimento de ponderação), diante das seguintes hipóteses: pelo uso da equidade, respeitando as possibilidades semânticas do texto; nos casos em que o legislador, ao disciplinar a matéria, não anteviu a hipótese que agora se apresenta perante o intérprete e, por fim, nos casos em que a incidência do enunciado normativo à hipótese concreta produz uma norma inconstitucional, de tal modo que, ainda que o

¹⁵² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 52.

¹⁵³ Ibid., p. 57.

¹⁵⁴ Ibid., p. 58.

¹⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 202, nota de rodapé n. 275.

¹⁵⁶ Ibid., p. 204.

¹⁵⁷ Ibid., p. 208.

legislador tenha cogitado do caso concreto, sua avaliação deve ser afastada por incompatível com a Constituição.¹⁵⁸

Na mesma linha a posição de Luís Roberto Barroso¹⁵⁹ acatando a possibilidade de ponderação de regras, diante da possibilidade de que a incidência da regra ou a adoção do comportamento descrito por ela viole o próprio fim que a regra busca alcançar. Tal situação geraria uma inconstitucionalidade na incidência de uma regra perfeitamente válida em abstrato, o que ensejaria o uso da ponderação.

Vistos os principais autores que trabalham com a ponderação de regras na doutrina jurídica brasileira, passa-se a uma análise crítica da sua adoção, levando em conta que a adoção da ponderação de regras não se coaduna com a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy e gera um embaraço teórico¹⁶⁰ difícil de ser superado.

Veja-se que, para Alexy, o conflito entre regras demanda uma decisão sobre validade jurídica que não é graduável, ou seja, não está sujeito a sopesamentos. Nesse sentido lembra o autor:

Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também a sua consequência jurídica é validade. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos.¹⁶¹

Não bastasse a incongruência apontada acima, ainda há o aspecto observado por Lenio Streck¹⁶², que se refere à impossibilidade de aplicação direta do princípio através da ponderação, uma vez que através deste procedimento não é nenhum dos princípios ponderados que resolve o caso

¹⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 221.

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 152.

¹⁶⁰ Expressão utilizada por Lenio Streck. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte. p. 92.

¹⁶² STRECK, op. cit., p. 49-50.

concreto, e sim a regra que é fruto do procedimento de ponderação entre eles (chamada de norma de direito fundamental adscrita ou atribuída).

Isso porque, conforme o que foi abordado no tópico 2.2.3, a relação de precedência condicionada entre os princípios que são objeto de ponderação tem caráter duplo, uma vez que as circunstâncias que permeiam o caso concreto são ao mesmo tempo uma condição para essa relação de precedência (ou seja, uma condição para a aplicação da lei da ponderação) e também são o suporte fático de uma regra nascida do resultado desse sopesamento.

Sendo assim, são pertinentes as críticas de Lenio Streck à parcela da doutrina brasileira que trabalha com a ponderação de regras, não obstante o referido autor se filiar a um paradigma filosófico completamente diverso do de Robert Alexy. O que importa observar é que essa modalidade de ponderação demonstra um problema paradigmático por parte da doutrina jurídica brasileira que muitas vezes acaba adotando conceitos que são filosoficamente incompatíveis.¹⁶³

Além disso, Streck lembra que a afirmação de que as regras são aplicadas por subsunção e os princípios são aplicados por ponderação é um ponto edificante na distinção estrutural proposta por Alexy entre regras e princípios, o que conduz a ponderação à condição de procedimento generalizado

¹⁶³ O problema da ponderação em Alexy e da sua importação pela doutrina jurídica brasileira suscitou recentemente um importante debate acadêmico que teve início em uma coluna publicada no portal Consultor Jurídico (Conjur) em que Lenio Streck e André Karam Trindade advertiram: “Este rápido balanço permite concluirmos duas coisas. Primeiro que é preciso estudar mais o que diz Alexy para se combater o uso de Alexy que se faz no Brasil. Algo do tipo: Alexy contra Alexy. Com isto, colocar-se-ia um fim à aplicação de uma teoria alexyana darwinianamente-mal-adaptada, em que os princípios tornaram-se verdadeiros álbis teóricos na medida em que passaram a ser empregados como enunciados performativos que se encontram à disposição dos intérpretes para que, ao final, decidam de acordo com sua vontade. Segundo, e mais triste, precisamos mostrar e dizer que é impossível fazer Teoria do Direito sem Filosofia. Pelas críticas superficiais feitas por Alexy a Gadamer, fica nítido que ele quer fazer teoria sem filosofia. Em Alexy, parece que está proibido falar em paradigmas filosóficos. Nele, por exemplo, discricionariedade parece ser uma coisa natural e que nada tem a ver com o paradigma da filosofia da consciência (ou suas vulgatas voluntaristas). Sua apreciação filosófica parece ter ficado no neopositivismo lógico e na relação sintaxe-semântica-pragmática, com alguma ênfase na tentativa de racionalização da pragmática”. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Diário de classe: Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 05 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia>>. Acesso em: 28 maio 2014.

de aplicação do direito.¹⁶⁴ Nesse sentido, toda e qualquer modalidade de aplicação do direito demandaria uma “parada” destinada à ponderação, o que, segundo o autor acertadamente, conclui:

Mostra-se destituída de sentido prático, visto que da regra irá resultar outra regra, essa sim aplicável ao caso, além de apontar para os equívocos na recepção da teoria alexyana entre os autores brasileiros.¹⁶⁵

Outro ponto que demonstra divergência entre a ponderação na doutrina brasileira e a ponderação em Robert Alexy é o conceito de ponderação preventiva ou abstrata presente na obra de Ana Paula de Barcellos.¹⁶⁶ Essa ponderação seria efetuada em abstrato ou preventivamente e teria o objetivo de dar “balizas pré-fabricadas”¹⁶⁷ (anteriores ao surgimento do caso concreto) ao juiz para a ocasião em que ele se defronte com casos reais.¹⁶⁸

A autora defende que os conflitos normativos de natureza constitucional podem ser antecipados com o auxílio de situações hipotéticas, produzindo uma espécie de banco de dados formado por situações típicas e elementos de fato relevantes. Essa ponderação preventiva ou abstrata, nesse sentido, tornaria possível o estabelecimento de parâmetros de ponderação independentes de um caso concreto específico.¹⁶⁹

Esse conceito de ponderação preventiva, no entanto, apresenta problemas porque destoa do procedimento de ponderação formulado por Robert Alexy e, principalmente, porque esvazia o rigor metodológico que caracteriza a

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 563. Nesse sentido também: “Na distinção lógica, pretende-se iluminar a distinção (na verdade, cisão) entre regra e princípio a partir do momento aplicativo de cada um destes fenômenos jurídicos. Assim, diz-se que regras são aplicáveis por subsunção, ao passo que os princípios o são por ponderação (Alexy). Essa questão está presente à saciedade na doutrina constitucional brasileira”. Ibid., p. 562.

¹⁶⁵ Ibid., p. 49, nota de rodapé n. 14.

¹⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 146-155.

¹⁶⁷ A ideia de soluções ponderativas pré-fabricadas está explícita nas seguintes passagens: “[...] a partir das respostas sugeridas a essas questões, pode-se então propor um conjunto de *soluções ponderativas pré-fabricadas* [...]”; “Note-se, porém, um ponto importante. Uma vez que as circunstâncias fáticas imaginadas pela doutrina se reproduzam no caso real, ou se repitam hipóteses já verificadas anteriormente, o juiz terá à sua disposição *modelos de solução pré-prontos*. Na verdade, os subsídios oferecidos ao aplicador pela ponderação em abstrato acabam por transformar muitos conflitos normativos, que seriam casos difíceis, em fáceis, simplesmente porque já há um modelo de solução que lhes é aplicável”. Ibid., p. 150. [Grifo nosso].

¹⁶⁸ Ibid., p. 147.

¹⁶⁹ Ibid., p. 149.

teoria alexyana. Em Alexy, a ponderação (ou sopesamento) consiste em uma relação de precedência condicionada entre os princípios, e esse condicionamento se dá exatamente pelas circunstâncias que permeiam o caso concreto.¹⁷⁰

Essas condições do caso concreto estão presentes, inclusive, na lei de colisão que estrutura a ponderação para Robert Alexy, segundo a qual: “Em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio colidente P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes no caso concreto”.¹⁷¹

Convém lembrar, num primeiro momento, que essa fundamentação racional vinculada a um rigor metodológico e procedimental de argumentação é o que distingue, em Alexy, um modelo decisionista de um modelo fundamentado de sopesamento. O autor afirma que o sopesamento que carece de fundamentação racional consiste em uma “argumentação intuitiva”¹⁷² e descamba num modelo decisionista de ponderação. O que tornaria possível o controle racional desse sopesamento seria, exatamente, a possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre princípios colidentes.¹⁷³

Essa disparidade procedimental (consistente na adoção de um conceito de ponderação em abstrato) não seria tão grave se o a teoria alexyana não fosse, exatamente, uma teoria que prezasse pelo rigor procedimental, conforme o que foi abordado no primeiro capítulo. Como visto, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy nasce de um esforço de racionalizar a aplicação da ponderação pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão através de um procedimento argumentativo. O rigor metodológico é, portanto, cerne da teoria alexyana.

A carência desse rigor em grande parte da doutrina brasileira que trabalha com a ponderação fica ainda mais evidente diante da criação de institutos que não se coadunam de nenhuma forma com a teoria alexyana, como é o caso da ponderação de regras e também da ponderação preventiva ou

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 96.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 97. [Grifo nosso].

¹⁷² *Ibid.*, p. 164.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 165.

abstrata. Outro conceito que, por fim, demonstra a carência de rigor metodológico por parte da doutrina brasileira é a noção de princípio da proporcionalidade.

Conforme descrito no tópico 2.2.2, na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy as regras são normas consistentes em mandamentos definitivos, podendo ser satisfeitas ou não satisfeitas; os princípios, por sua vez, são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, em consonância com as possibilidades fáticas e jurídicas que permeiam o contexto do caso concreto, através de um procedimento de ponderação.

No Brasil, o termo princípio da proporcionalidade é bastante aceito e difundido, apesar de sua intrínseca controvérsia terminológica. O jurista Virgílio Afonso da Silva, autor que se filia à teoria de Robert Alexy dando sempre uma abordagem muito fiel à mesma, alerta, com razão, que:

O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações.¹⁷⁴

De fato, a proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, empregada especialmente nos casos em que um ato implica a restrição de outro direito fundamental, não havendo coerência teórica em designar esse critério como um princípio. Isso porque os princípios, em Alexy, são mandamentos de otimização que têm sua aplicação submetida a um sopesamento (ou ponderação).

Essa otimização é exatamente o que não está presente na proporcionalidade (ao menos não na proporcionalidade conjugada com a teoria de Robert Alexy): na teoria dos direitos fundamentais, há uma estreita conexão entre a natureza dos princípios e a máxima da proporcionalidade por uma

¹⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002. p. 24.

decorrência lógica, de forma que este critério está sempre presente quando se trata de normas de direito fundamental com caráter de princípios.¹⁷⁵

Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, trata a proporcionalidade inserida na espécie normativa das regras, afirmando que o objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais, consistindo em uma “restrição às restrições”. Esse objetivo seria alcançado através dos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (que são sub-regras da regra da proporcionalidade).¹⁷⁶

Essa ressalva, no entanto, não está presente em alguns autores que teorizam a ponderação na doutrina brasileira, o que pode ser demonstrado, por exemplo, pelo posicionamento de Luís Roberto Barroso¹⁷⁷ que trata a proporcionalidade como um princípio e marco filosófico da construção do pós-positivismo. Afirma o autor:

Foi na jurisprudência alemã que se dividiu o conteúdo do *princípio da proporcionalidade em três subprincípios*: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito [...]. Com o desenvolvimento da teoria dos princípios e da teoria dos direitos fundamentais estabeleceu-se entre eles e a proporcionalidade uma relação que não poderia ser mais estreita.¹⁷⁸

Observa-se que Barroso não apenas cita Robert Alexy para fundamentar essa afirmação como inclui em nota de rodapé a ressalva de que “Não se investirá energia, nesse passo, na questão terminológica de ser a proporcionalidade um princípio (terminologia dominante, que é – por Barroso –

¹⁷⁵ Nesse sentido, as palavras do próprio Robert Alexy: “[...] há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 116-117.

¹⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002. p. 24.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 255-262.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 257. [Grifo nosso].

aqui adotada) [...]”.¹⁷⁹ Não se trata, porém, diante do exposto durante todo esse trabalho, de uma questão apenas terminológica: trata-se de uma questão de coerência e rigor metodológico, uma vez que a utilização da proporcionalidade como princípio induz à possibilidade de ponderação da proporcionalidade, o que é absolutamente incompatível com a teoria de Robert Alexy.

Humberto Ávila¹⁸⁰ é um autor que, mesmo filiado à distinção estrutural entre regras e princípios¹⁸¹, adota um posicionamento contrário à ideia de princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, o autor utiliza a expressão “dever de proporcionalidade” enquadrada como um postulado normativo aplicativo.¹⁸² Para ele, a proporcionalidade é definida como um dever resultante de uma implicação lógica do caráter principal das normas, o que a torna incompatível com o conceito de otimização que marca a definição de princípio em Alexy.¹⁸³

Para Humberto Ávila, portanto, a máxima da proporcionalidade não se insere na espécie normativa dos princípios, uma vez que sua descrição abstrata não permite uma concretização gradual, e que a aplicação dessa estrutura independe das possibilidades fáticas e normativas, já que o seu conteúdo normativo é neutro relativamente ao contexto fático.

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 257, nota de rodapé n. 36.

¹⁸⁰ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, p. 1-36, jul. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-humberto-avila.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2014.

¹⁸¹ A seguinte passagem ilustra o que Humberto Ávila entende da distinção entre princípios e regras: “[...] pode-se definir os princípios como normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido (menor grau de determinação da ordem e maior generalidade dos destinatários), e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida. As regras podem ser definidas como normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido (maior grau de determinação da ordem e maior especificação dos destinatários), e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida”. Ibid.

¹⁸² Segundo Humberto Ávila: “O dever de proporcionalidade consiste num postulado normativo aplicativo. Como já afirmado acima, o dever de proporcionalidade impõe uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas. Não consiste numa condição no sentido de que, sem ela, a aplicação do Direito seria impossível. Consiste numa condição normativa, isto é, instituída pelo próprio Direito para a sua devida aplicação. Sem obediência ao dever de proporcionalidade não há a devida realização integral dos bens juridicamente resguardados. É dizer: ele traduz um postulado normativo aplicativo como aqui se estipula”. Ibid., p. 25.

¹⁸³ Ibid., p. 13.

Outro ponto relevante destacado pelo autor é que a aplicação da proporcionalidade como implicação lógica do caráter normativo-principiológico impede a sua ponderação. De fato, a proporcionalidade não tem o seu conteúdo modificado no entrelaço com princípios, configurando uma estrutura formal de sua aplicação¹⁸⁴, o que torna incoerente a ideia de que essa máxima poderia ser ponderada.

Diante do exposto, age com correção Virgílio Afonso da Silva ao interpretar que a máxima da proporcionalidade na teoria de Robert Alexy se insere na espécie normativa das regras¹⁸⁵, motivo pelo qual o autor utiliza o termo “regra da proporcionalidade”.¹⁸⁶ Ressalta que a prática jurídica brasileira, apesar de falar em princípio da proporcionalidade, no intuito de conferir importância ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade, a utilização do termo “princípio” na expressão “princípio da proporcionalidade”, não tem o mesmo significado de “princípio” na distinção entre regras e princípios, na aceção da teoria de Robert Alexy.¹⁸⁷ Isso demonstra que, mesmo utilizando a técnica da ponderação, a doutrina e a jurisprudência brasileiras não necessariamente se mantêm fiel à mesma matriz filosófica (no caso, teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy) no que tange à distinção entre regras e

¹⁸⁴ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, p. 1-36, jul. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-humberto-avila.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2014. p. 23-24.

¹⁸⁵ Para Virgílio Afonso da Silva: “[...] É correto, como já dito, que o chamado princípio da proporcionalidade não é um princípio no sentido acima descrito. Mas Alexy enquadra-o, sim, em outra categoria, pois classifica-o explicitamente como regra. Após fazer as ressalvas citadas por Bergmann Ávila, Alexy afirma que os sub-elementos da proporcionalidade devem ser classificados como regras, e cita como entendimento semelhante a posição de Haverkate, segundo a qual a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras é a subsunção. Como já visto acima, segundo a teoria defendida por Alexy, somente regras são aplicadas por meio de subsunção”. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002. p. 25-26. Ver também: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 117, nota de rodapé n. 86.

