

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

NÍVEL MESTRADO

FAUSTO SANTOS DE MORAIS

A PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO EPOCAL DO DIREITO:
O (DES)VELAMENTO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL A
PARTIR DA PERSPECTIVA DA NOVA CRÍTICA DO DIREITO

São Leopoldo

2010

FAUSTO SANTOS DE MORAIS

A PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO EPOCAL DO DIREITO:
O (DES)VELAMENTO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL A
PARTIR DA PERSPECTIVA DA NOVA CRÍTICA DO DIREITO

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

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck


São Leopoldo

2010

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**A proporcionalidade como princípio epocal do direito: o (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da Nova Crítica do Direito**”, elaborada pelo mestrando **Fausto Santos de Moraes**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 18 de fevereiro de 2010.

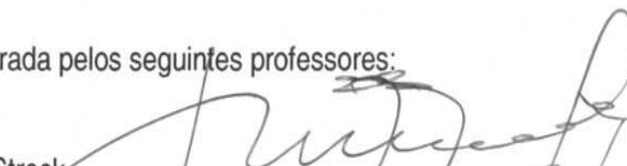
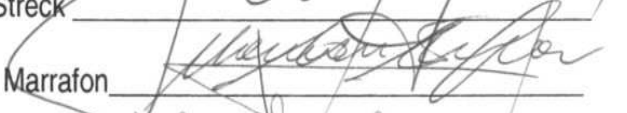
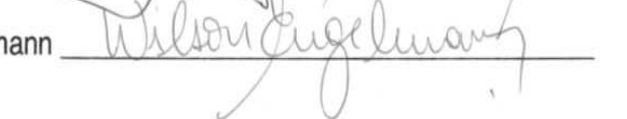

Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes
Coordenador Executivo
Programa de Pós-Graduação em Direito

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Marco Aurélio Marrafon

Membro: Dr. Wilson Engelmann

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho somente pôde ser realizado com a participação de algumas pessoas e órgãos que, neste momento oportuno, são sinceramente agradecidos. Agradeço, portanto:

Ao Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, destaque como jurista e filósofo do direito que, mediante suas obras, não se cala diante do quadro crítico em que se encontra o direito brasileiro. Pessoa admirada que, ao aceitar-me como orientando e acolher-me junto ao *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos -, permitiu a concretização de um dos sonhos deste estudante em poder conviver, mesmo que por pouco menos de dois anos, com seu mestre, aprendendo a compreender o direito.

À Profa. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha que sempre apoiou e acreditou no potencial dos seus alunos, carinho este, que tive a honra de receber. Ao Prof. Wladimir Lisboa Barreto, a quem tive a oportunidade de conhecer e reconhecer a sua qualidade de pesquisador e professor.

Aos colegas do PPGD da Unisinos, especialmente ao Gustavo, Hector, Guilherme Massau, Daiane Aguiar e Felipe Furlan, pelas discussões, confiança e amizade; não podemos nos esquecer do futebol metafísico.

Ao *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos – nas pessoas de Rafael Tomáz de Oliveira, Clarissa Tassinari e Rafael Köche, que sempre se mostraram dispostos para o desafio hermenêutico.

À minha família pelo apoio e amor incondicional, especialmente, para as companheiras inseparáveis de estudo Renata e Kitty; e para Aline, pelo auxílio na revisão deste trabalho.

Aos colegas do Escritório Loss e Moraes Advogados Associados, homenageados na pessoa do seu sócio Igor Loss da Silva, que, conjuntamente, auxiliam no trato diário com os desafios impostos pela profissão.

Ao apoio institucional do PPGD da Unisinos, aqui representado pelo Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes e por Vera Leobens, bem como pelo suporte financeiro da CAPES/PROSUP, sem o qual, o presente trabalho não seria possível.

RESUMO

A hermenêutica jurídica brasileira vem procurando alternativas para lidar com os desafios impostos pelo neoconstitucionalismo, através do qual as normas de Direito Fundamental reclamam o máximo de eficácia possível, e, por isso, acabam por ter sua concretização garantida por instrumentos próprios disponíveis à jurisdição constitucional. Todavia, diante dessa revolução concretizadora, falta ao direito brasileiro uma teorização mais sólida quanto ao papel das fontes, das normas e da interpretação. Pretendendo suprir esta lacuna, a hermenêutica jurídica de uma forma geral, e a brasileira, especificamente, acabou por assumir a proporcionalidade como critério hermenêutico condutor do pensamento jurídico, adotando como seu guru teórico, Robert Alexy. Vê-se, então, a proporcionalidade ser utilizada para resolver os mais diversos problemas impostos ao direito, servindo, por exemplo, como controle de conveniência das decisões legislativas, critério para responder sobre a inconstitucionalidade das normas, elemento para fixar o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, meio de controle para os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, limite significativo para o sentido das normas jurídicas “abertas”, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, balança para harmonizar os conflitos de direitos, bens, valores e interesses, aparentemente contrapostos nos casos concretos. Por esse motivo, parece que a proporcionalidade acaba por se tornar o princípio epocal do direito, isto é, o fundamento sólido à interpretação jurídica, comparando com a sua manifestação na filosofia, principalmente, no encobrimento de questionamentos mais originários pelo domínio da metafísica como denunciam Heidegger, Stein e Streck. No entanto, inspirado da Nova Crítica do Direito – numa simbiose entre a filosofia hermenêutica heideggeriana, hermenêutica filosófica gadameriana e a importância da integridade do direito, pretendida por Dworkin – indaga-se pelo presente trabalho sobre o exercício do poder discricionário judicial, encobertos sob o manto nominal da proporcionalidade. Assim, examina-se que a proporcionalidade ao procurar superar os limites do positivismo jurídico, acaba por ser reduzida ao modo-de-ser de tal modelo, fazendo do direito um sistema de regras em que a discricionariedade/arbitrariedade acaba sendo um elemento ínsito. Mostra-se, dessa forma, que a interpretação acaba perdendo a sua função concretizadora dos Direitos Fundamentais, descambando para o exercício de um poder discricionário pela jurisdição, incompatível com a democracia. Tal problema estaria alojado no senso comum teórico dos juristas brasileiros ao adotarem posturas metafísicas, indiciadas pela admissão de várias respostas corretas e dicotomias como: casos fáceis e difíceis, regras e princípios, texto e norma, lei e Constituição; além da tentativa desesperada de certificar os resultados da interpretação jurídica por modelos metodológicos (proporcionalidade como uma metaregra), os quais são, entretanto, inócuos diante da complexidade do fenômeno jurídico. A resistência ainda se dá pela Nova Crítica do Direito que, através de um enraizamento ontológico (existencial), não permite que a interpretação do direito venha a admitir a sua fundamentação *a posteriori* por elementos argumentativos (causal-explicativo-apofântico), despreocupados e incompatíveis com a institucionalização dos princípios no direito que marcam a sua historicidade (ontológica-existencial), elemento este que permitiria buscar respostas corretas como caminho à concretização do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Resposta correta. Neoconstitucionalismo. Nova Crítica do Direito. Proporcionalidade. Robert Alexy.