¹⁸⁶ SILVA, op. cit., p. 26.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 26.

princípio: novamente, retorna-se ao problema da carência de rigor metodológico.¹⁸⁸

3.1.2 O (neo) Constitucionalismo no Brasil e a Repristinção do Positivismo Jurídico

Antes de adentrar a discussão a respeito dos contornos que ganha o neoconstitucionalismo na doutrina jurídica brasileira, é primordial que se faça um apanhado geral dos principais pontos que geram polêmica no tocante ao neoconstitucionalismo na atualidade.

Em primeiro lugar, serão utilizadas as contribuições de Miguel Carbonell¹⁸⁹ para discutir os elementos caracterizadores do que se tem por neoconstitucionalismo. Segundo ele, o neoconstitucionalismo se refere a um conceito que explica um fenômeno recente no Estado Constitucional contemporâneo, devendo ser tratado em três níveis de análise¹⁹⁰: do ponto de vista das alterações de texto constitucional, da prática jurisprudencial e do ponto de vista teórico.

Em um primeiro nível de análise, o autor ressalta que o neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais surgidos após a Segunda Guerra Mundial, textos estes que não se restringiam a estabelecer as competências e separar os poderes públicos, mas que continham normas materiais ou substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos. As Constituições que são objeto de

¹⁸⁸ Nessa linha, são de extrema importância as considerações de Lenio Streck a respeito da conformação da máxima da proporcionalidade no direito brasileiro: “Também aparecem como problemáticos os assim denominados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Conforme já deixei assentado no transcurso da parte central da obra, a proporcionalidade (e penso ser desnecessário falar da razoabilidade) não pode ser alçada à plenipotenciabilidade principiológica, como se fosse uma metarregra para resolver problemas não resolvidos pelos ‘demais princípios’ conformadores do sistema jurídico. A proporcionalidade deve estar presente, em princípio (e veja-se a ambiguidade da expressão), em toda applicatio”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 536-537.

¹⁸⁹ O autor organizou três obras que são referências importantes para o estudo da teoria do neoconstitucionalismo. São elas: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003; CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007; CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010.

¹⁹⁰ CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 9.

estudo da teoria neoconstitucionalista se caracterizam, assim, por conter amplos catálogos de direitos fundamentais, o que renova a relação entre o Estado e os cidadãos, a exemplo da Constituição brasileira de 1988.¹⁹¹

Essas transformações tendenciais nos textos constitucionais são acompanhadas ainda de uma mudança relevante na prática jurisprudencial de muitos tribunais e cortes constitucionais. Os juízes constitucionais têm sido obrigados, diante das circunstâncias, a realizar as suas funções sob novos parâmetros interpretativos, a partir dos quais a fundamentação judicial se torna mais complexa.¹⁹²

Para Carbonell¹⁹³, no caso da América Latina, se tem tomado consciência de forma tardia da importância de contar com um sistema judicial que tenha as condições necessárias para processar de forma competente e oportuna os conflitos sociais. É somente a partir da década de 90 que muitos países passam a empreender profundas transformações na função judicial, e também que muitos juízes passam a entender o seu papel dentro do paradigma neoconstitucional.

Nesse sentido, o conceito de Constituição na América Latina teria sido utilizado com frequência como um motivo legitimador da ação do Estado, ainda que dita ação não tivesse sempre um caráter democrático ou apegado ao interesse geral. As Constituições, em sua análise, teriam sido manipuladas e instrumentalizadas para prolongar as condições de predomínio político de um grupo sobre o resto da sociedade.¹⁹⁴ Carbonell observa, ainda, que os juízes se depararam com a dificuldade de trabalhar com “valores constitucionalizados” que exigiram uma tarefa hermenêutica que seja capaz de aplicá-los de forma justificada e razoável.¹⁹⁵

Em nível de análise teórico, afirma que a teoria do direito em tempos de neoconstitucionalismo tem servido não somente para compreender as novas Constituições e as novas práticas jurisprudenciais, mas também para ajudar a

¹⁹¹ CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 9-10.

¹⁹² Ibid., p. 10.

¹⁹³ Id. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Org.). **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 200.

¹⁹⁴ Ibid., p. 207.

¹⁹⁵ Ibid., p. 199.

criá-las, servindo de base para diversos precedentes em sede de jurisdição constitucional.¹⁹⁶

Nesse sentido, acrescenta ainda que não são poucos os autores que se perguntam se, em realidade, há algo novo no neoconstitucionalismo ou se este conceito é uma “etiqueta vazia” que serve para representar com uma nova roupagem questões que antes eram explicadas de outra maneira.¹⁹⁷

De fato, a popularidade e a pluralidade de pensamentos que são pertinentes ao tema, demandam uma tentativa de estabelecer alguns pontos de orientação para esclarecer do que se fala ao se tratar de neoconstitucionalismo. A novidade, no entanto, estaria no conjunto, e não nos elementos tomados em separado. Quando se reúnem todos esses fatores (as transformações ocorridas nos textos constitucionais, no campo teórico e na prática jurisprudencial) é que se percebe que essas mudanças compartilham orientações semelhantes.¹⁹⁸

O que resulta de interessante do quadro do neoconstitucionalismo para Carbonell é o conjunto, ou seja, a combinação entre os elementos mencionados, bem como os seus efeitos que concernem à observação do Estado Constitucional de Direito em funcionamento.¹⁹⁹ Não obstante as relevantes contribuições do autor, se faz necessária a discussão dos contornos que o neoconstitucionalismo ganha no Brasil, e também do imbróglio em que essa teoria do direito neoconstitucionalista se encontra do ponto de vista filosófico e seus reflexos no que tange à ponderação.

Para abordar o tema da recepção do neoconstitucionalismo pela doutrina jurídica brasileira, serão utilizadas as afirmações de Daniel Sarmiento²⁰⁰, autor

¹⁹⁶ CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 11.

¹⁹⁷ Id. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Org.). **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 207.

¹⁹⁷ Ibid., p. 197.

¹⁹⁸ CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto, op. cit., p. 11.

¹⁹⁹ Ibid., p. 12.

²⁰⁰ Ressalte-se que Daniel Sarmiento é um autor que, situado no plano das teorias argumentativas, apresenta problemas, uma vez que continua apostando na discricionariedade e na ponderação como soluções à teoria do direito. Nesse sentido, Lenio Streck: “Em definitivo, Sarmiento não se dá conta de que o fato de a hermenêutica (filosófica) rechaçar o método não implica ausência (ou carência) de racionalidade. Ao contrário, exatamente porque o método (no sentido objetivista da palavra) morreu é que, agora, exige-se maior cuidado no controle da interpretação (atenção: compreender e interpretar são coisas diferentes)”. Suas críticas à recepção da teoria alexyana, contudo, merecem atenção, pois levam em consideração certas especificidades do contexto brasileiro. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 487.

que se filia à corrente filosófica que encontrou guarida em grande parte da doutrina nacional no que diz respeito à adoção das teorias argumentativas e ao uso da ponderação para a solução dos conflitos envolvendo direitos fundamentais.²⁰¹

Há que se lembrar, em princípio, que o novo constitucionalismo no Brasil vem substituir uma cultura jurídica em que as constituições não eram tratadas como normas e sim como meras fachadas ou cartas de intenções. Como exemplo disso Sarmiento cita a Constituição de 1824, que falava em igualdade e tinha como principal instituição a escravidão, bem como a Constituição de 1969, que garantia os direitos à liberdade, integridade física e à vida enquanto ocorriam prisões ilegais e torturas na égide do regime militar, admitindo a convivência paralela de duas ordens jurídicas: a Constituição e os atos institucionais.²⁰²

A Assembleia Constituinte de 1987/1988 marca a redemocratização do Brasil e inaugura uma ampliação substancial no rol de direitos fundamentais em diversas dimensões, conferindo a estes direitos uma aplicabilidade imediata e proteção diante do poder de reforma. A Constituição Brasileira de 1988 contribui, ainda, para o fortalecimento do Ministério Público como instituição, a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a instituição do controle de constitucionalidade por omissão.

Todos esses pontos são relevantes para destacar que as transformações trazidas pelo texto constitucional, que descreve um número significativo de princípios, demandam uma releitura da ordem jurídica e também, por consequência, um importante papel da doutrina jurídica brasileira na mudança de paradigma do direito constitucional.²⁰³ A partir dessa demanda, Sarmiento destaca o constitucionalismo brasileiro da efetividade (abordado no início deste capítulo) e o pós-positivismo jurídico.

Ao constitucionalismo da efetividade, o autor atribui o objetivo de instalar no senso-comum dos atores jurídicos a ideia de que a Constituição é norma e que deve ser aplicada, independentemente de regulamentação dos seus

²⁰¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina et al. (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 267-302.

²⁰² Ibid., p. 279.

²⁰³ Ibid., p. 280.

dispositivos pelo legislador ordinário. O segundo ponto observado pelo autor é a chegada ao Brasil de teorias pós-positivistas, responsáveis por difundir no Brasil as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy²⁰⁴ (guardadas as devidas considerações a respeito das profundas diferenças entre os posicionamentos desses dois autores).

Deste momento da doutrina jurídica no Brasil é que resulta o fomento a discussões sobre temas como a ponderação, o princípio da proporcionalidade e a eficácia dos direitos fundamentais. É nessa nova fase que a doutrina brasileira procura enfatizar o caráter normativo dos princípios e estudar a sua aplicação. Nesse contexto de discussão sobre o papel da jurisdição constitucional, as teorias argumentativas (na qual se inclui a dogmática dos direitos fundamentais de Alexy) despontam no debate da teoria do direito no Brasil, abrindo espaço para as posições mais variadas, e também aos riscos inerentes à importação indiscriminada da teoria da argumentação de Alexy.

Esses posicionamentos refletem uma mudança de posicionamento que alcança a atividade jurisdicional, passando o próprio Supremo Tribunal Federal a se valer dos princípios e da ponderação em seus julgamentos²⁰⁵ em uma mudança de paradigma que passa pela valorização dos princípios, o uso da ponderação, e o destaque que ganha o Poder Judiciário na agenda do neoconstitucionalismo.

A despeito de demonstrar a sua filiação ao paradigma neoconstitucionalista e às teorias argumentativas, o texto traz algumas preocupações sobre os riscos desse paradigma no contexto brasileiro. Essas contribuições são relevantes para observar o que é objetivo principal desse trabalho: apontar alguns problemas da importação da Teoria dos Direitos Fundamentais no Brasil sem a sua devida problematização.

²⁰⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina et al. (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 281.

²⁰⁵ A título de exemplo desse fenômeno, ver: HC 94.147, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 27-5-2008, Segunda Turma, DJE de 13-6-2008; HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 1º-9-2010, Plenário, DJE de 16-12-2010; HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 16-12-1999, Plenário, DJ de 16-5-2003.

Sarmiento²⁰⁶ aponta possíveis objeções ao neoconstitucionalismo. Uma delas é a de que o seu pendor judicialista é antidemocrático, a qual ele acrescenta que é recomendável uma postura de autocontenção judicial, em respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político e em virtude da falta de *expertise* do Judiciário para decidir questões que demandem conhecimentos técnicos fora do direito.²⁰⁷ Afirma o autor:

Nesta linha, vejo com reticências a sedimentação, na nossa cultura jurídica, da visão de que o grande – senão o único – intérprete da Constituição seria o Poder Judiciário. Esta leitura descarta a autocontenção judicial bem como tende a desprezar a possibilidade de que sejam travados construtivos diálogos interinstitucionais entre diversos órgãos estatais para a definição da melhor interpretação dos ditames constitucionais.²⁰⁸

Aponta que o discurso de que o espaço político não é relevante e o depósito de todas as expectativas de transformação social na interpretação dos princípios constitucionais dada pelo Supremo Tribunal Federal é um reflexo de que o neoconstitucionalismo no Brasil “peca pelo excesso”.²⁰⁹ De fato, a atividade jurisprudencial brasileira recepcionou as teorias argumentativas apenas parcialmente, e o efeito colateral disso é o uso da ponderação desacompanhado da devida fundamentação das decisões.

Instalou-se na doutrina jurídica brasileira um imaginário de supervalorização das decisões com carga principiológica, em detrimento daquelas que são fundamentadas em regras, tudo isso pela crença de que ao abrir-se mão das regras e as substituindo pelos princípios se estará ultrapassando o positivismo. Sarmiento chega a apontar que as regras legais

²⁰⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina et al. (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 288.

²⁰⁷ Ibid., p. 293.

²⁰⁸ Ibid., p. 294.

²⁰⁹ Ibid., p. 294.

“São vistas como burocráticas ou positivistas – e positivismo hoje no país é quase um palavrão”.²¹⁰

Em verdade, o que o neoconstitucionalismo faz (especialmente o neoconstitucionalismo no Brasil) é refutar não o positivismo normativista, e sim o positivismo exegético no tocante à equiparação entre direito e lei que é característica marcante deste período, mas que foi superado pelo positivismo normativista. Diante disso, ocorre a repriminção do positivismo jurídico normativista, comprovada, especialmente, pela filiação ao conceito semântico de norma (abordado no tópico 2.2.1) e pela admissão da discricionariedade interpretativa.

Fausto Santos de Moraes, em sua tese de doutorado, alerta que a interpretação como ato de vontade seria o principal problema que o positivismo normativista teria legado ao paradigma neoconstitucional, tendo como consequência a discricionariedade valorativa do intérprete. Isso permitiria ao agente competente (legislador ou juiz) determinar os seus valores à sociedade, ignorando as instituições jurídicas construídas historicamente.²¹¹

Cabe ressaltar que o uso da expressão “interpretação como ato de vontade” remete a Hans Kelsen, embora o ato de aplicação do direito (ao qual se refere a expressão) não tenha sido o foco da teoria kelseniana, que era a construção de uma ciência jurídica. A caracterização da interpretação jurídica como ato de vontade aparece no capítulo VII da obra “Teoria Pura do Direito” que se destina a abordar o problema da interpretação, onde Kelsen²¹² afirma:

²¹⁰ Ibid., p. 295. Essa repulsa ao positivismo jurídico também está presente em Luís Roberto Barroso, o que pode ser demonstrado pela seguinte afirmação: “O positivismo pretendeu ser uma teoria do direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. [...]”. Ver: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 119-120.

²¹¹ MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 2014. 344 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2013. p. 24-25.

²¹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 394.

[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. [...].

Essa discricionariedade que permeia a aplicação do direito para Kelsen fica também evidente uma vez que para ele a produção do ato jurídico dentro da “moldura” da norma jurídica é livre, realizando-se segundo a livre apreciação do órgão competente.²¹³ Veja-se, no entanto, um ponto que é fundamental para o presente trabalho, que é o fato de que essa mesma discricionariedade presente em Kelsen aparece também em Alexy (porém vinculada a uma cadeia procedimental que estrutura a sua ponderação de princípios, demonstrada no tópico 2.2.3) e também de forma mais escancarada em grande parte da doutrina brasileira neoconstitucionalista.

As afirmações de Luís Roberto Barroso²¹⁴ a respeito das mudanças sofridas na dinâmica dos poderes no Estado brasileiro após a Constituição de 1988 se mostram exemplificativas da admissão de elevado grau de discricionariedade pela doutrina brasileira neoconstitucionalista:

O Judiciário não apenas ocupou mais espaço como, além disso, sua atuação se tornou mais *discricionária*. Em muitas situações, em lugar de se limitar a aplicar a lei já existente, o juiz se vê na necessidade de agir em substituição ao legislador. [...] Juízes e tribunais também precisam desempenhar uma atividade mais criativa – isto é, menos técnica e mais política – nas inúmeras situações de colisões entre normas constitucionais. [...] Tal circunstância aumenta o seu poder individual e reduz a objetividade e a previsibilidade do direito. Mas a culpa não é nem do juiz nem dos tribunais. A vida é que ficou mais complicada, impedindo o legislador de prever soluções abstratas para todas as situações.

É por conta disso que Lenio Streck demonstra que o neoconstitucionalismo representa apenas a superação teórica do positivismo exegético, pois nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas

²¹³ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 393.

²¹⁴ Barroso, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: Barroso, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41. [Grifo nosso].

reproduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e, da jurisprudência dos valores.²¹⁵

Com o fim de evitar mal-entendidos, Streck então abandona a expressão “neoconstitucionalismo” e passa a fazer uso da expressão “Constitucionalismo Contemporâneo” para designar a construção de um direito democraticamente produzido a partir do segundo pós-guerra, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição.²¹⁶

A questão que se coloca, portanto, é que uma parte da teoria do direito atual (intitulada neoconstitucionalista) se aproxima do seu principal alvo – o positivismo jurídico – na medida em que institucionaliza a aposta na discricionariedade do julgador. Para Lenio Streck, fica evidente o problema de como obter o controle desse poder concedido aos juízes, ressaltando que uma teoria semântica ou analítica (como é o caso da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, conforme o que foi explicado no item 2.2.1) não dá conta desse embate.²¹⁷

Além do problema da discricionariedade do positivismo normativista que é repetida pelo neoconstitucionalismo há ainda a questão da preservação da

²¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al. (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 62.

²¹⁶ Ibid., p. 63.

²¹⁷ Ibid., p. 80.

autonomia do direito que é essencial para uma democracia substancial²¹⁸, conforme as afirmações de Lenio Streck:

[...] Uma teoria do direito preocupada com a democracia substancial deve conter/prever mecanismos para a preservação de um elevado grau de autonomia do direito, construindo ‘blindagens’ contra os predadores exógenos (moral, economia e política) e endógenos (panprincipiologismo, ponderação e as teses que apostam na ‘abertura interpretativa dos princípios e cláusulas gerais’).²¹⁹

Por conta dos argumentos expostos é que se chega à conclusão de que a adoção da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy pelo constitucionalismo democrático brasileiro deve necessariamente passar por uma adequada problematização. Isso quer dizer que é necessário levar em conta: que essa teoria foi produzida no contexto da Constituição Alemã no intuito de conferir rigor metodológico à ponderação praticada por este tribunal²²⁰; que esta teoria não logra superar os pressupostos do positivismo normativista, uma vez que

²¹⁸ A expressão “democracia substancial” tem como referência a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, que traz a noção de democracia em suas dimensões formal e substancial. A democracia em sua dimensão formal ou procedimental é concebida tendo como base as formas e os procedimentos idôneos para garantir a vontade popular: tem como fundamento o quem (povo e seus representantes) e o como (a regra da maioria) das suas decisões, independentemente de seus conteúdos, quaisquer que eles sejam. Nesse sentido, a hipótese de um sistema no qual se decidisse por maioria a supressão de uma minoria seria, à luz desse critério, democrática.

Essas contradições lógicas são apontadas para embasar a afirmação de que são necessários traços substanciais para toda definição teórica de democracia dotada de adequada capacidade explicativa. A democracia constitucional é, portanto, um paradigma complexo que adiciona à dimensão formal uma dimensão substancial da democracia, referente aos conteúdos ou à substância das decisões: aquilo que a qualquer maioria está, por um lado, proibido e, por outro, lhe é obrigatório decidir. Para Ferrajoli, essência do constitucionalismo e do garantismo, ou seja, daquilo que se chama democracia constitucional, reside precisamente no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder, que postula em consequência uma concepção de democracia como sistema frágil e complexo de separação e equilíbrio entre poderes, de limites de forma e de substância a seu exercício, da garantia dos direitos fundamentais e de técnicas de controle e de reparação contra suas violações.

Esta é a substância da democracia constitucional: o pacto de convivência baseado na igualdade de direitos, no Estado Social – mais que liberal – de Direito, garantido pelas Constituições, contendo obrigações para os legisladores, de cuja observância depende a sua legitimação. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e outros. Madrid: Trotta, 2008. p. 76-78.

²¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al. (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 94.

²²⁰ Sobre o rigor metodológico pertinente à ponderação de Robert Alexy: “O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy constrói sua teoria exatamente para ‘racionalizar’ a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retomando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração”. Ibid., p. 73.

trabalha com o conceito semântico de norma, com a distinção *a priori* entre casos fáceis e difíceis e, principalmente, com a admissão da discricionariedade tanto do Legislativo quanto do Judiciário; que o Constitucionalismo Contemporâneo no Brasil nasce de um contexto de redemocratização e que a discussão da vida política não pode ser sufocada pela atuação do Poder Judiciário.

A problematização desses pontos é fundamental, portanto, para a compreensão da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, que deve passar necessariamente por uma adequada compreensão do positivismo jurídico, essencial para que o novo constitucionalismo no Brasil tenha sucesso em realizar as transformações trazidas pelo texto constitucional inovador da Constituição Federal de 1988.

3.1.3 Judiciário Protagonista ou Ativista? O Problema do Ativismo Judicial no Brasil

O ativismo judicial, a judicialização da política e os influxos sofridos pelo direito processual e pela atividade jurisdicional pelo chamado neoconstitucionalismo são temas presentes em grande parte das discussões sobre a jurisdição constitucional nos tempos atuais. Ocorre que a referida temática se reveste de divergências em virtude de uma confusão terminológica e até mesmo metodológica, seja por se tratar de fenômenos distintos como situações únicas, seja pelo uso aleatório das categorias ativismo judicial, judicialização da política e neoconstitucionalismo.

Antes de adentrar a discussão sobre o ativismo judicial em si, é relevante que se elabore os contornos para uma distinção entre este fenômeno e a judicialização da política. Considerando que as afirmações deste trabalho a respeito do ativismo judicial partem da sua diferenciação da judicialização da política, será utilizada a obra de Clarissa Tassinari²²¹ para este intuito.

Na referida obra essa distinção é feita a partir da comparação entre o contexto de surgimento do ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos, apontando que enquanto as discussões sobre o ativismo judicial se iniciam nos

²²¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19-62.

EUA com o caso *Marbury versus Madison* e o surgimento do *judicial review*, no caso brasileiro esse debate começa com a redemocratização e a CF/88, que incluía um rol mais amplo de direitos fundamentais, incluindo direitos sociais.

No Brasil, o ativismo judicial surge a partir do constitucionalismo democrático, sendo difundido o imaginário de que um Poder Judiciário ativista seria não só vantajoso, mas também necessário para que se lograsse a concretização dos direitos fundamentais. Ocorre que, a partir da comparação entre o direito estadunidense e o brasileiro, constata-se que no último caso o ativismo judicial não passou por uma devida problematização, o que provoca confusão na doutrina a respeito do tema. Para Clarissa Tassinari:

[...] sob a influência da doutrina estadunidense, a questão envolvendo o ativismo da magistratura ganhou papel de destaque no cenário jurídico brasileiro. O problema é que, diferente do que aconteceu nos Estados Unidos, aqui, a atuação do Judiciário mediante uma postura ativista não passou por uma (indispensável) problematização (isto é, por um rigoroso debate acadêmico), no sentido de que, dos contributos trazidos pelos juristas norte-americanos, apenas se aproveitou a intensificação da atividade jurisdicional, potencializada a ponto de ser defendido um necessário ativismo judicial para concretizar direitos. Em síntese, acabou se criando um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade.²²²

Luiz Werneck Vianna²²³ traça um panorama dos impactos da Constituição de 1988 para a crescente judicialização dos anseios sociais pela concretização de direitos fundamentais. Levando em conta a peculiaridade do período que o autor se utilizou para a produção da sua pesquisa, que se baseia inclusive em dados empíricos, observam-se importantes contribuições para o entendimento da judicialização da política no contexto brasileiro.

Werneck Vianna²²⁴ lembra que o Estado de Bem-Estar Social combina o

²²² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 26.

²²³ VIANA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

²²⁴ *Ibid.*, p. 16.

dirigismo econômico característico do keynesianismo²²⁵ com uma transformação operada no sistema jurídico, que passa a transpor as barreiras entre o público e o privado. Para o autor, a admissão do elemento de justiça pelo direito e a proteção jurídica dos indivíduos economicamente desfavorecidos acarretou em uma “judicialização do mercado de trabalho”, no sentido em que a justiça social, de demanda inerente à sociedade civil, passa a ser um tema da agenda do Direito. Tal aspecto denota que a convivência harmoniosa de interesses divergentes, antes restritos aos auspícios dos movimentos sociais, passa a se pautar pela regulação do Poder Judiciário.

Essas transformações, decorrentes em parte de um modelo de Estado (o *Welfare State*) e em outra de um modelo de constitucionalismo que visa alcançar os desideratos do Estado Social²²⁶, provocam impactos no contexto das instituições públicas e também na própria sociedade civil, como destaca Werneck Vianna:

Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições

²²⁵ A respeito do Estado de Bem-Estar Social e sua relação com a teoria keynesiana, ver: NUNES, Antonio José Avelãs. **As voltas que o mundo dá**: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Ainda, MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Além destes, GARCÍA-PELAYO. **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

²²⁶ O Estado Social surge como resposta à necessidade de intervenção do Estado na economia, em nome do princípio da responsabilidade social coletiva. A teoria keynesiana aparece como contraponto aos economistas clássicos que lastrearam o pensamento econômico liberal: aponta o desemprego involuntário e a desigualdade natural de riqueza e rendimento como os dois vícios das economias capitalistas, vícios esses cuja correção seria responsabilidade do Estado. Segundo esta teoria, inspiradora da transição para o Estado Social, as desigualdades econômicas contrariam o desenvolvimento da riqueza e a própria manutenção da economia capitalista, de modo que seria possível conciliar o progresso social e a eficácia econômica. Para Avelãs Nunes, este Estado Social não pretendia promover, assim como não promoveu, uma revolução social. Ele se enquadra, de fato, na lógica do capitalismo e um exemplo disso é o fenômeno da política de redistribuição do rendimento, através do qual o Estado por meio das prestações de direitos sociais, financia o próprio desenvolvimento das forças produtivas, propiciando mão-de-obra mais qualificada, capaz de produzir mais, dando maior rendimento aos empregadores e propiciando vantagens aos donos do capital. Nesse sentido, este modelo de Estado tem como objetivo primordial harmonizar o princípio do mercado com o equilíbrio e os avanços sociais, através de políticas de distribuição e redistribuição de ingressos, nivelção de patrimônios e de cargas e pleno emprego. Deve-se ressaltar, contudo, que o bom funcionamento da economia de mercado ainda é considerado como pressuposto básico do desenvolvimento social, e que essas políticas de redistribuição somente têm aceitação uma vez que não sejam obstáculo ao sucesso da economia. Nessa linha, ver: NUNES, op. cit., p. 59-67; GARCÍA-PELAYO, op. cit., p. 6.

políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça.²²⁷

Ao fenômeno da “invasão do direito na organização da vida social” o autor dá o nome de “judicialização das relações sociais”²²⁸, caracterizado pelo envolvimento das sociedades contemporâneas na semântica da justiça. Dessa forma, é transmitido ao direito e ao Poder Judiciário o papel de resguardar as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade.²²⁹

De fato, a inserção de um catálogo de direitos fundamentais no texto constitucional transmite ao Estado Social uma agenda igualitária que afeta não somente as instituições públicas, mas também as relações privadas em vários aspectos do comportamento cotidiano, motivo pelo qual é demandada a intervenção do direito para o reconhecimento das mais diversas condições no âmbito das relações privadas.

É imperioso ressaltar, contudo, que essa judicialização se apresenta em caráter contingencial, fruto de transformações na sociedade e no direito que exigem uma resposta do Poder Judiciário. Tal aspecto é de fundamental importância para a distinção da judicialização (da política e das relações sociais) do ativismo judicial. A judicialização da política na experiência brasileira,

²²⁷ VIANA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22.

²²⁸ Ibid., p. 149.

²²⁹ Cumprir lembrar que em países de modernidade tardia, como o Brasil, a experiência moderna não foi vivida da mesma forma que na Europa, em que os modelos estatais surgem em uma determinada sequência histórica. No Brasil, por exemplo, as modalidades social e democrática se imiscuem em um único momento. Na Europa, a modernidade surge como movimento de ruptura com os paradigmas medievais, num primeiro momento como advento do Estado Absolutista e o desfazimento do modelo de sociedade feudal. Num segundo momento, transmuta-se essa ordem estatal para o modelo liberal, a partir das revoluções burguesas, da sedimentação do capitalismo – antes comercial e depois industrial-produtivista –, da ascensão do sujeito à condição de indivíduo, da filosofia racionalista e, sobretudo, da manutenção dos vínculos sociais individuais. Com a articulação do proletariado já exaurido nas fábricas, e a conseqüente crise estatal-social, se proclama o Estado Social a partir de um catálogo de direitos sociais-prestacionais devidos pelo Estado que, passa a ser gerente e protetor. No Brasil, entretanto, essa lógica evolutiva não foi vivida, uma vez que o Estado Social surge como Estado Social e Democrático de Direito com o advento da Constituição de 1988 e a entrada do país no rol do dirigismo constitucional. Tal situação provoca a extenuação do Direito como colocado em terrae brasilis já que, os direitos fundamentais-sociais se multiplicam e o Estado não consegue dar vazão a estas necessidades. Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz. Constituição ou barbárie?: a lei como possibilidade emancipatória a partir do estado democrático de direito. **Revista Doutrina**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 267-278, 2001.

portanto, não é resultado de um protagonismo institucional por parte do Poder Judiciário, derivando também das necessidades oriundas da sociedade civil, que têm encontrado no direito um caminho para a representação de seus interesses.

Dessa forma, a judicialização da política é um fenômeno não apenas jurídico, mas eminentemente político e social que foi provocado, no caso brasileiro, pela redemocratização, pela concepção de um constitucionalismo dirigente, por um modelo de Estado Social, e pelo aumento da litigiosidade. Na mesma linha, as colocações de Clarissa Tassinari:

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.²³⁰

Apresentados os principais aspectos a respeito da judicialização da política e das relações sociais, determinantes que são esses pontos para a sua diferenciação do ativismo judicial, passa-se à abordagem deste fenômeno, intrinsecamente relacionado com o protagonismo judicial preconizado pela doutrina neoconstitucionalista.

William Marshal²³¹ trabalha com sete indicadores para a identificação do ativismo judicial recolhidos na literatura sobre o tema. São eles: 1) o ativismo contra-majoritário: quando as cortes contrariam as decisões de instituições democraticamente eleitas; 2) o ativismo “não-originalista”: quando as cortes se afastam da fidelidade ao texto ou às intenções originárias do legislador; 3) o ativismo dos precedentes: a desvinculação da corte aos precedentes judiciais; 4) o ativismo jurisdicional: a falha da corte em aderir aos limites do seu próprio poder de jurisdição; 5) a criatividade judicial: a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional; 6) o ativismo remedial: o uso do poder jurisdicional

²³⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 32.

²³¹ MARSHALL, William. Conservative and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, set. 2002. p. 104.

para impor obrigações afirmativas nos outros ramos do governo ou a sua supervisão como uma parte do remédio judicialmente imposto; 7) ativismo partidário: o uso do poder jurisdicional para lograr objetivos planejados partidariamente.

Marshall observa, contudo, que esses indicadores nem sempre são coerentes entre si: uma decisão que seja não ativista em um sentido pode ser ativista em outro e, por esse motivo, uma lista categórica desses indícios não pode ser utilizada para formular uma definição única do ativismo judicial.

O ativismo judicial se constitui, portanto, em um problema de teoria do direito e da interpretação jurídica. Seguindo a proposta de diferenciação entre o ativismo judicial e a judicialização da política, Clarissa Tassinari²³² defende que o ativismo judicial é um fenômeno intrínseco ao sistema jurídico, tendo nele o seu surgimento. Consiste, portanto, em uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício das suas atribuições.

A doutrina do *judicial restraint* se inspira numa característica referencial do legislador democrático: serem eleitos pelo povo. Nesse particular, os juízes constitucionais careceriam, segundo esse pensamento, de legitimidade democrática, não devendo invadir as competências do Poder Legislativo. Desse modo, uma lei não deveria ser declarada inconstitucional salvo quando fosse contrária à Constituição de forma evidente.²³³

Na visão de Ricardo Guastini²³⁴, a doutrina do *judicial restraint* favorece uma interpretação literal/conservadora, conduzindo o intérprete a reconhecer no texto constitucional algumas lacunas: matérias que a Constituição não disciplina, abertas à decisão do legislador.

A doutrina do ativismo judicial (*judicial activism*), por outro lado, se inspira na congruência do direito com consciência social, sugerindo uma interpretação tendencialmente livre de todo vínculo textual, ou seja, favorecendo a livre criação do direito constitucional por parte dos juízes, com a finalidade de adaptar os “valores constitucionais” às necessidades da vida real, que os juízes só podem identificar mediante seus sentimentos de justiça.

²³² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33-37.

²³³ GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Tradução de Miguel Carbonell e Pedro Salazar. Madri: Editorial Trotta, 2008. Título original: Teoría e ideología dell'interpretazione costituzionale. p. 63.

²³⁴ Ibid., p. 64.