ABSTRACT

The Brazilian Law Hermeneutic has been searching alternatives to deal with the imposed challenges by new constitutionalism, by which, the norms of the Fundamental Rights claim the most effectiveness possible, having its guaranteed concretization by own available resources to the constitutional jurisdiction. It occurs on face that concretizer revolution, it lacks to the Brazilian Law such a more sophisticated theorization over the role of sources, of the norms and interpretation. Intending to supply this gap the Law Hermeneutic in a general point, and the Brazilian Law mainly, ended by taking over the proportionality as hermeneutic criterium conductor of the Law thought, adopting as its theoretical mentor, Robert Alexy. One observes, then, the proportionality to be used to solve the most different problems imposed to the Law, serving, for instance: as convenience control of the legislations decisions, criterium to respond about the unconstitutionality of the norms, element to fixate the essential core of the Fundamental Rights, mean of controle to the effects of the declaration of the unconstitutionality, meaningful limit to the sense of the “open” Law norms, general clauses and indetermined concepts, balance to harmonize the Law conflicts, goods, values and interests, apparently opposed in the concrete cases. For this reason it seems that the proportionality results been the epocal principle of the Law, it means, the concrete fundament to the Law interpretation, comparing to its manifestation in the Philosophy, mainly, in the covering of the most originaries questionings by Metaphysical domini like delate Heidegger, Stein and Streck. However, inspired in the Nova Crítica do Direito – in a simbiosis among the Heideggerian Hermeneutic Philosophy, Gadamerian Phylosophical and importance of the Integrity of the Law, intended by Dworkin – one questions on the present work about the exercises discricionary.judicial arbitry of the power, covered under nominal protection of the proportionality. Thus, one examines that the proportionality intending to overcome the limits of the juridical positivism, ends being reduced to the “way-of-being” model, turning the Law a system of rules, in which discricionary judicial results in an insital element. It is shown, due to, that the interpretation loses its concretizer function of the Fundamental Rights, heading to the exercise of a discricionary power by jurisdiction, incompatible to the democracy. Such problem would be located in the theoretical common sense of the Brazilian jurists when adopting Metaphysical postures, indicated by the admission of several right answers and dichotomies like: hard and easy cases, principle and rules, norm and, Constitution and Law’; besides of the desperate attempt of certifying the results of the juridical interpretation by methodological models (proportionality as a metarule), therefore, fragile faced the complexity of juridical phenomenon. The resistance occurs by Nova Crítica do Direito that, through concretized ontological (existential) does not allowed that the interpretation of Law admits its fundamentation *a posteriori* by argumentative elements (apophantic-explainable-causal), unworried and incompatible with the institutionalization of the principles at Law that mark its historicity (existential-ontological), such element, that allowed to search right answers as pathway to the concretization of the Democratic State of Law.

Key-Words: Right Answer. Neoconstitucionalism. Nova Crítica do Direito. Proportionality. Robert Alexy.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA ATUAL QUADRA DA HISTÓRIA DO DIREITO	16
2.1	A PROPORCIONALIDADE COMO ATUAL PRINCÍPIO EPOCAL DO DIREITO BRASILEIRO	16
2.2	GÊNESE CONTEMPORÂNEA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: A PONDERAÇÃO COMO INFLUÊNCIA DO REALISMO JURÍDICO E A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES	21
2.3	A PROPORCIONALIDADE TOMADA COMO CRITÉRIO PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	29
2.4	A PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY COMO GUIA HERMENÊUTICO	33
2.4.1	Texto e norma e as exigências da fundamentação dos Direitos Fundamentais	33
2.4.2	Distinção primeira entre regras e princípios: a conexão desses conceitos pelas normas de Direitos Fundamentais	38
2.4.3	A equivalência estrutural entre princípios e valores como pressuposto à máxima da proporcionalidade	46
2.4.4	A máxima da proporcionalidade como metanível normativo da aplicação do direito	53
2.4.5	Racionalizando a ponderação: utilização de um modelo aritmético paradigmático	58
2.4.6	A pretensão de correção como ponto de estofa do procedimento discursivo	64
3	A NOVA CRÍTICA DO DIREITO: BASES PARA UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA CRÍTICA	74
3.1	O DIREITO BRASILEIRO COMO SIMULACRO DO NEOCONSTITUCIONALISMO: A INFLUÊNCIA DAS CONCEPÇÕES FILOSÓFICAS METAFÍSICAS QUE IMPEDEM A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO	74
3.2	PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA NOVA CRÍTICA DO DIREITO	84
3.2.1	A Filosofia Hermenêutica heideggeriana	86
3.2.2	A Hermenêutica Filosófica gadameriana	96

3.2.3	A teoria do direito dworkiniana	104
3.3	ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COM RESPONSABILIDADE HERMENÊUTICA	118
4	CRÍTICA HERMENÊUTICA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY E DE SUA RECEPÇÃO PELO SENSO COMUM TEÓRICO BRASILEIRO	124
4.1	A CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO DE ROBERT ALEXY E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM A NOVA CRÍTICA DO DIREITO	124
4.2	CASOS FÁCEIS E DIFÍCEIS, REGRAS E PRINCÍPIOS: A (IM)POSSIBILIDADE DE DIVISÃO METODOLÓGICA NA APLICAÇÃO DO DIREITO	133
4.3	A ARGUMENTAÇÃO COMO FUNDAMENTO MODERNO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: SER E ENTE E OS NÍVEIS DE RACIONALIDADE JURÍDICA	145
4.4	SUPERAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE: A AMBIVALÊNCIA DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE (<i>UNTERMASSVERBOT</i>) E A PROIBIÇÃO DE EXCESSO (<i>ÜBERMASSVERBOT</i>) COMO CONDUTORES À RECONSTRUÇÃO INTERPRETATIVA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE	153
4.5	PROPORCIONALIDADE, ARGUMENTAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE: (DES)CAMINHOS QUE (IN)VIABILIZAM A RESPOSTA CORRETA	161
5	CONCLUSÃO	186
	REFERÊNCIAS	207

1 INTRODUÇÃO

Regras e princípios são dois tipos normativos que diferem um do outro. As regras são mandamentos definitivos, aplicadas da maneira tudo ou nada. Havendo conflito entre regras, o problema poderia ser resolvido mediante uma regra de solução de antinomias ou através da inclusão de uma exceção. Já os princípios seriam mandamentos de otimização, aplicados *prima face*, considerando as condições fáticas e jurídicas de cada caso concreto. Havendo colisão entre princípios, a solução seria encontrada mediante a adoção de uma ponderação que harmonizasse a relação.

Quem diria que a assunção dessa dicotomia entre regras e princípios pela hermenêutica jurídica abordada no presente trabalho poderia provocar tanta controvérsia. Aliás, boa parte da doutrina e jurisprudência brasileira, referidas ao longo do trabalho, acabam formando o senso comum teórico sobre o assunto, ainda não consegue visualizar as consequências disso. O questionamento sobre quais são essas consequências foi um dos problemas que orientou essa pesquisa. Essa é uma das perguntas que orientou a pesquisa. Entretanto, antes de explicitá-lo necessita-se apresentar melhor o tema.