O resultado do *judicial activism* seria então um direito constitucional tendencialmente completo, sem lacunas: se considera que os princípios constitucionais são capazes de regular qualquer matéria possível, de modo que não restam espaços vazios no direito constitucional, em que o legislador possa decidir o que queira, já que sempre haverá uma norma constitucional para cada lei ordinária com a qual se poderá confrontar para decidir sobre sua conformidade com a constituição.²³⁵

Nesse sentido, são esclarecedoras as afirmações de Clarissa Tassinari²³⁶, no sentido de que a doutrina jurídica brasileira extraiu da experiência norte-americana a noção de que o ativismo judicial é bom para a democracia, uma vez que direcionado à concretização de direitos. Ocorre que esse entendimento abarca duas concepções de ativismo: o ativismo como um aumento da interferência do Poder Judiciário (que se trata, na verdade, de judicialização da política) e o ativismo como atividade jurisdicional progressista. Esses pontos de vista, no entanto, acabam desconsiderando o fato de que Brasil e Estados Unidos possuem tradições jurídicas distintas.²³⁷

Anderson Teixeira ressalta inclusive que os métodos e técnicas decisórias empregadas nas jurisdições constitucionais de ambos os países são distintos, implicando em modos diferentes de tratar questões de cunho político.²³⁸ O autor, por sua vez, elenca quatro espécies de condutas ativistas que provocam lesão ao equilíbrio da ordem constitucional, são elas: a atuação como legislador positivo, a ofensa ao princípio da separação dos poderes, a desconsideração dos precedentes jurisprudenciais e a ocorrência de decisões judiciais viciadas por decisionismo político.²³⁹

Percebe-se que há uma associação entre a leitura do neoconstitucionalismo e a defesa de um protagonismo do Poder Judiciário, que deságua na doutrina que defende o ativismo judicial. Há que se ter em vista que uma leitura contemporânea da jurisdição e do processo deve levar em

²³⁵ GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Tradução de Miguel Carbonell e Pedro Salazar. Madri: Editorial Trotta, 2008. Título original: Teoría e ideología dell'interpretazione costituzionale. p. 65.

²³⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 114.

²³⁷ Ibid.

²³⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 37-58, 2012.

²³⁹ Ibid., p. 51.

consideração, o cumprimento das garantias constitucionais, dentre as quais está o devido processo legal e um projeto de processo constitucional democrático.

As crises do processo e da jurisdição acontecem em um contexto histórico em que surgem novos direitos trazidos pelas alterações nos textos constitucionais pós Segunda Guerra, o que no Brasil foi sentido com a Constituição de 1988, em decorrência de fatores culturais, econômicos, políticos e sociais que, somados, produziram novas categorias de demandas para as quais as estruturas processuais não podiam dar resposta satisfatória.²⁴⁰

Por tudo isso, o Poder Judiciário se encontra no centro da discussão, uma vez que está submetido às reivindicações pela implementação das garantias advindas do novo modelo de constitucionalismo. Essa situação se torna ainda mais acentuada diante de um quadro de aumento crescente da demanda por justiça, oriunda do cenário de desigualdade e déficit social que caracteriza os países de modernidade tardia, como é o caso brasileiro.

No Brasil, verifica-se uma disparidade entre os direitos garantidos nas Constituições e o que se concretiza na realidade social, sobretudo naquilo em que se depende de planejamento em políticas públicas. O cidadão, vítima da ausência de políticas públicas efetivas e do déficit social, acaba, portanto, batendo às portas do Poder Judiciário como ator processual.

O processo, nesse contexto, passa a ser utilizado como instrumento para demandas de longo prazo, decorrente de incongruências do constitucionalismo e do próprio modelo de Estado Social que não consegue realizar de forma plena o seu projeto inclusivo.²⁴¹ O presente trabalho parte, então, do pressuposto de que o ativismo judicial e a judicialização da política são situações distintas: o ativismo como uma postura do Judiciário que concebe a interpretação do direito como ato de vontade do julgador e a judicialização da política como um fenômeno contingencial e fruto de um contexto histórico, social e jurídico.

No tópico anterior, chegou-se à constatação de que o que há de novo no neoconstitucionalismo é muito mais a reunião de determinados fatores oriundos de transformações sociais, históricas e jurídicas do que uma nova hermenêutica

²⁴⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BECKER ISAIA, Cristiano. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, p. 5-26, 2010. p. 6.

²⁴¹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, p. 217-242, 2004.

constitucional pós-positivista, como pretendem os adeptos da chamada teoria do direito neoconstitucional.

De fato, as circunstâncias advindas do pós-guerra, da transformação dos textos constitucionais que passam a incluir como pressuposto democrático um rol de direitos fundamentais, e, principalmente, a transformação de perfil do Estado Contemporâneo de um estado liberal, cujo principal ator era identificado no indivíduo, para um Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*, ou Estado Social), provocam profundos impactos na teoria do direito.

O direito neoconstitucional se apresenta, portanto, como um reflexo de todas essas circunstâncias, atribuindo ao positivismo jurídico a construção de uma teoria do direito acrítica incentivadora de um Poder Judiciário omissivo e inoperante.

Por conta disso é que o neoconstitucionalismo rechaça (ou pretende rechaçar, como abordado no tópico anterior) os pressupostos do positivismo jurídico e atribui exatamente ao Poder Judiciário o papel de mola propulsora para que os “valores constitucionais” sejam preservados e incentivados.

Como se pôde observar, a teoria neoconstitucionalista nasce de circunstâncias muito específicas que resultam na ascensão da atividade jurisdicional como instrumento para assegurar a manutenção do regime democrático em seu sentido material.

No entanto, em parte por uma falta de exatidão terminológica e em parte por uma duvidosa compreensão dos pilares interpretativos do positivismo jurídico, a doutrina jurídica (e especialmente a doutrina jurídica brasileira) reforça um imaginário de que o ativismo judicial é não somente proveitoso como também necessário para que o direito processual atenda aos chamados da Constituição Federal de 1988.

A abordagem dos influxos do neoconstitucionalismo no direito processual (especialmente no tocante ao ativismo judicial e à judicialização da política), partindo de uma distinção entre essas categorias, chega então ao balanço de que a teoria jurídica neoconstitucional, motivada por diversos fatores, acaba por impulsionar um protagonismo e um ativismo do Judiciário, esse último um fenômeno extremamente perigoso aos pressupostos democráticos.

Ao lado jurisprudência dos valores e da ponderação alexyana, o ativismo judicial com inspiração no direito norte-americano é uma das três recepções

teóricas equivocadas que foram realizadas pela doutrina brasileira, identificadas por Lenio Streck²⁴² e caracterizadas por um modo de análise acrítico e eivado de mixagens teóricas.

Mas, afinal, de que forma o ativismo judicial se mostra importante para a discussão da ponderação na doutrina jurídica brasileira? Primeiramente, como dito, por se tratarem de recepções teóricas problemáticas. Em segundo lugar a ponderação torna-se, no direito brasileiro, um método interpretativo que – assim como a utilização acrítica do ativismo judicial de inspiração norte-americana – abre as portas para a arbitrariedade do julgador. Por fim, cabe anotar que tanto a ponderação quanto o ativismo têm como resultado o protagonismo judicial em que o Judiciário assume uma atuação de interferência política e comprometimento da democracia.²⁴³

²⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47.

²⁴³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 114.

4 A CRÍTICA HERMENÊUTICA AO MODELO ALEXYANO DE APLICAÇÃO DO DIREITO

Vistos os pontos principais sobre o contexto de surgimento da ponderação de Robert Alexy e as principais peculiaridades que envolvem a sua recepção pela doutrina brasileira, o objetivo principal do presente tópico é observar os elementos que conduzem à afirmação de que o modelo alexyano de aplicação do direito se mostra incompatível com os pressupostos da hermenêutica para a compreensão do fenômeno jurídico.

Para explicar essa afirmação, optou-se neste trabalho por procurar entender a questão da racionalidade do método de ponderação, passando pelo problema do conceito de princípio e da decisão judicial. Esses três eixos de análise filosófica da ponderação de Robert Alexy contribuem, nesse sentido, para problematizar a racionalidade argumentativa (fundada na ideia de método e de procedimento racional, conforme pôde ser observado no primeiro capítulo) e a sua incompatibilidade com o paradigma hermenêutico.

Outro ponto a ser discutido é a articulação, por parte de Robert Alexy, de um fenômeno jurídico atrelado a um exercício de lógica (incompatível com o *standard* de racionalidade da hermenêutica), problema que afeta também, principalmente pela importância que recebem, a aplicação dos princípios.

Em um último momento, torna-se relevante discutir a questão do exercício democrático da jurisdição, bem como o impacto que a discricionariedade aceita na ponderação de Robert Alexy (conforme trabalhado no tópico 2.2.3) provoca na atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático

de Direito²⁴⁴, especialmente em países de modernidade tardia, como é o caso brasileiro.

Esse contraponto filosófico à obra de Robert Alexy é importante para a discussão dos elementos anteriores ao próprio fenômeno jurídico que determinam a forma como o homem se relaciona em sociedade, bem como a relevância de, em tempos que consagram a interferência cada vez maior do Judiciário, pensar a criação de elementos que contribuam para o controle das decisões judiciais.

Diante do exposto, fica evidente que a abordagem dada neste capítulo tem como referencial teórico a Crítica Hermenêutica do Direito²⁴⁵ cunhada por Lenio Streck, de modo que a estrutura de fundamentação teórica desta parte do trabalho é composta pelo referido autor e também por Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Ronald Dworkin.

²⁴⁴ Por Estado Democrático de Direito se entende, no sentido em que coloca Jose Luis Bolzan, um aprofundamento ou transformação de dois elementos: primeiramente do Estado de Direito e, por outro lado, da concepção de Estado Social. O autor define que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que se tem a permanência da questão social atrelada ao conceito de Estado Social ou Welfare State, há a sua qualificação pelo caráter transformador que agora se incorpora, que consiste no chamado “plus normativo”.

O Estado Democrático de Direito aparece, portanto, como uma sucessão histórica do Estado de Direito, o qual já havia passado por seu nascedouro como Estado Liberal de Direito e, após, como Estado Social de Direito, marcado pelo enfrentamento dos dilemas não resolvidos. Esse qualificativo de Estado tem como marca fundamental a sua finalidade de reestruturação social, o que confere novos contornos à já conhecida questão social. Esse modelo de Estado revela, nesse sentido, a necessidade de garantir a existência democrática das instituições, impedindo a volta dos regimes totalitários, atrelada à democratização das condições sociais, econômicas e culturais. A definição do Estado Democrático de Direito passa, ainda, pela noção de que este tem como objetivo um projeto solidário de bem estar, em que a atuação do Estado é tida com o teor de transformação do *status quo*, como um instrumento mudanças sociais. Seu principal ator são as coletividades difusas, estando o ordenamento jurídico determinado ao desenho de instrumentos de garantia e implementação do futuro. Nesse paradigma, oriundo da síntese entre o Estado de Direito e o Estado Social, em que lhe é agregado um plus normativo, o Poder Judiciário passa a ser o centro pulsante da esfera de tensão entre os demais poderes. O direito passa a ser visto, então, como um agente transformador da realidade social por meio da efetiva tutela dos direitos fundamentais e do princípio democrático. Nessa linha: MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 49-50; Id. **Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 72-75.

²⁴⁵ Entende-se por Crítica Hermenêutica do Direito a proposta de desconstrução do pensamento metafísico presente na dogmática do direito, caracterizado pelo predomínio do método e por uma cultura jurídica standardizada. A Crítica Hermenêutica do Direito, por sua vez, busca uma análise que inclua o exercício da transcendência e a percepção através da tradição e da antecipação de sentido (círculo hermenêutico). Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 273-274.

4.1 Contribuições de Heidegger para a Discussão do Problema do Método

Antes de abordar os conceitos de Heidegger, é importante lembrar que ele não escreveu para o Direito, não havendo uma obra sequer que demonstre aproximações expressas entre a sua filosofia e a ciência jurídica. Por esse motivo, a aproximação entre Heidegger e o Direito deve ser feita com muita cautela, tratando a sua filosofia como fundamento para a compreensão dos fenômenos no mundo e por consequência do fenômeno jurídico, a exemplo do que faz o Prof. Lenio Streck com a Crítica Hermenêutica do Direito.²⁴⁶

Para compreender melhor a questão do método e da aplicação da filosofia no direito, é necessário abordar as relações entre ciência e filosofia e a presença da filosofia no conhecimento científico. Serão utilizadas, para esse objetivo, as contribuições de Ernildo Stein, que aponta que “A ciência busca a solução dos problemas e a Filosofia se ocupa com os problemas da solução”.²⁴⁷

Ernildo Stein indica, portanto, que há três modos pelos quais ocorre a aproximação entre a Filosofia e as demais esferas do saber (como o Direito): filosofia ornamental, de orientação ou como *standard* de racionalidade.²⁴⁸ O modo “ornamental” indica um uso “cosmético” da Filosofia, através de citações de conveniência; a filosofia de orientação aponta para um critério de utilidade, no sentido de busca por uma ética ou filosofia moral; e, por fim, a filosofia *standard*

²⁴⁶ Na obra Verdade e Consenso, Lenio Streck explica a relação da Crítica Hermenêutica do Direito com a filosofia de Heidegger: “Por intermédio da nova crítica do direito (crítica hermenêutica do direito), fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busco, por uma análise fenomenológica, o desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein) e que somos aquilo que nos tornamos pela tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), em que o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme ensina Heidegger, ‘o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado’”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 216-217.

²⁴⁷ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 134.

²⁴⁸ Ernildo Stein conceitua o que entende por *standard* de racionalidade: “Núcleo de determinadas Filosofias. É este núcleo que poderá constituir a estrutura mínima do conhecimento e da experiência. Ou seja, trata-se de um paradigma filosófico que, por seu núcleo/sua base, influencia o modo de conhecer e da experiência”. *Ibid.*, p. 152.

de racionalidade consiste em um projeto filosófico, que constitui um novo paradigma, sendo, portanto, a verdadeira filosofia.²⁴⁹

Nesse sentido, a filosofia introduz uma diferença no campo da argumentação, discutindo a forma de saber que nela se concretiza.²⁵⁰ No caso da ciência jurídica, a aplicação da filosofia no direito deve enfrentar a contribuição dos *standards* de racionalidade filosóficos de forma aprofundada, evitando a transformação da filosofia em uma retórica ornamental.²⁵¹

É na obra de Heidegger que esse standard de racionalidade é sistematicamente desenvolvido, sobretudo em sua obra *Ser e tempo*.²⁵² A obra de Heidegger, ao nos apresentar os modos de ser-no-mundo do *Dasein*, opera com a intenção de revelar, para além do como apofântico, manifestativo, argumentativo e lógico, um como hermenêutico. Mas esse como não é resultado de operações de explicitação lógica ou argumentativa. Esse standard de racionalidade que Heidegger explícita pela fenomenologia hermenêutica põe à vista um modo de ser fundamental do ser humano quando pensa, fala, escreve e assim utiliza os recursos da fundamentação para determinar os limites do discurso humano.

Da obra de Heidegger pode se apreender a distinção o discurso apofântico e o discurso hermenêutico. O primeiro é marcado pelo caráter lógico e explicativo enquanto o segundo é marcado pela dimensão hermenêutica²⁵³ pré-compreensiva. Nessa linha, são relevantes as palavras de Ernildo Stein:

Esse standard de racionalidade da fenomenologia hermenêutica tem como função apresentar-se não simplesmente como um princípio epocal, mas como aquilo que desde sempre era

²⁴⁹ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 134.

²⁵⁰ Ibid., p. 135.

²⁵¹ Ibid., p. 136.

²⁵² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 8. ed. Tradução Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1999.

²⁵³ Segundo Ernildo Stein, o conceito de hermenêutica pode se apresentar em quatro sentidos: "Primeiro, pode designar uma espécie de compreensão ingênua. Em segundo lugar, tem um sentido metodológico aplicado à interpretação nas ciências. Em terceiro, a hermenêutica pode ser apresentada como hermenêutica filosófica, querendo isso dizer que as formações históricas com que ela lida situam seu sentido para além da compreensão positiva de certos campos. Na Arte, na História e na Linguagem se busca uma experiência da verdade que, além dos enunciados verdadeiros e falsos, se dá no contexto de uma historicidade cujo sentido jamais recuperamos inteiramente. E, em quarto lugar, a hermenêutica liga-se ao 'como' hermenêutico que, no fundo, se refere sempre ao modo de ser do próprio ser humano enquanto ser no mundo que já sempre se compreende e explícita em seu modo de ser". STEIN, op. cit., p. 152.

encoberto pelos princípios epocais. É assim que ele não se dissolve numa dimensão lógico- argumentativa, nem numa descrição que identifica o modo de ser das coisas e o modo de ser do ser humano. Disso surgem duas linguagens, a lógico-analítica e a hermenêutica. Não há uma opção de escolha entre eles, pois sempre operamos com as duas, permanecendo, no entanto, o dizer hermenêutico impensado no não- pensado, não dito no que dizemos e não-escrito entre as linhas do que escrevemos. O fato de operarmos com esse modo hermenêutico em qualquer de nossos discursos, todavia, dá-lhes uma dimensão profunda que a fenomenologia hermenêutica se propõe como tarefa desenvolver e levar à manifestação.²⁵⁴

A questão do método, contudo é primordial para a compreensão da mudança de paradigma provocada pela obra Heidegger. A base do “método” heideggeriano²⁵⁵, de acordo com Ernildo Stein, está na rejeição das verdades eternas e das leis naturais, através da superação da metafísica e da relação sujeito-objeto.²⁵⁶ São esses, portanto, os elementos que simbolizam, a proposta de uma nova questão do método na filosofia de Heidegger.

Em Heidegger, a hermenêutica ganha caráter existencial²⁵⁷, de modo que as estruturas da compreensão são históricas e não captáveis por um método. Heidegger, portanto, rompe com a ideia de que é o método que estrutura o pensamento e a compreensão: o método, como aponta Lenio Streck²⁵⁸, sempre chega tarde.

Nas palavras do autor:

Na interpretação, o compreender vem a ser ele mesmo e não outra coisa. A interpretação funda-se existencialmente no compreender e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas.²⁵⁹

²⁵⁴ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 167.

²⁵⁵ A utilização da expressão “método” entre aspas denota um modo de filosofar, posto que a fenomenologia hermenêutica não se mostra compatível com a ideia de método acabado e definitivo.

²⁵⁶ Id. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 32.

²⁵⁷ Essa afirmação pode ser verificada pela seguinte passagem: “[...] o compreender sempre diz respeito a todo o ser-no-mundo. Em todo compreender de mundo, a existência também está compreendida e vice-versa. Toda interpretação ademais, move-se na estrutura prévia já caracterizada. Toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar”. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 8. ed. Tradução Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 213.

²⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 292.

²⁵⁹ HEIDEGGER, op. cit., p. 209.

Ernildo Stein aponta, nesse sentido, que as estruturas lógicas não dão conta de todo o nosso modo de ser e conhecer as coisas e os objetos, sendo fundamental o elemento da interpretação. Sendo a interpretação hermenêutica, os significados são acessados dentro de um mundo histórico e culturalmente determinado e é por conta disso que as estruturas lógicas (como é o caso do procedimento de ponderação) não são capazes de abarcar o conhecimento.²⁶⁰

Diante do exposto, fica claro que, apesar de Heidegger não ter analisado explicitamente os problemas do direito, a filosofia de Heidegger evidencia os pontos problemáticos da ponderação de Robert Alexy, uma vez que a ideia de ponderação implica aprisionar a compreensão do intérprete em um procedimento, ignorando a tradição e a historicidade em que ele está imerso.

4.2 O Problema do Método sob a Perspectiva Gadameriana

Uma vez que toda a teoria de Robert Alexy se estrutura com base na ideia de correção dada por um procedimento argumentativo (que tem na ponderação o seu elemento chave), torna-se fundamental o contraponto desta teoria com a perspectiva gadameriana para que se compreendam os aspectos problemáticos que envolvem a ponderação do ponto de vista da hermenêutica filosófica.

O projeto gadameriano, que se apropria das ideias de Heidegger para se desenvolver, se dá no sentido de explorar o entendimento humano como um fenômeno filosófico, histórico e cultural, apresentando a dimensão hermenêutica de todas as atividades humanas.²⁶¹ De fato, Gadamer desafia a filosofia moderna da era pós-Descartes que tinha no método o caminho para a verdade, munida de

²⁶⁰ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 18.

²⁶¹ LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007. Título original: *Gadamer: a guide for the perplexed*. p. 8.

um procedimento racional que equipara o pensamento humano à ciência natural através de uma verdade objetiva.²⁶²

Gadamer propõe, ainda, uma reavaliação da ideia de tradição, no sentido de que ela não pode ser vista como objeto de um questionamento racional, uma vez que compõe os nossos próprios pontos de referência cultural.²⁶³ Nós estamos irremediavelmente inseridos na linguagem e na cultura, de modo que o alcance da certeza através de um método racional é uma ideia equivocada.²⁶⁴

Exatamente por Gadamer conceber a hermenêutica como um fenômeno filosófico que permeia todas as atividades humanas é que ele rompe com a ideia de método. Isso porque se estamos inevitavelmente inseridos em uma tradição, a interpretação está sempre condicionada pela pré-compreensão²⁶⁵ do intérprete, não existindo um grau zero de sentido onde o intérprete se situaria ao empreender a utilização do método.

Veja-se, por exemplo, o caso da ponderação de direitos fundamentais conforme a elaboração de Robert Alexy. A divisão em etapas, a rigidez do procedimento e o rigor metodológico demonstram a pretensão de Alexy que o método (consubstanciando na teoria alexyana no procedimento de ponderação)

²⁶² LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007. Título original: *Gadamer: a guide for the perplexed*. p. 11. O método cartesiano, criticado por Gadamer, é apresentado em etapas que são explicitadas na seguinte passagem: “O primeiro era de nunca aceitar coisa alguma como verdadeira sem que a conhecesse evidentemente como tal; ou seja, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e não incluir em meus juízos nada além daquilo que se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida. O segundo, dividir cada uma das dificuldades que examinasse em tantas parcelas quantas fosse possível e necessário para melhor resolvê-las. O terceiro, conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos; e supondo certa ordem mesmo entre aqueles que não se precedem naturalmente uns aos outros. E, o último, fazer em tudo enumerações tão completas, e revisões tão gerais, que eu tivesse certeza de nada omitir”. DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Maria Hermantina Galvão. São Paulo: Martins Fonte, 1996. p. 23.

²⁶³ LAWN, op. cit., p. 11.

²⁶⁴ Ibid., p. 12.

²⁶⁵ A respeito da noção de pré-compreensão, são esclarecedoras as afirmações de Lenio Streck, na obra *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*: “Note-se: não é nas palavras que devemos buscar os significados do mundo (ou do direito, para ser mais específico), mas é para significar (o direito) que necessitamos de palavras. É para isso que a palavras servem: para dar significado às coisas. Para haver compreensão, basta que a articulação do significado dado às coisas (ou ao direito) esteja provida de sentido. Dito de outro modo: articulamos as palavras que temos disponíveis projetando sentidos a partir deste todo de significados. Ou seja, o discurso – que é o modo de manifestação da linguagem – é articulado sempre imerso nesta dimensão de (pré)compreensibilidade da significância. Em síntese: esse é o significado da pré-compreensão”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 235.

aprisione a compreensão do intérprete. O método seria um elemento de correção, de modo que, uma vez seguido com exatidão, se chegaria a uma resposta adequada em termos de direitos fundamentais. Isso demonstra como Alexy e Gadamer se situam em níveis diferentes de compreensão: em Gadamer, o entendimento é existencial, e por isso não pode ser aprisionado num método. Em Gadamer, o que estão presentes são projetos de sentido que se confrontam com a pré-compreensão do intérprete, tendo esta atividade um caráter nitidamente criativo: não existe grau zero de sentido, pois a interpretação está atrelada à existência humana inserida numa tradição.

Como adverte Rafael Tomaz de Oliveira, em Gadamer não há uma estrutura rígida prescritiva da interpretação: esta é condicionada pela pré-compreensão do intérprete que é legada pela tradição que ele está linguisticamente mergulhado. Não é o método que guia o intérprete na sua atividade hermenêutica, e sim os seus projetos de sentido que surgem do confronto do texto com a sua pré-compreensão. A validade do sentido dado, dessa forma, advém da sua compatibilidade com o texto em si, e não por um método/procedimento utilizado na interpretação.²⁶⁶

Na obra “Verdade e Método”, o próprio Gadamer adverte que a compreensão de um texto envolve sempre uma projeção de sentido do seu todo, ou seja, uma antecipação de sentido através da sua pré-compreensão. É por conta disso que o intérprete deve estar disposto a escutar o texto, deixando que lhe diga algo. Em suas palavras:

Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.²⁶⁷

Essas afirmações podem ser confundidas com a defesa, por parte de Gadamer, de uma tentativa de neutralidade através do esquecimento das

²⁶⁶ ABOUD, Georges; CARNIO; Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 381.

²⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio de Paulo Merer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 402.

opiniões prévias do intérprete. Não se trata disso: o que pede Gadamer é um exercício de alteridade, no sentido de se abrir à opinião do outro, ao que o próprio texto tem a dizer.²⁶⁸ Para ele, o importante é que o intérprete se dê conta das próprias antecipações, para que seja possível o confronto entre o texto e as suas opiniões prévias.²⁶⁹ Nesse sentido, o autor afirma que a “tarefa hermenêutica” deve se pautar na coisa e ser determinada por esta, ganhando “um solo firme sob seus pés”.²⁷⁰

Diante das afirmações anteriores, pode se perceber que com Gadamer (e também com Heidegger) a hermenêutica perde o caráter metodológico construído a partir de esquemas dedutivos e subsuntivos e passa a ser filosófica, no sentido de se estruturar com base na antecipação de sentido e no círculo hermenêutico, tendo sempre um caráter criativo/produtivo. Nessa linha são as afirmações de Rafael Tomaz de Oliveira:

Com Heidegger e Gadamer, então, a hermenêutica deixa de ser normativa/metodológica, constituída a partir de metafísicos esquemas dedutivos-subsuntivos em que o objeto é construído pelo *cogito* ou refletido na consciência; e passa a ser filosófica, na medida em que está estruturada na antecipação de sentido presente na base do círculo hermenêutico acima descrito. Desta forma, o caráter da interpretação será sempre produtivo. É impossível reproduzir um sentido. A atividade criativa/produtiva do intérprete no trabalho hermenêutico é parte inexorável do sentido da compreensão e de sua estrutura prévia. Por isso a hermenêutica não é (e não pode ser) método(logia). É, sim, filosofia, o seu problema central reside na pré-compreensão, ou na antecipação de sentido própria do círculo hermenêutico.²⁷¹

Não obstante Gadamer romper com o mito da objetividade na interpretação (uma vez que o intérprete carrega pré-juízos e sua carga histórica), sua teoria não dá margem a uma atribuição de sentido como ato pleno da vontade do intérprete.²⁷² A compreensão do texto dependerá, portanto, da elaboração de um projeto prévio, permeado pela pré-compreensão do intérprete, que sofre uma constante revisão, na medida em que amplia e aprofunda o

²⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio de Paulo Merer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 404.

²⁶⁹ Ibid., p. 405.

²⁷⁰ Ibid., p. 405.

²⁷¹ ABOUD, Georges; CARNIO; Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 381-382.

²⁷² Ibid., p. 384.

sentido do texto, não devendo, entretanto, ser sacrificada pela arbitrariedade do intérprete.²⁷³

Em Gadamer, o entendimento é irremediavelmente hermenêutico de forma que ocorre uma mudança na extensão do papel da hermenêutica, que se torna uma característica essencial ao entendimento do mundo. Sendo assim, a hermenêutica está envolvida em todos os atos de entendimento e vai além da interpretação textual. A hermenêutica filosófica é, portanto, universal, no sentido de que a interpretação não é uma atividade especial restrita à elucidação de textos difíceis, ela é um aspecto de todas as formas do entendimento humano.²⁷⁴

Esse entendimento se dá, nesse sentido, de forma dialógica através de um entrelaçamento entre o passado e o futuro, que não se consubstancia puramente num método, mas no próprio diálogo. Os atos de interpretação são, dessa forma, dialógicos, mesmo que inseridos na tradição.²⁷⁵ Isso porque inexistente, na hermenêutica gadameriana, um ponto que seja imune à influência da tradição e é por isso que a ideia de se afastar da tradição para encontrar a verdade na racionalidade científica (presente em Descartes) é rejeitada por Gadamer: não é possível escapar à tradição pois estamos sempre inseridos nela.²⁷⁶

Sob a perspectiva da hermenêutica filosófica, sujeitos e objetos são indivisíveis, o que está diretamente relacionado com a morte do método. Gadamer questiona os pressupostos do racionalismo científico, considerando a linguagem como uma forma de expressão da vida humana, e não como um terceiro elemento entre o sujeito e o objeto.

A crença no método e no mito do dado sugere que a utilização do método correto revela a verdade, o que ignora as verdades da experiência contidas dentro de uma tradição cultural comum.²⁷⁷ Gadamer, por sua vez, rejeita a dependência da concepção de método para apostar na ideia de tradição.

²⁷³ ABOUD, Georges; CARNIO; Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 380.

²⁷⁴ LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007. Título original: Gadamer: a guide for the perplexed. p. 21-22.

²⁷⁵ Ibid., p. 13.

²⁷⁶ Ibid., p. 55.

²⁷⁷ Ibid., p. 61.

Importante ressaltar que a tradição não é, para ele, um obstáculo à razão, e sim o seu veículo.²⁷⁸

Lenio Streck²⁷⁹ faz a importante relação entre a hermenêutica filosófica e a teoria do direito, advertindo que esta continua em grande parte refém da dualidade entre objetivismo e subjetivismo, uma vez que o giro ontológico-linguístico não foi devidamente recepcionado no campo da teoria do direito, permanecendo as concepções que apostam ora na objetividade textual, ora no protagonismo do sujeito-intérprete.²⁸⁰

O autor lembra que a interpretação por partes ou por etapas (presente nas teorias discursivas ou procedimentais) não se coaduna com a hermenêutica filosófica, mesmo que sejam recorrentes as referências a termos como “pré-compreensão”.²⁸¹ O que proporciona na hermenêutica filosófica a ruptura com o dualismo entre palavra e coisa e fato e direito é, exatamente, a noção de círculo hermenêutico, responsável também pelo abandono das ideias de subsunção ou dedução.²⁸²

Outro ponto importante e que é ratificado por Lenio Streck é o caráter da hermenêutica de ser antirrelativista. A aposta na hermenêutica filosófica (e, portanto, na noção de pré-compreensão) é condição de possibilidade para a interdição da discricionariedade e do decisionismo.²⁸³

Diante das afirmações expostas nesse tópico a respeito da hermenêutica filosófica gadameriana, é possível aferir que a refutação do método demanda maior cuidado e controle na interpretação, exercido através da não cisão entre interpretação e aplicação e da autoridade da tradição.²⁸⁴

Outro ponto importante a ser destacado é que a hermenêutica e as teorias da argumentação se encontram em diferentes níveis de racionalidade, uma vez que a hermenêutica filosófica apresenta uma racionalidade estruturante enquanto as teorias argumentativas (como é o caso da teoria de Robert Alexy)

²⁷⁸ LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007. Título original: Gadamer: a guide for the perplexed. p. 62.

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 153-172.

²⁸⁰ Ibid., p. 159.

²⁸¹ Ibid., p. 163.

²⁸² Ibid., p. 167.

²⁸³ Id. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 231.

²⁸⁴ Ibid., p. 232-233.

trabalham no plano lógico-apofântico.²⁸⁵ Conforme exposto no decorrer deste trabalho, a teoria dos direitos fundamentais (que tem como elemento chave a ponderação de princípios) não consegue fugir dos problemas do subjetivismo e da discricionariedade, admitida pelo próprio Alexy (ver tópico 2.2.3).

A teoria de Robert Alexy se distancia da hermenêutica ainda num ponto fundamental, que é o fato de que a teoria da argumentação jurídica trabalha com o esquema sujeito-objeto, enquanto a hermenêutica trabalha no âmbito da intersubjetividade.²⁸⁶ É por esse motivo que Alexy aposta na metodologia consubstanciada num rigoroso procedimento de ponderação, que acaba ripristinando a discricionariedade positivista (ver tópico 3.1.2).

4.3 O Problema Conceitual que Recai sobre o Direito e os Princípios: Uma Abordagem sob os Aportes da Teoria do Direito de Ronald Dworkin

O debate entre as teorias de Alexy e Dworkin dá margem a uma série de abordagens. No tocante ao presente trabalho, são fundamentais para que se estabeleça o contraponto entre esses dois autores a abordagem relativa ao conceito interpretativo de direito como integridade e também do conceito de princípio de Ronald Dworkin, aspectos essenciais à discussão que tem por objetivo demonstrar que Alexy e Dworkin são autores com algumas preocupações semelhantes, mas que se estruturam por paradigmas filosóficos distintos.

Em relação ao conceito de direito, em Dworkin, o direito é uma prática social de característica argumentativa²⁸⁷, não podendo ser identificado com um

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 232.

²⁸⁶ Ibid., p. 232.