O trabalho diz respeito à hermenêutica jurídica como um modelo para a concretização dos Direitos Fundamentais. Isso porque os Direitos Fundamentais, a partir do fim do século XX e início do século XXI, passaram a ser o eixo de debate de um direito que procurava romper com velhas barreiras impostas pelo positivismo jurídico. Deve-se esclarecer que, ao utilizar o termo positivismo jurídico, quer dar-se ênfase aos problemas provocados pela redução do direito a um modelo de regras (ou leis), orientados à certeza científica moderna. Nesse mundo das regras, o que mais importava seria a coerência interna de um sistema de conceitos que dariam previamente as soluções para os problemas da sociedade, apesar de não precisar se misturar com ela. O que nos remete à postura de uma *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen.

Talvez, imbuído nessa neurótica postura cientificista de dominar o mundo, apriorística e paradoxalmente, o positivismo tenha acabado por se afastar dele. Isso porque o sujeito assume o domínio da razão e através dela deixa de lado as questões morais, irracionais, que não poderiam ser controladas na bitola da certeza. Na percepção da Hans Albert, a razão seria suficiente, visto que domina o conhecimento científico, este de notória influência no direito. Portanto, o legislador, como homem dotado de razão, teria a possibilidade de fixar de antemão as normas necessárias para regulamentar a sociedade.

Entretanto nem sempre o planejado se concretiza. O positivismo jurídico teve a sua crise pelo mesmo modelo cientificista que o alimentou. Passou-se a questionar, assim, a possibilidade do homem ser limitado pelo rigor ou pela virtude do direito.

Essa virtude viria de preceitos morais que se autonomizariam no direito mediante o constitucionalismo, movimento este que consagrou a Constituição como a lei mais alta do sistema jurídico, cujas normas guardariam uma cooriginariedade com as questões morais. Nascia, portanto, uma nova concepção: os Direitos Fundamentais, como patamares mínimos de trato. Como trunfos dos cidadãos e legitimadores das normas. E mais, a efetividade da Constituição passou a ser garantida pelo braço forte da jurisdição constitucional, que não mais se conformaria com o rigor científico da lei. Logo, já se poderá falar na proporcionalidade.

Deve-se ser justo com o modelo formal (cientificista) de direito e dizer que ele, sozinho, não foi o único protagonista dos problemas anunciados, sendo, talvez, até mesmo, o coadjuvante. O direito (a lei) não é aplicado por si próprio. Há também a interpretação. Essa é a delimitação do presente trabalho. O positivismo jurídico talvez não tenha falhado tão somente ao assumir uma postura meramente epistemológica, mas por deixar de lado tudo aquilo que estava fora do seu âmbito de projeção científica. A interpretação do direito, por exemplo, não poderia ser objeto de ciência. Essa foi uma das principais conclusões de Kelsen que, até hoje, de uma maneira ou de outra, influencia os juristas. O positivismo acabava por esconder que os problemas interpretativos – as velhas lacunas - não eram resolvidas pelo direito, mas, logicamente, pelo intérprete.

No entanto, traumatizado pela aparente indiferença do positivismo jurídico, o direito passou a procurar guarida num modelo pós-positivista, que, ao mesmo tempo que assume a importância da legislação – lei formal democraticamente produzida –, confia à jurisdição o controle do exercício do poder político, principalmente, protegendo os Direitos Fundamentais.

Todavia não poderia a Constituição ser considerada apenas como uma mera lei, no seu sentido formal. E ainda, a Constituição não poderia ser algo estático, incorruptível ao movimento do tempo. Assim, o modelo pós-positivista reconhece a importância do controle proporcionado pelas regras (leis), todavia, reclama o valor da Constituição, como o lócus de onde a fonte de validade do sistema jurídico emerge, e a legitimidade da ordem jurídica se sustentaria, mediante o compromisso com a concretização e proteção dos Direitos Fundamentais.

Como a Constituição assumiu esse caráter central no direito, os principais valores da sociedade passaram a ser depositados nela, condição esta que acabou por consagrar os mais variados interesses. Parte dos juristas passou a considerar que a Constituição, ao mesmo tempo em que materializava um núcleo de Direitos Fundamentais, acabava por abrigar normas de interesses contraditórios, provocando conflitos. Soma-se a isso, a ideia de que o texto das normas de Direito Fundamental, como boa parte dos demais textos legislativos – seja em virtude de suas lacunas ou de um âmbito de textura aberta próprio da linguagem –, exigiria interpretação, fazendo com que se assumisse a perspectiva de que tais problemas somente poderiam ser resolvidos pela jurisdição constitucional. Por isso, o tribunal constitucional agiria, principalmente, para integrar lacunas, interpretar as normas abertas e solucionar conflitos entre direitos. Esse seria o modelo de jurisdição que influenciou quase toda a humanidade.

E é no berço da jurisdição constitucional, ou na hermenêutica constitucional, que surge a proporcionalidade como um parâmetro utilizado constantemente para, além de controlar a legalidade evidente das normas aos Direitos Fundamentais, conduzir a resolução de problemas concretos, sejam eles por causa de inconstitucionalidade ou de obscuridade na interpretação.

De uma concepção formalista do direito, migra-se para uma perspectiva realista e pragmática, cuja principal intenção seria harmonizar os valores consagrados pelo sistema jurídico. Esse movimento pode ser identificado tanto na Suprema Corte dos Estados Unidos, como no Tribunal Constitucional Alemão. Interessado nas decisões deste tribunal logo o pós-segunda guerra, Robert Alexy, passou a teorizar sobre os fundamentos e a racionalidade das decisões sobre Direitos Fundamentais deste tribunal, acabando por identificar, através delas, a dicotomia estrutural que marcaria as normas, como já anunciado preliminarmente.

Notou Alexy que os casos mais difíceis – aqueles que não poderiam ser resolvidos mediante esquemas de dedução diretamente do texto constitucional – acabariam por envolver a ponderação de valores, bens e, até mesmo, interesses. Além disso, o autor passou a desenvolver a tese de que estes valores, na verdade, seriam princípios jurídicos. Notou, também, que a resolução desses problemas seguia uma regra, a da proporcionalidade. É possível adiantar que a proporcionalidade, concebida por Alexy, trata-se de uma máxima que conectaria a possibilidade de concretização dos princípios constitucionais de acordo com as condições fáticas e jurídicas. A proporcionalidade se distinguiria da ponderação ou sopesamento, porque estes, configurariam a terceira sub-

regra da máxima, exigindo que a intervenção em um determinado princípio implicasse a mesma intensidade de realização do princípio colidente. No entanto, a proporcionalidade, a ponderação e o sopesamento são tomados impropriamente como sinônimos quando se trata da obrigação de harmonizar princípios colidentes em razão de um problema concreto, situação esta que passou a ser constante.

Não há certeza sobre como se deu essa importação da cultura constitucional para o Brasil, mas, cogitando-se o espelhamento da jurisdição brasileira na corte constitucional alemã, talvez tenha se dado pela proximidade proporcionada pela tradição jurídica continental. Enfim, viu-se, ao longo do tempo, uma importação do modelo de decisão que se valia da ponderação. Os doutrinadores fazem referência à ponderação tomada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, no Recurso Extraordinário n. 18.331, de 1953, como uma das primeiras decisões que utilizou a ponderação. Neste julgamento, há referência nominativa da proporcionalidade.

Com a queda do regime militar brasileiro mediante um processo de democratização, a ideologia constitucional eclodiu no país, principalmente, na procura de, mediante instrumentos jurisdicionais, realizar os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e, conseqüentemente, assumir como seu fundamento a dignidade da pessoa humana como uma diretriz que exigiria a concretização dos Direitos Fundamentais previstos na carta constitucional, mesmo que para isso tivesse de utilizar-se dos instrumentos processuais disponibilizados pela Constituição.

Procurando refinar um pouco mais o tema, a jurisdição constitucional brasileira ao tentar superar o problema da baixa constitucionalidade – mediante o controle concentrado e difuso –, colocou-se como protagonista na concretização dos Direitos Fundamentais, principalmente, utilizando a proporcionalidade como um critério recorrente.

Verificou-se, ainda, que boa parte da doutrina e da jurisprudência pátria rendia louros ao princípio da proporcionalidade, ou a ponderação de princípios, aqui, tomados como sinônimos, fazendo referência a Robert Alexy e a sua importante teorização para a concretização dos Direitos Fundamentais. E, a base teórica para tanto, era a divisão entre casos fáceis e difíceis, regras e princípios. Mais interessante ainda, é o fato de que cada vez mais o princípio da proporcionalidade veio a suprir as necessidades dos juristas, resolvendo os mais variados problemas. Vê-se o princípio da proporcionalidade sendo utilizado para controlar a restrição de direitos fundamentais, verificar a constitucionalidade de leis, estabelecer os efeitos do controle de constitucionalidade, permitir o afastamento da

aplicação de regras (leis) e, também, para delimitar o suporte fático da norma jurídica de Direito Fundamental.

No entanto, ao contrário de boa parte do senso comum teórico – fato levado em consideração para identificar simbolicamente o princípio da proporcionalidade como princípio epocal do direito –, a Nova Crítica do Direito assumiu uma postura diferenciada, questionando as bases filosóficas e teóricas que lhe eram pressupostas, indicando um caminho a ser seguido.

Surgiu, assim, a inspiração à seguinte pergunta: será que a proporcionalidade, utilizada na concretização dos Direitos Fundamentais, ou até mesmo, na resolução dos conflitos jurídicos, não acabaria reprimando a velha discricionariedade interpretativa presente no positivismo jurídico? Fixado o problema, que questões deveriam ser abordadas? Portanto, o objetivo geral da presente pesquisa é conhecer o princípio da proporcionalidade utilizado no direito, principalmente, a teorização proposta por Robert Alexy. De forma específica: apresentar a relação entre normas de Direitos Fundamentais, ponderação, argumentação/fundamentação e a pretensão de correção. Seguindo ainda com a apresentação dos objetivos específicos, pretende-se apresentar os pressupostos teóricos da Nova Crítica do Direito, para fomentar uma perspectiva diferente sobre a proporcionalidade e seus assuntos imediatamente conexos, como, por exemplo, o conceito de princípio, a divisão entre casos fáceis e difíceis, regras e princípios, a utilização de método de interpretação, a fundamentação dos direitos e o envolvimento de discricionariedade judicial (no sentido forte questionado por Dworkin). Esta, por ser concebida dessa forma, pode ser tomada como sinônimo de uma arbitrariedade.

O tema proposto justifica-se pelo fato de que a jurisdição ao ser, talvez, o instrumento mais célere à concretização dos Direitos Fundamentais que a atividade legislativa, poderia, infelizmente, manipular o direito, acabando por exercê-lo de acordo com as convicções próprias daquelas pessoas que estariam investidas no poder judicativo. Assim, se o poder legislativo não satisfaz os interesses dos cidadãos, seriam os juízes que poderiam fazê-lo. Mas, se podem fazê-lo, não teriam que cumprir certos requisitos democráticos como a apresentação de um critério seguro e responsável para as decisões em sede de jurisdição constitucional? Bastaria para tanto a utilização da proporcionalidade? Veja-se que essas perguntas acabam por projetar a importância que o tema representa para a democracia e o direito.

O trabalho encontra a sua justificativa também no fato da hermenêutica jurídica brasileira ter recepcionado a ideia de ponderação de princípios ou aplicação do princípio da

proporcionalidade, como forma de concretização dos Direitos Fundamentais em virtude da apreciação dos casos concretos, sem formar um juízo crítico sobre o assunto, merecendo, portanto, maiores questionamentos.

No mesmo impulso, é possível notar no discurso jurisprudencial a reprodução das ideias de ponderação ou utilização do princípio da proporcionalidade sem a devida preocupação com a justificação das suas decisões, dessa forma, tem-se a impressão de que a decisão está tão somente no plano da liberdade de consciência do julgador, muitas vezes, sem o necessário compromisso com a contraprestação argumentativa da decisão, bloqueando, por isso, uma análise mais profícua sobre o exercício da discricionariedade /arbitrariedade judicial.

No que diz respeito à linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”, desenvolvida no Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS, o presente trabalho se justifica ao perquirir explicitar como a hermenêutica jurídica vem reagindo na utilização da ponderação ou do princípio da proporcionalidade como “modelo” para a resolução dos problemas judicativos concretos e à concretização dos Direitos Fundamentais

Buscando-se, portanto, inquirir a utilização da proporcionalidade pelo direito, com olhos no direito brasileiro, e procurando relacioná-la com o problema da discricionariedade forte (arbitrariedade) ínsita ao positivismo jurídico, o trabalho foi dividido em três capítulos, com a seguinte composição.

O primeiro procurou apresentar a proporcionalidade na presente quadra da história, considerando como seu principal teórico Robert Alexy. Assim, identificou-se a proporcionalidade como um princípio epocal, indagando, desde tal momento, a vinculação possível com o realismo jurídico e a jurisprudência dos valores. Logo após, relacionou-se a proporcionalidade a uma forma de controle da constitucionalidade dos atos do Estado, para ingressar em alguns pontos eleitos como importantes do pensamento de Robert Alexy. Assim, elucidou-se a divisão estrutural das normas idealizadas pelo autor, a similitude entre princípios e valores. Apresentou-se a concepção do autor sobre a proporcionalidade e a vinculação dela com um modelo racional (aritmético, paradigmático), sem deixar de lembrar da relação com a moral, através da pretensão de correção, procurando, mesmo que de maneira incipiente, referir à vinculação da proporcionalidade com a argumentação jurídica.

A segunda parte do trabalho procurou explicitar alguns pressupostos que conduzem à Nova Crítica do Direito, sendo impreterível para tanto reconhecer os desafios postos pelo

neoconstitucionalismo e a colisão provocada pela postura positivista fincada em modelos epistemológicos metafísicos. Procurando romper com essa barreira positivista – que tem como uma de suas bases o conhecimento metafísico –, apresentou-se a virada ontológica de Heidegger e a reflexão sobre a linguagem como centro do pensamento de Gadamer como meios para superar os limites impostos pela metafísica. Ainda, preocupando-se com a especificidade própria do direito, adotou-se a perspectiva de Dworkin, que faz do direito um empreendimento interpretativo ligado a virtudes especiais – princípios institucionalizados – que seriam protegidos pela noção de integridade, donde se pudesse justificar argumentativamente as decisões jurídicas. Esta última seção é responsável pelo fechamento do capítulo.