²⁸⁷ SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 173. A respeito do que se entende por prática argumentativa, Ronaldo Porto Macedo Junior explica que: “[...] para Dworkin, uma teoria filosófica de uma prática argumentativa compartilhará muitos aspectos centrais de uma prática concreta. Contudo, ela será mais abstrata, visto nela estar incluída uma atividade de interpretação e teorização dessa mesma prática. Vale notar que tanto a prática será normativa, porquanto regulada por regras, como também o será a própria atividade teórica. Isso porque, por um lado, as construções do melhor argumento, da melhor justificação e da melhor concepção também são reguladas por regras (acerca do que constitui um melhor argumento). Por outro lado, ela também é normativa porque atua obre os próprios critérios normativos das práticas e, assim, em certa medida regula-os também. Ela envolve, nessa medida, uma autorreferencialidade ou circularidade. Contudo, essa circularidade não é tautológica, mas interpretativa”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 209.

modelo de regras e prescrições de conduta. Isso quer dizer que o direito envolve todos os participantes da atividade jurídica e que compreendê-lo como um conceito interpretativo inclui o sentido que os agentes empregam aos argumentos enquanto prática social (interpretação interna ou interior a essa prática).²⁸⁸

De acordo com a teoria de Dworkin, portanto, o direito não se resume a um sistema de regras (isso fica ainda mais evidente quando o autor trata do conceito de princípios, que será discutido mais adiante). Por ora, é importante destacar que, para Dworkin, o direito – como um conceito interpretativo e controverso – envolve uma teia complexa de articulações e práticas de autoridade e argumentação. Nessa linha, é possível afirmar que o significado do direito depende das práticas argumentativas que o constituem e que estão presentes no dia a dia dos juristas.²⁸⁹

O teórico do direito seria responsável, então, por interpretar (como um corpo integrado e coerente) essa prática social. Dworkin trabalha o direito, portanto, como um conceito interpretativo a partir de uma perspectiva do caso concreto, deixando de adotar o estudo do direito como um conjunto de regras para assumir uma postura argumentativa.²⁹⁰ Na teoria de Dworkin, portanto, o direito é uma entidade viva pertinente à justificação moral da coerção do Estado.

É importante observar, contudo, que essa presença da moral na teoria de Dworkin não se confunde com o fato de ser esta uma teoria subjetivista, isso porque esta moral está vinculada às ideias de integridade e coerência. O ideal de integridade surge da necessidade de equacionar a força moral das exigências jurídicas com as convicções pessoais do juiz. Esse ideal exige consistência na tomada de decisões, e deixa de ser atingido quando houver um argumento que não extraia o melhor sentido das circunstâncias específicas.²⁹¹

Nas palavras de Dworkin:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a

²⁸⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 208.

²⁸⁹ Ibid., p. 210.

²⁹⁰ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 1.

²⁹¹ Ibid., p. 5-6.

melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos.²⁹²

Para desenvolver a noção de integridade, Dworkin em *O Império do Direito*²⁹³ recomenda que os juízes identifiquem os direitos e os deveres legais até onde for possível, sempre partindo da pressuposição de que eles expressam uma concepção coerente de justiça e equidade e que foram criados por um único autor. O direito como integridade, nesse sentido, é ao mesmo tempo o produto e a fonte de inspiração da prática jurídica, que deriva dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal.²⁹⁴

Sendo assim, o direito como integridade demanda ao juiz que submeta a sua interpretação a uma teoria coerente que justifique uma rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade²⁹⁵. A partir dessa afirmação pode se perceber que os conceitos trabalhados (tais como integridade, coerência, romance em cadeia, resposta correta) por Dworkin estão intrinsecamente interligados e compõem o seu conceito interpretativo de direito. Nessa passagem, Dworkin demonstra como o ideal de integridade está diretamente relacionado com dois outros conceitos como o de coerência e o de romance em cadeia.

Sobre o conceito de romance em cadeia, Dworkin afirma que cada romancista (ou intérprete):

Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não [...] como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve ou reescreve.²⁹⁶

Esse ato de interpretação, por sua vez, está submetido a duas dimensões: adequação e ajuste. Pela dimensão de adequação, o intérprete não pode adotar nenhuma interpretação:

²⁹² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 305.

²⁹³ Ibid., p. 271-272.

²⁹⁴ Ibid., p. 272-273.

²⁹⁵ Ibid., p. 294.

²⁹⁶ Ibid., p. 276.

Se acredita que nenhum autor que se põe a escrever um romance com as diferentes leituras de personagem, trama, tema e objetivo que essa interpretação descreve, poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue.²⁹⁷

A outra dimensão a que a interpretação deve pertencer (num contexto de romance em cadeia) se refere ao melhor ajuste à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão.²⁹⁸ A interpretação, nesse sentido, deve fluir ao longo do texto e possuir um poder explicativo geral.²⁹⁹

No que se refere ao campo jurídico, Dworkin faz aproximações apontando as semelhanças existentes entre o papel do juiz na resolução dos casos difíceis³⁰⁰ e a tarefa do romancista ao dar continuidade a uma obra que já teve início. Diante do exposto, é possível inferir que a conceito de romance em cadeia é utilizado por Dworkin para de referir à situação do intérprete ao aplicar a norma cuja autoria não é sua, ainda mais nos casos em que surjam problemas e dúvida a respeito da aplicação do direito ao caso concreto.³⁰¹

O conceito de romance em cadeia, portanto, estabelece um critério de coerência narrativa, que deve se fazer presente na interpretação jurídica, vinculado à prática revelada pela história e também à sua projeção para os casos futuros, tendo em vista uma tarefa de unidade e dando preferência à leitura que melhor represente a continuidade da cadeia de precedentes.³⁰²

²⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 277.

²⁹⁸ Ibid., p. 278.

²⁹⁹ Ibid., p. 277.

³⁰⁰ Dworkin define os casos difíceis como aqueles casos que ocorrem “quando não existem decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas que exijam uma decisão em favor de uma ou outra parte”. Seriam, portanto, casos controversos. Id. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. XVI. É importante ressaltar, contudo, que essa definição dos casos difíceis, na teoria de Dworkin (ao contrário do que ocorre na teoria de Alexy), não se faz *a priori*, ou seja, não é fruto de uma cisão metafísica, uma vez que para Dworkin a interpretação e a aplicação do direito são processos indivisíveis e simultâneos. Nessa linha, Lenio Streck aduz que: Parece claro que Dworkin faz a distinção (entre *easy* e *hard cases*). Como já referi, é evidente que a distinção dworkiniana não possui a mesma base daquela feita por outros autores, especialmente os adeptos da teoria da argumentação. A distinção feita por Dworkin é fundamental para desenvolver a sua tese, porém, isso não significa uma cisão metafísica entre casos simples e casos difíceis, pela simples razão de que, para Dworkin, a subsunção está descartada e interpretação e aplicação ocorrem em um só momento. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 125, nota de rodapé n. 23.

³⁰¹ SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 182.

³⁰² Ibid., p. 183.

Outro aspecto fundamental para o contraponto entre os trabalhos de Dworkin e Alexy diz respeito ao conceito de princípio e a distinção entre princípios e regras, tema discutido por Dworkin na obra *Levando os Direitos a Sério*.³⁰³ Para discutir esse tema, Dworkin utiliza a estratégia de afirmar o positivismo como um modelo de regras para um sistema de regras, não obstante os juristas, especialmente nos casos difíceis, recorrerem a princípios, políticas e outros padrões.³⁰⁴

Nesse passo, Dworkin elabora uma distinção entre princípios e regras de natureza lógica tendo como critério a natureza da orientação que oferecem: enquanto as regras são aplicáveis tudo-ou-nada³⁰⁵, os princípios possuem dimensão de peso ou importância, o que significa que os princípios são razões que inclinam o argumento a um determinado sentido, mas que não apresentam consequências jurídicas automáticas em dadas condições.³⁰⁶

Sendo aplicáveis tudo-ou-nada, o autor ressalta que a regra pode conter exceções e nesse caso a precisão e completude da regra dependem da enumeração dessas exceções: quanto mais exceções forem arroladas, mais completo será o enunciado da regra.³⁰⁷ Por outro lado, em se tratando de princípios, os exemplos em que um princípio deixa de ser aplicado não funcionam como exceção, uma vez que um enunciado mais extenso não contribuiria para a exatidão e completude do princípio, pois jamais seria capaz de abarcar os inumeráveis casos em que um princípio não se aplica.³⁰⁸

Para Dworkin um princípio “Enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas (ainda assim) necessita uma decisão particular”.³⁰⁹ É possível que determinado princípio não chegue a prevalecer diante da ocorrência de outros princípios que conduzam a argumentação em outra direção, mas isso

³⁰³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 35-36.

³⁰⁵ A afirmação de que as regras são aplicáveis tudo-ou-nada está expressa no seguinte trecho: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. *Ibid.*, p. 39.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 40.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 40.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 41.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 41.

não afeta a sua existência. O que Dworkin faz questão de anotar é que, sendo relevante diante das circunstâncias, um princípio deve ser sempre levado em conta como uma razão que inclina a uma direção.³¹⁰

Por possuir dimensão de peso ou importância, os princípios, ao se entrarem em conflito, assumem força relativa, não sendo possível uma mensuração exata e imune a controvérsias.³¹¹ É relevante discutir, contudo, que a teoria de Dworkin trata esse conflito entre princípios a partir de uma perspectiva absolutamente distinta da de Robert Alexy (que propõe uma distinção estrutural entre regras e princípios, trabalhada no tópico 2.2.2). Veja-se a afirmação de Ronald Dworkin: “A forma de um padrão nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio”.³¹²

A passagem acima demonstra como, para Dworkin, os princípios e as regras não possuem uma distinção estrutural como para Alexy. Isso porque Alexy estabelece uma distinção *a priori*, em consonância com o seu conceito semântico de norma. Dworkin, por sua vez, diferencia as regras e os princípios no âmbito da interpretação/aplicação do direito. É por conta disso que Dworkin indica que a estrutura semântica da norma não é um critério válido para a sua definição como regra ou como princípio, uma vez que essa distinção aparece para o autor apenas no âmbito interpretativo.

Nesse sentido, fica claro como a abordagem conjunta das teorias de Dworkin e de Alexy, carente da devida problematização e sem as ressalvas pertinentes aos diferentes paradigmas filosóficos com os quais trabalham esses autores, pode acarretar graves problemas.³¹³ De fato, apesar de afirmar que os princípios possuem uma dimensão de peso e importância, Dworkin em nenhum

³¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 41-42.

³¹¹ Ibid., p. 42.

³¹² Ibid., p. 43.

³¹³ Veja-se, a título de exemplo, o caso de Virgílio Afonso da Silva, que ao abordar a questão da distinção entre princípios e regras, afirma que: “Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade. Essa é a tese mais difundida no Brasil”. De fato, uma leitura inadvertida dessas afirmações pode dar a entender que exista compatibilidade entre as teses de Dworkin e de Alexy, incompatibilidade essa inexistente tendo em vista os dois autores se encontrarem em níveis de racionalidade distintos. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1 p. 607-630, 2003.

momento chega a estabelecer uma estrutura procedimental que busque solucionar os casos que envolvam princípios em conflito.

Para Dworkin, essa solução não se dá num nível lógico-argumentativo e sim no nível interpretativo/aplicativo. Fica muito claro, ao se fazer uma abordagem global da teoria de Dworkin, que o seu objetivo não é reduzir a compreensão do fenômeno jurídico a uma cadeia procedimental (aspecto presente na teoria de Alexy). O mérito da teoria de Dworkin está exatamente na problematização que este autor faz do fenômeno jurídico em toda a sua complexidade, evidenciando que o paradigma filosófico (ou *standard* de racionalidade) que norteia a compreensão do direito é sim um fator determinante no que diz respeito à correção dos resultados da interpretação.

Essa correção, em Dworkin, não está aprisionada na forma de um procedimento: o autor traz à sua teoria a discussão de conceitos cuja compreensão é fundamental para a interpretação jurídica, tais como princípio, regra e política. A compreensão destas distinções, não de forma simplificadora, mas de forma a respeitar a sua complexidade, e mais, a trabalhar com essa complexidade, é que compõe o traço fundamental da teoria de Dworkin.

Outro aspecto da teoria de Dworkin que guarda pertinência com o presente trabalho diz respeito à forma como o autor trata a discricionariedade, conceito que, como alerta o autor, infiltrou-se na comunidade jurídica e acabou sendo naturalizado pelo positivismo jurídico.³¹⁴ Para o autor, esse conceito se faz presente quando alguém é encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma autoridade.³¹⁵

Dworkin emprega o conceito de discricionariedade em dois sentidos: sentido fraco e sentido forte. O poder discricionário em sentido fraco está presente quando os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar ou diante de uma decisão que não pode ser revista ou cancelada por motivo de autoridade.³¹⁶

A discricionariedade em sentido forte quer dizer que, em certos assuntos, o intérprete/aplicador não está limitado pelos padrões da autoridade em

³¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 49.

³¹⁵ Ibid., p. 50.

³¹⁶ Ibid., p. 51.

questão³¹⁷, conceito que é utilizado pela doutrina positivista quando o caso não for regido por uma regra estabelecida.³¹⁸ Dessa utilização do conceito de discricionariedade em sentido forte presente na doutrina positivista Dworkin infere que, para o positivismo, “Os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes”.³¹⁹

O que é mais importante deixar claro é que Dworkin é um autor avesso a relativismos interpretativo e à discricionariedade em sentido forte: isso se confirma pelo ideal de direito como integridade, exposto no início desse tópico. Ademais, para o autor, o direito não pode estar submetido às preferências pessoais do juiz³²⁰, pelo contrário: o juiz possui o dever de avaliar os pesos relativos dos vários fatores pertinentes ao caso e, sendo assim, é ausente o seu poder discricionário.³²¹

A questão relativa à discricionariedade é novamente um elemento que afasta e torna incompatíveis as propostas de Robert Alexy e Ronald Dworkin. Isso porque, na medida em que Dworkin rechaça a suposta presença de uma discricionariedade (em sentido forte) inerente ao órgão judicante, Alexy não só ignora os problemas advindos dessa discricionariedade como a expressamente aceita (conforme ficou explicitado no tópico 2.2.3).

Mesmo que não houvesse essa admissão da presença da discricionariedade em sua teoria, Alexy não conseguiria evitar a presença desse elemento que é inerente ao seu racionalismo discursivo, que aposta em um procedimento estruturante da compreensão do intérprete. Como visto com Heidegger e também com Gadamer, não há como delimitar essa compreensão

³¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 52.

³¹⁸ Ibid., p. 55.

³¹⁹ Ibid., p. 55.

³²⁰ Essa característica da teoria de Dworkin de apostar na interdição do subjetivismo por parte da figura do juiz está presente também na seguinte afirmação: “Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. [...] Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada”. Ibid., p. 60.

³²¹ Ibid., p. 57. Esse dever judicial de verificar o direito das partes também está presente no seguinte trecho: “Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”. Ibid., p. 127.

em um rigor procedimental, mesmo que esse rigor diga respeito à argumentação jurídica.

Dworkin, ao contrário de Alexy, é um autor que abriga os posicionamentos da hermenêutica filosófica, situando o direito no plano interpretativo, e não no plano lógico/semântico. É por conta disso que, ao contrário de Alexy, Dworkin consegue alcançar o seu intuito de fazer uma crítica contundente do positivismo jurídico. Dworkin e Alexy, nesse sentido, apesar de serem autores com algumas preocupações em comum, são incompatíveis por operarem em níveis de racionalidade distintos.³²² A utilização conjunta desses dois autores, portanto, precisa ser acompanhada das devidas ressalvas e problematizações.

4.4 Teoria da Decisão de Lenio Streck: o Direito a uma Resposta Constitucionalmente Adequada e a Análise Crítica do Problema da Discricionariedade

Este tópico visa discutir a teoria de Robert Alexy tendo como referência os principais pontos problematizados pela teoria da decisão de Lenio Streck, preocupada com os problemas de legitimidade democrática no que tange ao sujeito solipsista da modernidade e ao problema do controle de sentido na interpretação jurídica, tendo em vista o crescente protagonismo dos juízes e tribunais.³²³

Esta teoria da decisão pode ser compreendida como uma proposta hermenêutica forjada no interior de duas rupturas paradigmáticas: a revolução do constitucionalismo e o giro-linguístico-ontológico. Nesse sentido, são rejeitados os conceitos que pretendem reduzir a interpretação a um processo analítico,

³²² A constatação dessa incompatibilidade entre os dois autores também foi percebida pelos seguintes autores, cujos apontamentos inspiraram a elaboração do presente trabalho: MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro**, Brasil. 2009. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2009. p. 126-144; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica**, Brasil. 2007. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007. p. 146-183.