O terceiro capítulo foi reservado para, através do marco da Nova Crítica do Direito, questionar o pensamento de Robert Alexy no que diz respeito à proporcionalidade e os principais elementos que a circundam, como se procurou apresentar no primeiro capítulo. Além disso, impulsionado pela perspectiva crítica do marco teórico, procurou-se identificar e estender a crítica à proporcionalidade de Robert Alexy, à doutrina e à jurisprudência pátria, como uma forma de aproximar a teoria do direito de um propósito prático. Iniciou-se o capítulo com o debate sobre a noção de princípio de Robert Alexy e sua (in)compatibilidade com a Nova Crítica do Direito. O passo seguinte foi, mediante a investigação da dicotomia entre regras e princípios, apresentar os problemas filosóficos e jurídicos ínsitos a tal divisão. A terceira seção, especificamente, procurou apresentar os problemas da procura de fundamentação da interpretação do direito sem reconhecer os diferentes níveis de racionalidade jurídica. Mais duas seções completam o capítulo. Tentou-se superar a proporcionalidade como um instrumento da discricionariedade, propondo um pensamento originário conduzido pela proteção insuficiente e a proibição do excesso como condutores à (re)leitura do direito como um empreendimento interpretativo preocupado com a integridade. Por fim, fazendo uma reflexão sobre a proporcionalidade, a argumentação e a discricionariedade, intentou-se percorrer os (des)caminhos que (in)viabilizariam a resposta correta.

Deve-se reconhecer os limites da presente pesquisa – sejam eles cognitivos e temporais –, pois deixou-se, por exemplo, de abordar mais profundamente as bases filosóficas da argumentação jurídica de Robert Alexy, limitando-se apenas a apresentá-la como vinculada à fundamentação dos Direitos Fundamentais, ou de seus conflitos, como questão que deve ser enfreitada, pois envolveria a interrogação sobre a discricionariedade e à legitimidade das decisões (ponderações) judiciais. Isso porque uma pesquisa mais

aprofundada, somente da argumentação, certamente inviabilizaria a presente pesquisa, por isso merecer ser objeto de um trabalho próprio, talvez, em outro nível acadêmico, inclusive, indagando o emprego da lógica e da pragmática na argumentação. Outra questão que deve ser referida é a limitação da exploração hermenêutica, nos postulados da Nova Crítica do Direito, que assume como pressuposto ético-jurídico para a Hermenêutica Filosófica (Filosofia Hermenêutica) uma espécie de simbiose com o pensamento de Ronald Dworkin.

Certamente, boa parte das críticas e conclusões deste trabalho são frutos da assunção do marco teórico da Nova Crítica do Direito, postulada por Lenio Luiz Streck, dessa forma reconhece-se o caráter provisório e parcial das conclusões obtidas. O reconhecimento dessa limitação pode servir como uma amostra da aplicação de uma postura hermenêutica que procura valer-se da finitude e temporalidade para, ao fundir horizontes, explorar novos desvelamentos.

2 A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA ATUAL QUADRA DA HISTÓRIA DO DIREITO

2.1 A PROPORCIONALIDADE COMO ATUAL PRINCÍPIO EPOCAL DO DIREITO BRASILEIRO

O direito brasileiro tem apresentado, através da doutrina e da jurisprudência, a sua vinculação a uma forma de resolver os problemas judicativos que recorre constantemente ao chamado princípio da proporcionalidade e à parte do aparato técnico que envolve a utilização desse princípio, pode-se citar, por exemplo, a utilização da ponderação como forma de resolução de conflitos.

A titulação da presente seção apropria-se de uma expressão filosófica cunhada por alguns pensadores que questionam as influências que o pensamento humano sofre em determinados momentos históricos marcantes da teoria do conhecimento. Isto é, seria possível falar de uma história da filosofia e, para tanto, apontar sinteticamente momentos próprios em que determinadas concepções dominavam a reflexão. De acordo com o que apresenta Stein, os princípios epocais devem ser concebidos como “princípios que comandam a harmonia do mundo e nos quais, portanto, pode-se fundamentar o conhecimento.”¹

A importância da discussão desse tema estaria no condicionamento que um princípio epocal imprime no conhecimento das coisas e na reflexão. A identificação de princípios epocais pode ser atribuída ao pensamento de Heidegger, quando este buscou romper com uma tradição filosófica que se mostra(va) identificada com o modelo científico de conhecimento, fazendo da metodologia técnica a forma imperativa de reflexão sobre as coisas.²

Seria possível dizer que Heidegger, ao colocar-se frente à questão do conhecimento científico, procurou estabelecer os limites dogmáticos que tal forma de ver as coisas produziria na experiência humana reflexiva. Assim, Heidegger vai questionar sobre o esquecimento do Ser na história da filosofia, ou seja, vai dizer que a filosofia ao longo da história, ao tratar da metafísica ocidental, permitiu que o pensamento sobre o Ser se mantivesse encoberto.

¹ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Editora Unijuí, 2002, p. 114.

² A expressão coisa é aqui assumida como a designação de uma reflexão sobre todos os fenômenos que instigam o pensamento humano.

Heidegger queria colocar a reflexão novamente sobre a questão do Ser, afastada historicamente em razão da força epistemológica proporcionada pelos mais diversos princípios epocais da história da filosofia. Sob efeito dos princípios epocais, a reflexão do Ser sempre se manteve escondida na delimitação do pensamento exclusivo do ente. Seria exemplo disso o pensamento platônico sobre as Idéias, o aristotélico sobre a Substância, o Cogito cartesiano, o Eu Transcendental kantiano, o Eu Absoluto hegeliano, a Vontade de Poder nietzscheana,³ dentre outros.

A conseqüência da influência dos princípios epocais é que eles delimitam o campo de reflexão, constituindo um paradigma para o pensamento. Deve-se admitir que o princípio da proporcionalidade não poderia ser propriamente equiparado como um princípio epocal da filosofia, nos moldes apresentados por Heidegger e Stein, mas, simbolicamente, poderia ser comparado a ele, tomando dele o aspecto de um fundamento último do conhecimento que não precisaria – e nem deveria – ser questionado.

Talvez seria mais próprio afirmar que ao invés de um princípio epocal igual aquele questionado filosoficamente, a proporcionalidade ao ser invocada como fundamento das decisões judiciais vale-se da força de um enunciado performativo, indicando que naquela situação específica a resolução adotada é justa. O enunciado performativo pode ser conhecido no contexto do pensamento filosófico de J. L. Austin ao desenvolver a tese sobre a linguagem e a ação. Isto é, a linguagem não poderia ser reduzida apenas a descrição de alguma coisa, mas implicaria numa determinada ação do sujeito.⁴ Com Austin, como analisa Manfredo Araujo de Oliveira, a verdade e falsidade de uma sentença colocar-se-ia de maneira diferente, qual seja: sob que condições a ação em questão se realiza?⁵ As condições nas quais determinado enunciado é empregado representariam uma convenção significativa, vinculando-os a determinadas ações pré-estabelecidas. Como

³ Cada um dos princípios epocais apontados tem o seu lugar de destaque no empreendimento filosófico de cada um dos filósofos que, por sinal, apresenta elementos próprios no pensar. Assim, por exemplo, a filosofia de Nietzsche poderia ser diferenciada dos demais filósofos por inverter o modelo de pensamento do mundo supra-sensível – o ente perfeito e verdadeiro, como a Ideia platônica – para destacar o mundo sensível como verdadeiro. Cf. HEIDEGGER, Martin. *Nietzsche I*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 178-187. Ainda, sobre a crítica filosófica aos princípios epocais consultar: HEIDEGGER, Martin. A superação da metafísica. In: HEIDEGGER, Martin. *Ensaio e conferências*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2006; *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004, p. 139 e sgs.

⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 152: “Pelo fato de dizer as palavras, executo um ato determinado. Nesse caso, dizer alguma coisa significa “fazer alguma coisa”.” Ainda: AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer*. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

⁵ OLIVEIRA, *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, op. cit., p. 153.

esclarece Manfredo Araújo de Oliveira “os atos que executamos por meio dos enunciados performativos executam ações convencionais, ou seja, são executados na medida em que cumprem normas intersubjetivamente estabelecidas.”⁶

Quando se afirma, por exemplo, que a decisão é justa ou proporcional – aqui, quando afirma que ela satisfaz o princípio da proporcionalidade – a enunciação carregaria a ação do sujeito de um ato intencional praticado num contexto de Justiça e Proporcionalidade.

No Direito a realização da Justiça é uma convenção importante. As demandas judiciais ao empregarem a busca pelo seu Direito – direito das partes – estariam requisitando a Justiça. Não se pretende ingressar na discussão quanto a noção de Justiça, mas apresentar a força simbólica da utilização do princípio da proporcionalidade como um enunciado performativo, empregado como o critério utilizado para realizar a Justiça.

Sendo assim, quando a decisão judicial é fundamentada no princípio da proporcionalidade estaria de maneira imamente enunciando a ação de que a Justiça estaria sendo feita, entregando aos postulantes aquilo que pretendiam. As partes receberiam aquilo que estavam procurando ao mesmo tempo que o Direito exerceria a sua função de decidir os problemas de forma justa. Estariam todos satisfeitos visto que o sentido que a convenção intersubjetiva de Justiça teria sido satisfeita.⁷

Emerge, portanto, a principal indicação do trabalho: o princípio da proporcionalidade como um ideal de Justiça – e, talvez, por esse motivo aceita – permitiria o exercício do poder discricionário forte do intérprete? Ou, ainda, verificando esse poder discricionário forte do intérprete que problemas poderiam ser identificados a partir da Nova Crítica do Direito.

Então, a ressalva se faz na comparação da proporcionalidade como um princípio epocal mais no seu condicionamento simbólico de que um fundamento último da *ratio* jurídica – como um critério dificilmente questionado –, do que a força e imposição que um

⁶ OLIVEIRA, *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, op. cit., p. 154.

⁷ A força performativa do enunciado que emprega o princípio da proporcionalidade como resolução justa preencheria uma série de condições que sustentariam a ato performativo como (1) um procedimento aceito convencionalmente; (2) as pessoas e circunstâncias particulares seriam reconhecidas para invocar o procedimento; (3) o procedimento seja executado corretamente pelas partes e completamente. Cf. OLIVEIRA, *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, op. cit., p. 154. Por exemplo: a enunciação performativa da proporcionalidade como o critério justo (Justiça) decorreria da convenção de que o Poder Judiciário estaria legitimado para decidir a questão postulada pela parte. E, que na decisão, o Poder Judiciário convencionalmente aplicaria o Direito. Um Direito justo. Esta seria a força simbólica do enunciado performativo.

princípio epocal exerce sobre a filosofia e o conhecimento nos moldes apresentados e combatidos por Heidegger.

O objetivo neste ponto é colocar a proporcionalidade e o instrumental jurídico que lhe acompanha como influência incontornável ao pensamento jurídico brasileiro. Evidências para essa aproximação são latentes na doutrina e na jurisprudência. Partindo da doutrina seria (im)possível⁸ arrolar todos os trabalhos produzidos na última década que acabam, de uma forma ou de outra, tratando sobre a matéria ou tendo como solução final para os problemas jurídicos o princípio da proporcionalidade ou a ponderação, entendidos como sinônimos.

Como indício jurisprudencial da influência do chamando “princípio epocal da proporcionalidade” é possível apresentar uma série de decisões,⁹ dos mais variados tribunais - da cúpula do Poder Judiciário até a sua base -, onde o juízo utiliza da proporcionalidade ou da ponderação de princípios como forma de resolver os conflitos jurídicos.

Uma das faces concretas do “princípio epocal da proporcionalidade”, novamente, empregado simbolicamente, seria a conformação de um senso comum teórico dos juristas

⁸ Impossibilidade prática diante do grande número de publicações jurídicas que tratam sobre o assunto. Assim, para fins ilustrativos, citar-se-á algumas produções doutrinárias consultadas sobre o assunto, pesquisadas para o presente trabalho, somente no direito brasileiro: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais* e *Curso de direito constitucional*, de autoria de Gilmar Mendes; *Curso de direito constitucional*, de Paulo Bonavides; *Interpretação e aplicação da Constituição e Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, de autoria de Luis Roberto Barroso; *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, *Interpretação constitucional*, *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, de autoria de Virgílio Afonso da Silva; *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, de Humberto Ávila; *Ponderação, racionalidade e atividade jurisprudencial*, de Ana Paula Barcelos; *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, de Wilson Antônio Steinmetz; *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional* de Paulo Gustavo Gonet Branco; *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais* de Suzana de Toledo Barros; *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição* de Paulo Arminio Tavares Buechele; *Teoria geral dos direitos fundamentais* de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins; *Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica* de Thomas da Rosa Bustamante; *Teoria processual da constituição* de Willis Santiago Guerra Filho; *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade* de Ana Paulo Ávila; *Colisão de direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal* de Joana de Moraes Souza Machado Carvalho; *A proporcionalidade como princípio de direito* de Wellington Pacheco de Barros e Wellington Gabriel Zuchetto Barros.

⁹ *STF* – ADI 855-2, HC 95351, RE 244.1558-9, REO 582.352-1; *STJ* - AgRg-EDcl-REsp 929.847, REsp 251.157, REsp 948.944, EDcl-MS 11.833; *TRF4* – AC 2006.71.04.008327-0, AI 2008.04.00.028369-0, AI 2009.04.00.003536-4, AC 2007.71.08.0000281-9. Algumas das decisões que se utilizaram da proporcionalidade serão objeto de análise no terceiro capítulo do presente trabalho.

brasileiros,¹⁰ condição já indiciada pela produção doutrinária acima arrolada, que faz com que o ideal de compreensão do fenômeno jurídico esteja condicionado a uma avaliação da proporcionalidade das decisões, ou da ponderação de princípios, de acordo com as circunstâncias que lhe são determinadas pelo caso concreto.

Em outras palavras, a utilização indiscriminada de algo, sem reflexão, pode provocar sérios prejuízos, assim como a utilização da alta tecnologia que atualmente impera na sociedade contemporânea que já permite, por exemplo, uma variada manipulação da característica genética humana. Da mesma forma, o pensamento jurídico não deixa de reclamar o perigo da falta de reflexão. Isto é, a utilização do princípio da proporcionalidade sem um conhecimento aprofundado dos seus pressupostos, e mais, das limitações que condicionam tais pressupostos, possui um efeito nocivo, considerando, principalmente, a vinculação que se estabeleceu entre o princípio da proporcionalidade, a interpretação do direito e os Direitos Fundamentais.

O presente trabalho de certa forma é afetado pela força do princípio da proporcionalidade, mas desta afetação procurar-se-á ultrapassar uma barreira estabelecida pelo senso comum teórico que acabou por potencializar os efeitos hermenêuticos do reconhecimento do princípio da proporcionalidade no sistema jurídico brasileiro. Para tanto, inspirado no embate que Heidegger estabeleceu com a histórica da metafísica ou do encobrimento da questão do Ser na filosofia, entende-se ser necessário abrir um caminho à reflexão do princípio da proporcionalidade que não se limite às barreiras dogmáticas que o cercam.

Isso levará à tentativa de resgatar um pensamento originário sobre o assunto, ou procurar estabelecer uma abertura na planificação da reflexão estabelecida pelo princípio da proporcionalidade no direito brasileiro, no qual as questões sobre os seus pressupostos e limites, bem como sobre uma possível discricionariedade ficam submersas à habitual tendência de delegação de forças ao Poder Judiciário, sem a necessária contraposição aos ideais do Estado Democrático de Direito.

¹⁰ Expressão que faz referência ao pensamento desenvolvido por Luis Alberto Warat ao criticar a superficialidade e estabilização de um conhecimento que não é questionado pelos juristas, acostumando-lhes a um determinado hábito intelectual que se utiliza de pequenas condensações de saberes, teorias fragmentadas, recorte de discursos utilizados por outros; que acabam por tornar concepções aceitas que, na grande maioria das vezes, ocultam conteúdos políticos – de poder-, na investigação de verdades. Cf. WARAT, Luis Alberto. Senso comum teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas. In: *Introdução geral ao direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 15.

2.2 GÊNESE CONTEMPORÂNEA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: A PONDERAÇÃO COMO INFLUÊNCIA DO REALISMO JURÍDICO E A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES

O presente trabalho reconhece que o princípio da proporcionalidade que influencia o direito brasileiro provém da doutrina chamada de Teoria dos Direitos Fundamentais desenvolvida na Alemanha por Robert Alexy, mediante a observação quanto a efetividade, aplicabilidade e metodologia utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundessverfassungsgericht*) para concretização dos Direitos Fundamentais através de sua jurisprudência.¹¹

Observando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão o autor pode identificar decisões que faziam referência a colisão de Direitos Fundamentais. Essa colisão surgiria como produto da análise de questões provenientes do controle de constitucionalidade das leis, e até mesmo, do controle dos atos do Estado lato sensu. Isso porque nas discussões jurídicas quase sempre seria possível identificar que o ato do Estado (legislação, administração ou decisão) procurava preservar um determinado interesse ou valor, e que este, muitas vezes, acabaria por entrar em conflito com os Direitos Fundamentais constitucionalmente protegidos.

Diante desse problema, o Tribunal Constitucional Alemão passou a se utilizar de uma metodologia própria que ficou reconhecida como ponderação de interesses ou valores. Era através da ponderação que os interesses ou valores aparentemente em conflitos eram colmatados mediante uma harmonização proporcionada jurisdicionalmente.

O Poder Judiciário, mais especificamente, o Tribunal Constitucional Alemão, como responsável por resolver os problemas apresentados, parece estar influenciado por duas concepções que influenciaram o pensamento jurídico no final do século XIX e início do século XX. Seriam elas o realismo jurídico e a jurisprudência dos valores. Isso porque o uso da ponderação como um método de resolução de conflitos guardaria referência ao realismo jurídico, concebendo a convicção de que somente pela intervenção do Poder

¹¹ Não se ignora que em alguns momentos o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade são tomados como sinônimos, como juízos equitativos ou justos. Apesar disso, é possível estabelecer uma distinção originário na qual, o princípio da proporcionalidade surge de uma influência germânica – e por isso a sua maior construção metódica – ao passo que a razoabilidade é considerada como um produto do *substantive due process* pensado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 213 e sgs.

Judiciário seria possível determinar o que é o direito, principalmente, considerando as necessidades do caso concreto. A influência da jurisprudência dos valores poderia ser notada pela necessidade de eleição ou harmonização de valores pelo julgador à resolução dos problemas jurídicos concretos.¹²

O realismo jurídico pode ser considerado como a concepção do direito que se contrapõe à ideia de um sistema jurídico pronto e acabado de onde se pode extrair a validade das normas jurídicas. Além de critérios para a validade das normas jurídicas, as normas também deveriam responder a uma expectativa de eficácia. A radicalização do realismo concebe o direito como um conjunto de normas que efetivamente são seguidas numa determinada sociedade.¹³ Assim, a efetividade das normas jurídicas somente seria considerada no ato de sua aplicação, quer dizer, as normas jurídicas a que o direito faz referência não seriam aquelas criadas pelo poder legislativo, pois o seu sentido somente seria precisado mediante um ato de aplicação judicial. Valeria, então, a interpretação dada pelos juízes às normas jurídicas.¹⁴

Uma das principais características do realismo seria a de que o direito deveria ser estabelecido de acordo com as possibilidades jurídicas possíveis do caso concreto. Mesmo havendo um sistema de regras que referenciarium determinadas situações hipotéticas, a eficácia de tais normas apenas valeriam quando aplicadas pelo juiz. Pela perspectiva realista, o direito é aquilo que se aplica na realidade, isto é, as decisões adotadas pelos tribunais.¹⁵

O realismo jurídico que se destaca é a americana, considerando a sua pretensão de oposição ao formalismo jurídico, como meio para procurar fazer com que o direito se mantenha atualizado com as mutáveis condições econômicas e sociais que o permeiam. Para a doutrina norte-americana, o realismo pode ser definido sobre quatro teses.¹⁶ O

¹² Alexy apresenta os indícios da anunciada influência do realismo jurídico e da jurisprudência dos valores ao esclarecer que o Tribunal Constitucional Alemão ao longo da sua prática jurisprudencial criava novas determinações aos direitos positivados constitucionalmente. Poderia dizer-se que o significado dos Direitos Fundamentais na Alemanha seria um produto da jurisprudência do Tribunal Constitucional. Também seria possível verificar que a metodologia empregada pelo Tribunal Constitucional Alemão acabou reabilitando uma teoria valorativa dos Direitos Fundamentais. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 27-29.

¹³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 142.

¹⁴ Id., *Ibid.*, p. 143.

¹⁵ ANDREA FERREIRA, Fernando Galvão de. Realismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p. 700.