³²³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 548.

apostando na hermenêutica filosófica com aportes da teoria do direito como integridade de Dworkin.³²⁴

Adotando a hermenêutica filosófica gadameriana (abordada no tópico 4.2), a teoria da decisão de Lenio Streck percebe a compreensão como a elaboração de projetos corretos e adequados às coisas, a partir de Gadamer, estando superada a cisão entre interpretação e aplicação.³²⁵ Adaptando essa perspectiva à Constituição, está só acontece enquanto concretização, de modo que a doutrina e a academia jurídica têm papel fundamental na realização de um controle epistemológico que respeite os limites de sentido do texto constitucional³²⁶ e também no sentido de evitar posturas que estimulem a qualquer custo o ativismo judicial (trabalhado no tópico 3.1.3) e as práticas discricionárias.

De fato, a partir de Heidegger e Gadamer (trabalhados, respectivamente, nos tópicos 4.1 e 4.2), a problema do sentido – e conseqüentemente do sentido do direito – passa a ser anterior ao problema do conhecimento. Explica-se: se para esses dois filósofos a compreensão é algo que não dominamos, passam a ser questionados os modos procedimentais de edificação dessa compreensão (que após o giro-linguístico-ontológico é existencial). É nesse contexto que Lenio Streck afirma que não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar, pois a interpretação é a explicitação do compreendido.³²⁷

Lenio Streck elenca, então, alguns objetivos que estão diretamente relacionados com uma teoria do direito preocupada com a democracia e com a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição, e também com padrões hermenêuticos questionadores dos pressupostos do positivismo, são eles:

³²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 588. Nessa mesma linha, Streck afirma: “[...] como tenho deixado claro em outros textos [...], a Nova Crítica do Direito ou a Crítica Hermenêutica do Direito é uma nova teoria que exsurge da fusão dos horizontes da filosofia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa dworkiniana. Dela exsurge a tese de que há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como ‘adequada à Constituição’”. Id. **O que é isto**: decido conforme minha consciência?. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 90.

³²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, op. cit., p. 591.

³²⁶ Ibid., p. 590.

³²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**, op. cit., p. 89.

- a) preservar a autonomia do direito;
- b) estabelecer as condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional [...];
- c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito;
- d) estabelecer que a fundamentação das decisões seja um dever fundamental dos juízes e tribunais;
- e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.³²⁸

Tendo em vista a complexidade da teoria da decisão de Streck, optou-se neste trabalho por um contraponto entre a sua proposta e a teoria da argumentação de Robert Alexy a partir de dois pontos principais: o primeiro deles diz respeito ao direito fundamental à obtenção de respostas corretas (adequadas à Constituição) e o segundo diz respeito à análise crítica da questão da discricionariedade (no sentido de garantir o respeito à integridade e coerência do direito).³²⁹

Para Streck, uma decisão ou resposta estará adequada à Constituição na medida em que respeitar a autonomia do direito produzido democraticamente, evite a discricionariedade e, por meio de uma detalhada fundamentação, respeite a coerência e integridade do direito³³⁰ (numa referência a Dworkin, objeto do tópico anterior).

Essa ideia de direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição nasce, portanto, num contexto de crítica aos pressupostos do positivismo jurídico, em que, nos chamados casos difíceis, restava ao intérprete decidir como um ato de vontade, ou seja, para o positivismo jurídico a decisão judicial nos casos difíceis era “solucionada” pela discricionariedade do intérprete. Nesse contexto, uma teoria que se proponha a questionar o paradigma positivista deve, necessariamente, enfrentar a questão interpretativa (e também o problema da discricionariedade, a ser discutido mais adiante).³³¹

³²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 105.

³²⁹ Esses aspectos selecionados estão presentes tanto no posfácio da obra “Verdade e Consenso”, em que Lenio Streck explica a sua teoria da decisão, bem como na obra “O que é isto – decido conforme a minha consciência?” que analisa com afinco o problema da discricionariedade. Nesse sentido, ver: *Ibid.*, p. 88-118; *Id.* **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 454-622.

³³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, *op. cit.*, p. 591.

³³¹ *Ibid.*, p. 101.

É importante ressaltar, por ora, que para Lenio Streck uma resposta constitucionalmente adequada e hermeneuticamente correta em relação à Constituição vai além do raciocínio causal-explicativo (o que não ocorre, por exemplo, em Alexy). Superada a cisão do ato interpretativo (em conhecimento, interpretação e aplicação), a Constituição assume uma dimensão de concretização com base no círculo hermenêutico, de modo que “O todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo”.³³²

Uma decisão com sentido hermeneuticamente adequado à Constituição, nesse passo, é tomada a partir de uma perspectiva de integridade, que reconheça a importância da coerência e da autoridade da tradição.³³³ Isso, contudo, não quer dizer que o reconhecimento de um direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada signifique a crença em respostas definitivas ou “congelamento de sentidos”, uma vez que a temporalidade é característica do paradigma hermenêutico.³³⁴

A partir do reconhecimento do direito fundamental a uma resposta correta (constitucionalmente adequada), a teoria da decisão de Lenio Streck pretende, portanto, avançar no sentido do respeito à coerência e à integridade do direito (tratadas no tópico anterior), mas também na interdição de decisões judiciais *ad hoc* através de uma “fundamentação da fundamentação”, traduzida pela aplicação rigorosa do art. 93, IX da Constituição de 1988.³³⁵

Tomando como base esses pressupostos é que Streck afirma o caráter duplo do art. 93, IX da Constituição de 1988³³⁶ (que determina a fundamentação de todas as decisões emanadas pelos órgãos do Poder Judiciário), na forma de

³³² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 619.

³³³ *Ibid.*, p. 619.

³³⁴ É importante ressaltar que essa temporalidade, a partir de Heidegger, está conectada com a necessidade pensar historicamente, uma vez que a faticidade está relacionada com o caráter histórico presente em nosso ser. Quando se diz que a temporalidade inserida no paradigma hermenêutico impede o congelamento de sentidos em respostas definitivas, isso se afirma tendo em vista a sua inserção nos conceitos de pré-compreensão, tradição e círculo hermenêutico, eminentemente atrelados à existência do homem como um ser questionador. Nesse sentido: ABOUD, Georges; CARNIO; Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 372; STRECK, op. cit., p. 620.

³³⁵ STRECK, op. cit., p. 618-619.

³³⁶ Determina o texto constitucional: “IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 jul. 2014.

um dever fundamental de fundamentação das decisões judiciais e também de um direito fundamental à obtenção de respostas adequadas à Constituição (hermeneuticamente fundamentadas). Segundo o autor:

A partir do exposto, entendo que é possível afirmar que, do mesmo modo que há o dever fundamental de justificar/motivar as decisões, existe também o direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas à Constituição. Há uma ligação umbilical entre esse dever fundamental e esse direito fundamental. A complementaridade entre ambos representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica.³³⁷

Em síntese, haverá adequação constitucional na decisão judicial na medida em que for evitada a discricionariedade através do respeito à autonomia do direito, à coerência e à integridade, por meio de uma fundamentação detalhada. Nesse contexto é que a teoria da decisão de Streck adota uma perspectiva democrática de respeito ao contraditório e à legitimidade da produção legislativa, com os aportes teóricos de Gadamer (tópico 4.2) e Dworkin (tópico 4.3).³³⁸

Tendo em vista que a adequação constitucional da decisão jurídica ocorre pela interdição da discricionariedade, passa-se à discussão da questão discricionariedade para, por fim, estabelecer alguns contrapontos entre a teoria da decisão de Lenio Streck e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

Pela teoria da decisão de Lenio Streck a hermenêutica possui um caráter antirrelativista³³⁹ e esse caráter se confirma também em seus principais aportes teóricos (Gadamer e Dworkin) que, cada um à sua maneira, tem o objetivo controlar o subjetivismo através do círculo hermenêutico, da incindibilidade entre interpretação e aplicação e também do ideal de direito como integridade.³⁴⁰

³³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 619.

³³⁸ Ibid., p. 620.

³³⁹ Ibid., p. 590.

³⁴⁰ Ibid., p. 621.

Nesse sentido, Streck propõe uma diferenciação entre decisão e escolha³⁴¹, concluindo que a escolha é um ato parcial em que o sujeito, diante de várias possibilidades, escolhe uma solução que lhe parece mais adequada enquanto a decisão envolve um comprometimento com algo que se antecipa.³⁴² A escolha, portanto, é um ato de opção que é sempre parcial, de forma que decidir não é sinônimo de escolher. A respeito desse tema, são esclarecedoras as afirmações do autor:

Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, 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 (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito).³⁴³

Essa discussão permeia inclusive a atuação dos tribunais, afirmando o autor que nem mesmo o Tribunal Supremo de um país possui discricionariedade para dizer o direito, sob pena de comprometimento da legitimidade das decisões judiciais.³⁴⁴ Essa afirmação decorre da premissa de que o problema da discricionariedade reside no fato de que ela transforma os juízes em legisladores, uma vez que permite que o intérprete crie o seu próprio objeto de conhecimento, tal como ocorre no positivismo jurídico.³⁴⁵

Tendo como base os pontos expostos, é possível observar que o problema da discricionariedade é o cerne da oposição entre as propostas de Lenio Streck e de Robert Alexy. Em primeiro lugar, é relevante destacar que enquanto Alexy vislumbra a ponderação como um elemento de racionalidade e rigor para a interpretação jurídica consubstanciada nas decisões judiciais

³⁴¹ Lenio Streck demonstra essa distinção entre decisão e escolha, de forma expressa, no seguinte trecho: “Para os efeitos do que estou debatendo neste livro, é preciso deixar claro que existe uma diferença entre Decisão e Escolha. Quero dizer que a decisão – no caso, a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 105.

³⁴² Ibid., p. 105-106.

³⁴³ Ibid., p. 106.

³⁴⁴ Ibid., p. 590.

³⁴⁵ Ibid., p. 93.

(aspecto abordado com detalhes no primeiro capítulo), Streck vê na ponderação uma porta aberta à discricionariedade, que obscurece o valor da tradição.³⁴⁶

O que se pôde perceber durante o decorrer deste trabalho é que, no intuito de evitar a falta de racionalidade na interpretação, a teoria de Robert Alexy acaba apostando no método (consustanciado no procedimento de ponderação) como elemento para conferir rigor e exatidão às decisões jurídicas, especialmente naquelas concernentes às matérias de direito fundamental.

Ocorre que Alexy, por se situar no nível de racionalidade lógico-apofântico e trabalhar no paradigma filosófico do racionalismo discursivo (que não incorporou as revoluções operadas pelo giro-linguístico-ontológico) acaba ignorando os problemas que provocam a discricionariedade entranhada no procedimento de ponderação. Diante disso, como diz Streck, “Falar em argumentação ou em hermenêutica faz uma diferença qualitativa”.³⁴⁷

Outro ponto de dissonância diz respeito ao conceito de norma trabalhado pelos dois autores: enquanto Alexy opera com um conceito semântico de norma (visto no tópico 2.2.1), na teoria da decisão de Streck a norma é um conceito interpretativo. Desse conceito semântico de norma é que decorre o problema da distinção estrutural entre regras e princípios, que não oferece uma solução hermenêutica aos casos difíceis (uma vez que refém o esquema sujeito-objeto).³⁴⁸

De fato, se os princípios instituem deveres *prima facie* (como propõe Alexy), a sua normatividade é comprometida na medida em que a ponderação é a forma de aplicação dos princípios, entregue à subjetividade do intérprete. É inevitável, nesse contexto, retornar ao problema da discricionariedade, na medida em que as teorias argumentativas se destacam por entregar os limites dentro dos quais deve ocorrer a decisão judicial à vontade do intérprete, entranhada na ideia de ponderação.

A hermenêutica, por sua vez, é antirrelativista, apostando na blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades ou decisionismos.³⁴⁹ Isso explica, ainda, porque a ponderação repristina a discricionariedade positivista,

³⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 600.

³⁴⁷ Ibid., p. 551.

³⁴⁸ Ibid., p. 559.

³⁴⁹ Id. **O que é isto**: decido conforme minha consciência?. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 91.

uma vez que propõe um discurso eminentemente metodológico (exposto no primeiro capítulo).³⁵⁰ A teoria de Robert Alexy (e outras teorias argumentativas), nesse passo, está intimamente ligada ao protagonismo judicial, na medida em que a interpretação se torna refém da subjetividade da figura do juiz.³⁵¹

Diante dos aspectos debatidos nesse tópico, é possível argumentar que a teoria da decisão de Lenio Streck acaba expondo as maiores insuficiências e inconsistências presentes na ideia de ponderação concebida por Robert Alexy, uma vez que faz uma análise que incorpora os conceitos da hermenêutica filosófica (Gadamer) e do direito como integridade (Dworkin).

Outro balanço importante a ser feito diz respeito à questão da discricionariedade que, como visto, provoca um déficit democrático na teoria alexyana, em virtude de creditar a correção da decisão judicial dos casos difíceis a um rigor procedimental. A partir de Heidegger, de Gadamer, de Dworkin e também de Streck pôde-se perceber que uma resposta correta (no sentido de ser adequada constitucionalmente) não está atrelada a um procedimento, e sim a uma fundamentação coerente do ponto de vista hermenêutico.

Essas considerações são relevantes, ainda, para demonstrar como a carência de problematização e a mixagem teórica são questões que assolam a doutrina brasileira que trabalha com a ponderação. Isso fica claro uma vez que os autores operam em *standards* de racionalidade (Stein) diferenciados, de modo que as teses de reunião entre Dworkin e Alexy, por exemplo, não se sustentam. Os conceitos citados ao longo desse tópico contribuem, portanto, para evidenciar a incompatibilidade entre autores como Heidegger, Gadamer, Dworkin e Streck com a ideia de ponderação, a distinção estrutural entre regras e princípios e o conceito semântico de norma, propostos por Alexy.

³⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência?. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 91-92.

³⁵¹ Ibid., p. 92.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo – conforme exposto – objetivou abordar, a partir de uma perspectiva doutrinária, a carência de problematização que acomete a doutrina jurídica brasileira partidária da ponderação alexyana e a sua contribuição para a formação de um imaginário jurídico centrado na discricionariedade como característica inerente à interpretação.

Essa análise, contudo, é feita a partir de um tríplice viés: primeiramente a questão da ponderação para o próprio Robert Alexy e os elementos que contextualizaram (doutrinariamente e jurisprudencialmente) o surgimento da sua teoria; num segundo momento, o problema da ponderação à brasileira, os conceitos que são trabalhados no cenário jurídico brasileiro e que divergem da edificação dada à ponderação por Alexy (tais como a ponderação de regras, a ponderação preventiva e o princípio da proporcionalidade) e as questões do (neo)constitucionalismo e do ativismo judicial no Brasil; por fim, num terceiro momento, busca-se uma crítica hermenêutica ao modelo alexyano de aplicação do direito a partir dos aportes teóricos de Heidegger, Gadamer, Dworkin e Lenio Streck.

Nesse sentido, foram identificados três ângulos relativos à recepção da ponderação de Robert Alexy no cenário jurídico brasileiro, são eles: a questão de um entendimento coerente e de uma leitura apropriada do próprio Robert Alexy; a questão de como a doutrina jurídica brasileira lê a ponderação alexyana e da mixagem teórica e conceitual que assola a chamada doutrina brasileira da efetividade; e o problema da absoluta incompatibilidade do procedimento de ponderação de Robert Alexy com uma análise crítica do direito a partir do *standard* de racionalidade hermenêutico.

A partir desses três ângulos de análise do problema da ponderação, foram revelados alguns conflitos que assolam o cenário jurídico brasileiro em virtude da ausência de problematização de alguns pontos que são cruciais para o entendimento da obra de Robert Alexy. Observa-se, ainda, que essa apontada carência de problematização não aparece apenas de forma passiva (como no caso da falta de menção ao movimento da jurisprudência dos valores e dos fatores que marcaram a utilização da técnica de ponderação pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão).

Essa carência se apresenta, também, numa postura ativa, no sentido da criação de conceitos que não se coadunam com a formulação dada por Alexy ao procedimento de ponderação (vimos, por todos, os conceitos de ponderação de regras, ponderação preventiva e princípio da proporcionalidade). Essa postura ativa da doutrina jurídica brasileira aparece, também, no estímulo a uma teoria do direito neoconstitucionalista e ativista, que acaba padecendo apostando na discricionariedade do intérprete e no protagonismo judicial como elementos de solução dos casos difíceis.

Do ponto de vista da Crítica Hermenêutica do Direito, pôde-se perceber, ainda, como a ponderação nos moldes em que é trabalhada por uma boa parte da doutrina jurídica brasileira acaba favorecendo a mixagem da ponderação alexyana com autores que trabalham em outro nível de racionalidade (como é o caso de Dworkin, que trabalha com uma racionalidade hermenêutica oposta à de Alexy, cujo racionalismo discursivo trabalha no nível lógico).

Diante do exposto, o presente trabalho objetiva repensar alguns pressupostos que permeiam o tratamento dado à ponderação alexyana pela doutrina jurídica brasileira, sempre tendo como base os aportes da Crítica Hermenêutica do Direito, num esforço crítico que coloque sob questionamento algumas posturas que creditam à ponderação o papel de elemento salvador de todos os dilemas que assolam a aplicação do direito no Constitucionalismo Contemporâneo.

O enfrentamento da questão de como a falta de contextualização e também de uma crítica hermenêutica à técnica de ponderação pode contribuir para um cenário jurídico dependente da discricionariedade interpretativa do juiz, passa, portanto por alguns aspectos conclusivos, são eles:

- a) o projeto da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy passa por um esforço de conferir rigor metodológico à técnica de ponderação que já era aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Seu intuito, portanto, era de construir uma dogmática dos direitos fundamentais que contribuísse para a racionalidade da argumentação jurídica das decisões que envolvessem problemas de direito fundamental;

- b) esse projeto surge em meio ao movimento intitulado jurisprudência dos valores que, numa complementação ao movimento da jurisprudência interesses, objetiva oferecer recursos para a questão da interpretação jurídica no caso concreto, na medida em que não fosse possível verificar os interesses que moveram o legislador para a elaboração da norma. É por esse motivo que, apesar desse trabalho focar na ponderação conforme ela foi trabalhada por Robert Alexy, é importante deixar claro que não foi Alexy o responsável pela criação de uma ideia de ponderação. Essa ideia já aparece em Philipp Heck, em meio à jurisprudência dos interesses. O que é importante lembrar, contudo, é que enquanto a jurisprudência dos interesses tinha como foco a atividade legislativa, a jurisprudência dos valores se concentra no problema da aplicação do direito pelo órgão julgante, e é nesse contexto que emerge a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (que tem no procedimento de ponderação um de seus elementos cruciais);
- c) nesse contexto, o Tribunal Constitucional Federal Alemão contribuiu para a formação de concepção de Constituição assentada em uma ordem plural de valores alimentados pelos princípios constitucionais. Essa pluralidade propiciaria o conflito entre esses princípios, que teria na ponderação uma técnica, fórmula ou procedimento destinado à sua solução. O esforço da teoria dos direitos fundamentais, dessa forma, se concentra no sentido de estruturar uma dogmática que confira rigor metodológico e procedimental a essa solução ponderativa, a partir de alguns elementos como a distinção estrutural entre regras e princípios, a proporcionalidade e suas máximas e o sopesamento ou ponderação;
- d) esse projeto alexyano está situado, também, numa tentativa de superação do positivismo jurídico, na medida em que o autor se intitula partidário de uma teoria não positivista. Isso porque, para Alexy, essa superação do positivismo jurídico se daria por meio de uma dimensão ideal ou discursiva de correção, que trabalha a moral como elemento corretivo ao direito (ao contrário da perspectiva positivista, que apostava na separação entre direito e moral). Robert

Alexy deixa de considerar, todavia, alguns elementos intrínsecos à sua teoria que provocam uma reprimatura do positivismo jurídico, como por exemplo, a adoção de um conceito semântico de norma (mesmo conceito trabalhado pelo positivismo normativista que tem em Kelsen o seu principal expoente) e também a aposta na discricionariedade do intérprete como solução para os casos difíceis (outro elemento que também está presente na teoria pura do direito, ambos expostos no decorrer do trabalho);

- e) feitas essas ressalvas, foram descritos alguns conceitos que são elementares para o entendimento da obra de Robert Alexy, tais como: o seu projeto de edificar uma dogmática dos direitos fundamentais, a distinção estrutural entre regras e princípios, a distinção feita entre os conflitos entre regras e as colisões entre princípios e as suas distintas soluções, as colisões entre princípios e a ponderação (ou sopesamento) como procedimento disposto a solucionar esse tipo de conflito, a lei de colisão, a proporcionalidade e suas máximas e admissão da discricionariedade inerente a essa ponderação por parte do próprio Robert Alexy (todos esses pontos trabalhados no tópico 2.2);
- f) a partir desses balanços, passa-se à discussão da ponderação à brasileira, situada num contexto marcado pela ascensão da doutrina brasileira da efetividade, movimento gestado em meio à redemocratização brasileira que deságua na Constituição de 1988. Esse movimento teve como objetivo de conferir força normativa à Carta Constitucional (que anteriormente era vista como uma mera carta de intenções) por meio de um papel de destaque exercido pelo Poder Judiciário. Além de colocar o Direito Constitucional no centro do debate jurídico, o constitucionalismo da efetividade aposta numa doutrina pós-positivista, neoconstitucionalista e ativista para a consecução dos seus objetivos;
- g) o constitucionalismo brasileiro da efetividade fracassa, primeiramente, diante de uma má compreensão do positivismo jurídico, doutrina à qual demonstra aversão, mas à qual acaba retornando. De fato, a doutrina brasileira da efetividade

responsabiliza o positivismo jurídico pela baixa eficácia normativa das Constituições anteriores, mas acaba retornando a ele através de uma metodologia positivista (consubstanciada, principalmente, no conceito semântico de norma e na discricionariedade interpretativa). Em virtude dessa bandeira pós-positivista, ganham força a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy e o procedimento de ponderação, que na doutrina brasileira é envolvido em discurso neoconstitucionalista e ativista. Essas afirmações são elementos que demonstram que, não obstante os problemas que permeiam a ponderação alexyana do ponto de vista da racionalidade hermenêutica, no que se trata da recepção dessa ponderação pela doutrina jurídica brasileira, essa questão se reveste de especificidades que perpassam, mas que não se confundem com a crítica hermenêutica à ponderação nos moldes em que foi descrita pelo próprio Alexy. Isto é, existem aí dois problemas distintos: a questão da ponderação à brasileira e a questão da ponderação alexyana. Isso porque grande parte da doutrina jurídica brasileira adota uma mixagem teórica que produz conceitos incompatíveis não apenas com uma Crítica Hermenêutica do Direito, mas também com a própria ponderação nos moldes formulados por Robert Alexy;

- h) entre esses conceitos problemáticos (no sentido de sua incompatibilidade com a ponderação alexyana), destacam-se as ideias de ponderação de regras, ponderação preventiva e princípio da proporcionalidade. A ponderação de regras fere frontalmente um dos pilares da teoria alexyana que diz respeito à distinção estrutural entre regras e princípios. A ponderação preventiva, por sua vez, fere à lei de colisão (fórmula que possibilita, em Alexy, a aplicação do procedimento de ponderação) que impõe que sejam sopesadas as circunstâncias fáticas e jurídicas que permeiam o caso concreto. A adoção de um princípio da proporcionalidade, por fim, é outro conceito problemático, uma vez que, como visto em todo o decorrer do trabalho, em Alexy os princípios são aplicados por ponderação. Se a proporcionalidade for tida como um princípio, ela poderá ser ponderada, o que significa ceder espaço a outro princípio colidente

- diante do caso concreto. Isso provoca uma profunda incoerência com a teoria alexyana na medida em que a regra da proporcionalidade, em Alexy, está necessariamente presente no procedimento de ponderação, o que rechaça a possibilidade de que ela seja sopesada;
- i) veja-se, e isso é essencial, que as incoerências apontadas no ponto anterior não dizem respeito a uma questão meramente terminológica. Ora, se, como visto inicialmente, o projeto alexyano surge diante do desejo de conferir rigor metodológico e justificação racional à técnica de ponderação que era aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, a carência desse rigor metodológico (consubstanciado em um ônus argumentativo que cabe ao intérprete que aplica a ponderação) não provoca um problema apenas terminológico, mas também uma questão paradigmática para a teoria alexyana. Ignorar o ônus argumentativo e o rigor metodológico desse autor é esvaziar o seu projeto, que nasce em meio a um contexto para suprir determinadas necessidades. É por conta disso que se afirma ao longo deste trabalho que o problema da ponderação alexyana e o problema da ponderação à brasileira se relacionam, mas não se confundem;
- j) outros dois elementos que revestem a ponderação na doutrina jurídica brasileira dizem respeito ao neoconstitucionalismo e ao ativismo judicial. Quanto ao primeiro, acabam inserindo a discussão do constitucionalismo pós-guerra em uma leitura apressada leitura pós-positivista (atingida pelo problema da discricionariedade), creditando à ponderação o papel de salvação para todas as questões que permeiam as mudanças sofridas pelo constitucionalismo no Estado Democrático de Direito. É por esse motivo que Lenio Streck, por exemplo, abandona o termo para fazer uso da expressão “Constitucionalismo Contemporâneo”, para designar a construção de um direito produzido democraticamente sob a égide da integridade da jurisdição. Quanto ao ativismo judicial, há que se fazer uma distinção entre este fenômeno (que designa posturas que apostam no voluntarismo e na discricionariedade da figura do juiz) e a judicialização da política (fenômeno contingencial e que diz respeito às demandas de implementação de um Estado Social em países de

modernidade tardia, como é o caso do Brasil). Pois bem, a doutrina jurídica brasileira não se atenta a esses pontos e acaba sendo permeada por posturas que, ao estimular o protagonismo do Poder Judiciário por meio de posturas ativistas e neoconstitucionalistas, transformam a ponderação em um equivalente da discricionariedade;

- k) feitas essas ressalvas, faz-se necessária ainda uma análise da ponderação alexyana do ponto de vista da Crítica Hermenêutica do Direito. Isso pode ser feito, principalmente, a partir dos aportes de Heidegger, Gadamer, Dworkin e Lenio Streck;
- l) a partir de Heidegger, é apreendida a distinção entre o discurso apofântico e o discurso hermenêutico, sendo o primeiro marcado pelo caráter lógico e explicativo e o segundo pela dimensão hermenêutica pré-compreensiva. Outro ponto importante é que, em Heidegger, a hermenêutica assume um caráter existencial, sendo superada a relação sujeito-objeto. É por conta disso que Heidegger provoca o primeiro rompimento com a ideia de método: uma vez que a compreensão é existencial, ela não pode restringida a um procedimento que objetive estruturar a compreensão (como é o caso da ponderação de Robert Alexy), pois o intérprete está sempre imerso em um mundo histórico e culturalmente determinado;
- m) gadamer, por sua vez, provoca um segundo rompimento com a ideia de método, se apropriando das ideias de Heidegger para explorar o entendimento humano como um fenômeno filosófico. Para Gadamer, estamos irremediavelmente imersos em uma tradição de modo que inexiste o grau zero de sentido pressuposto pelos procedimentos que pretendem estruturar a compreensão (como é o caso da ponderação alexyana). Com Gadamer, portanto, a hermenêutica perde o caráter metodológico (presente em esquemas dedutivos e subsuntivos) e passa a ser uma hermenêutica filosófica baseada na antecipação de sentido (elaboração de projetos prévios de sentido) e no círculo hermenêutico;
- n) a teoria de Dworkin contribui para essa análise na medida em que adota um conceito interpretativo de direito associado ao ideal de direito como integridade (que demanda ao juiz que submeta a sua

interpretação a uma teoria coerente e que esta se justifique em uma rede de estruturas e decisões políticas da sua comunidade). Outro aspecto relevante para o contraponto entre Dworkin e Alexy é a questão do conceito de princípio. Para Dworkin, os princípios possuem uma dimensão de peso e importância e estão atrelados a razões que inclinam o argumento para determinado sentido. Nesse sentido, é fundamental que se faça a ressalva de que a dimensão de peso e importância de Dworkin não se confunde com a ponderação alexyana. Isso porque, como dito, para Dworkin o direito é interpretativo, de modo que o autor (ao contrário de Alexy) não estabelece uma estrutura procedimental que pretende solucionar os casos difíceis. Demonstra-se incompatível a tese da reunião entre Dworkin e Alexy (presente, muitas vezes, na doutrina jurídica brasileira), uma vez que o primeiro trabalha em nível lógico-argumentativo, enquanto Dworkin trabalha no nível interpretativo/aplicativo. Outro ponto é que Dworkin é um autor avesso a relativismos interpretativo e à discricionariedade, aspecto que é admitido pelo próprio autor na teoria alexyana;

- o) Lenio Streck, por fim, contribui no sentido de pensar uma teoria da decisão adequada ao Constitucionalismo Contemporâneo, apostando na hermenêutica filosófica e no ideal de direito como integridade de Dworkin. A teoria da decisão de Lenio Streck, nesse sentido, concebe a compreensão como a elaboração de projetos corretos e adequados, superada a cisão entre interpretação e aplicação. Streck, nesse sentido, defende um direito fundamental à obtenção de respostas adequadas à Constituição, ou seja, tomadas a partir de uma perspectiva de integridade e coerência. Outro ponto crucial é a discussão do problema da discricionariedade, que se torna o cerne da incompatibilidade entre as propostas de Lenio Streck e de Robert Alexy. Isso porque enquanto Alexy vislumbra a ponderação como um elemento de racionalidade e rigor interpretativo, Streck vê na ponderação um elemento que abre as portas à discricionariedade, elemento característico do positivismo jurídico refém do esquema sujeito-objeto.

De acordo com os pontos conclusivos expostos, é possível perceber que a falta de problematização e as mixagens teóricas que acompanham a recepção da ponderação alexyana pela doutrina jurídica brasileira contribuem para a formação de um imaginário jurídico que aceita a discricionariedade e que entrega a democracia nas mãos do protagonismo judicial. Através de um olhar que parte da Crítica Hermenêutica do Direito, foi possível perceber que a própria ponderação alexyana já possui uma carga intrínseca de discricionariedade, tendo em vista a sua pretensão de aprisionar a compreensão em um rigor procedimental.

Ocorre que a ponderação à brasileira, por sua vez, acaba ignorando até mesmo esse rigor procedimental e o ônus argumentativo que são elementos caros à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, tendo em vista o contexto em que esta teoria surgiu na doutrina e na jurisprudência alemãs.

O abandono desse rigor procedimental e do ônus argumentativo está presente, dentre outros fatores, na adoção de conceitos como “ponderação de regas”, “ponderação preventiva” e “princípio da proporcionalidade” e na reunião da teoria de Alexy com autores com ele incompatíveis, como é o caso de Dworkin. Esse abandono, diante dos pontos conclusivos expostos acima, acaba tendo como consequência a formação de um cenário jurídico que aceita que a ponderação seja utilizada como um instrumento para a imposição da vontade do intérprete, o que fere os pressupostos democráticos de análise do direito.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO; Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ALEXY, Robert. Apresentação. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 9.
- _____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 105-116.
- _____. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- _____. Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 19-40.
- _____. O problema do positivismo jurídico. In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 3-12.
- _____. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. Título original: Theorie der Juristischen Argumentation.
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, p. 1-36, jul. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-humberto-avila.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2014.
- _____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 281-297.
- _____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 99-136.

_____. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 137-185.

_____. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 25-53.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 jul. 2014.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Org.). **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.

_____. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007. p. 9-12.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Maria Hermantina Galvão. São Paulo: Martins Fonte, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e outros. Madrid: Trotta, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução Flávio de Paulo Merer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARCÍA-PELAYO. **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Tradução de Miguel Carbonell e Pedro Salazar. Madri: Editorial Trotta, 2008. Título original: Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 8. ed. Tradução Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007. Título original: Gadamer: a guide for the perplexed.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura do direito: o século XX**. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARSHALL, William. Conservative and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, set. 2002.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. v. 1.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. 2014. 344 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2013.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, p. 217-242, 2004.

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

_____. **Levando o direito a sério**: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro, Brasil. 2009. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2009.

NUNES, Antonio José Avelãs. **As voltas que o mundo dá**: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica, Brasil. 2007. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho suprallegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BECKER ISAIA, Cristiano. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, p. 5-26, 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina et al. (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1 p. 607-630, 2003.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasiliis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

_____. Constituição ou barbárie?: a lei como possibilidade emancipatória a partir do estado democrático de direito. **Revista Doutrina**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 267-278, 2001.

_____. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 153-172.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al. (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 62.

_____. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; TRINDADE, André Karam. Diário de classe: Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 05 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia>>. Acesso em: 28 maio 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 37-58, 2012.

_____; CICCONE, Stefano M. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito, 2010. v. 1.

VIANA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.