¹⁶ BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 220.

direito deve ser visto em razão da sua condição instrumentalista ou funcionalista, isto é, serve para realizar as políticas adotadas pelo governo do país, não podendo se limitar a ser deduzido de um conjunto de conceitos ou de regras formais, dessa forma sempre é reconhecida a possibilidade de o juiz criar um direito novo.¹⁷ A segunda tese reclama o caráter indeterminado das regras jurídicas que somente poderia ser solucionado mediante a aplicação do direito no caso concreto.¹⁸ Essa margem de apreciação do direito somente poderia ser preenchida pelo ato interpretativo do juiz, portanto, quando se fala no exercício do poder discricionário na aplicação do direito pode-se identificar a influência da doutrina realista. A terceira tese seria a colocação de uma pergunta empírica sobre o direito, isto é, “o que fazem os tribunais e quais são os efeitos das suas decisões?”¹⁹ O que se pretende é não perder a condição prática do direito em conceituações idealizadas, que afastariam o direito conceitual da sua verdadeira realidade aplicativa. Por fim, a quarta tese que sustenta o realismo americano seria um deslocamento de um direito idealizado de forma conceitual, pelo qual seus princípios vetores permitiriam a dedução das soluções nos casos concretos, para uma condição anticonceitualista. O direito deve ser definido pelo modelo de comportamento imprimido pelos tribunais ou por outros órgãos de aplicação do direito, sendo inútil qualquer tentativa de conceitualização prévia.²⁰

Apesar do repúdio ao conceitualismo jurídico, o realismo jurídico de matiz americana também adota uma postura parecida com o positivismo jurídico de índole formalista, na sua tentativa de construir uma ciência do direito pura, nos moldes do modelo de Kelsen.²¹ Isso porque tanto o realismo quanto o positivismo jurídico formalista excluiriam da reflexão jurídica a discussão sobre aos valores considerados como relevantes para a tomada de decisão, pensando neles como uma condição prática necessária para o direito, mas não problematizável juridicamente. Isto é, os valores influenciariam na decisão jurídica, todavia, não poderiam ser produto da racionalidade jurídica ou ciência jurídica.

Com o breve delineamento do realismo jurídico acima, principalmente aquele de matiz americano, é possível identificar um direcionamento da metodologia hermenêutica do direito passando da concepção de um sistema construído através de esquemas

¹⁷ BILLIER; MARYIOLI, *História da filosofia do direito*, op. cit., p. 221.

¹⁸ Id., *Ibid.*, p. 223.

¹⁹ Id., *Ibid.*, p. 224.

²⁰ Id., *Ibid.*, p. 226.

²¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

conceituais e formais para uma condição prática, que busca dizer em cada caso concreto o que é o direito em razão da sua aplicação diante dos diferentes contextos sociais e econômicos que o permeiam. Essa seria uma das influências identificadas na metodologia da ponderação, ou seja, a resolução de problemas concretos.

Todavia, os esquemas de ponderação utilizados pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão não se limitam apenas à influência realista de produzir o direito em virtude do caso concreto, mas se enraízam na identificação de valores no direito, estes que, no caso concreto, aflorariam e entrariam em colisão, exigindo do intérprete uma harmonização. Ao reconhecer a existência de valores no direito, que estariam por trás das discussões jurídicas, poder-se-ia lembrar as condições características da chamada jurisprudência dos valores.

A dogmática jurídica, esboçando reações ao positivismo jurídico formal, procurou alternativas que permitissem romper com o modelo de direito típico de regras, então em vigor no final do século XIX e início do século XX. O positivismo jurídico teria falhado ao equiparar o direito à lei, limitando-se a buscar, nas estruturas formais das normas, esquemas lógico-normativos como os grandes condutores da validade jurídica.²² A interpretação não poderia fazer parte do direito, dessa forma construiu-se dogmas que ainda influenciam o direito como os da unidade, coerência e completude. A excelência de um sistema jurídico seria aquele que apresentasse os três pilares da perfectibilidade, logo antes mencionados.²³ Talvez um dos pilares do positivismo jurídico lógico-normativo tenha sido o principal responsável pela sua exposição e declínio para o pensamento jurídico. Isto é, a completude do sistema não se sustentava mais, visto que seria humanamente impossível determinar as condições de aplicação do direito de forma prévia. Por essa razão, o direito constantemente sofria com a ação do tempo e do contexto, mostrando que deveria ser interpretado,²⁴ momento em que o dogma da completude se perdia.

²² KAUFMANN, Arthur (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 120.

²³ Sobre o assunto é possível consultar: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

²⁴ Falando da experiência romano-canônica Merryman refere que o dogma da completude sustentado pelos vários doutrinadores do sistema jurídico pertencente à *Civil Law* se deparam com a constante necessidade de interpretação do direito, pois, como refere o autor, o direito não se aplica automaticamente, mas apenas mediado através do ato jurisdicional. Cf. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 86-87.

Outra questão importante que viria a depor contra o positivismo jurídico seria o fato de que, em razão da sua dissociação de qualquer condição moral, inclusive, de uma moralidade institucionalizada juridicamente, seria possível assim a promulgação de leis com qualquer conteúdo. Por essa brecha é que a filosofia nacional-socialista invadiu o direito e fez dele o seu servo. O legislador ao se livrar de qualquer consciência moral, também teria perdido a sua possibilidade crítica, como se pode deduzir da seguinte afirmação de Kaufmann: “o positivismo jurídico promoveu as grandes obras legislativas dos fins do século XIX, porque o legislador da altura ainda era guiado por uma forte consciência moral. Contudo, nas ditaduras do nosso tempo, tal pressuposto já não é válido sem mais;”²⁵ Como conclui o autor, as “leis vergonhosas já não se limitam a ser exemplos acadêmicos, tendo-se tornado realidade.”²⁶

Como destaca Kaufmann, no período nacional-socialista foi possível a promulgação de leis abjetas, imorais e criminosas.²⁷ Uma contribuição é feita por Barroso quando faz referência ao fato de que a Constituição de Weimar foi superada pelo caldo cultural que se formou na Alemanha a partir do final da primeira guerra mundial, de tal forma que a realidade política se contrapunha à própria Constituição, como se exemplificou pela possibilidade de edição de leis diretamente pelo governo imperial, mesmo que divergentes ao texto constitucional.²⁸ Ainda Kaufmann procura referir que “os direitos fundamentais foram qualificados como legado do liberalismo e do individualismo, os quais, na <<comunidade étnica>> podiam, quando muito, aspirar um lugar subordinado.”²⁹

Como reação aos problemas que o positivismo jurídico não conseguiu enfrentar, a exaltação dos valores, caudatários da jurisprudência dos valores, é considerado como o ponto positivo que a história propiciou para o direito. A exemplo disso, Barroso afirma que a volta dos valores para o direito é a grande “consequência da crise moral do positivismo jurídico e da supremacia da lei, após o holocausto e a barbárie totalitária do fascismo e do nazismo”³⁰, fazendo com que, no âmbito jurídico interno, “diferentes países

²⁵ KAUFMANN, *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Op. Cit., p. 125.

²⁶ Id., *Ibid.*, p. 125.

²⁷ Id., *Ibid.*, p. 123.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35. Aproveita-se para reproduzir a citação feita pelo autor do Artigo 2º da lei de autorização (*Ermächtigungsgesetz*): “As leis imperiais aprovadas pelo governo imperial podem divergir da Constituição imperial, desde que não tenham por objeto a instituição do parlamento e do conselho imperiais. Os direitos do Presidente do Império permanecem intocados.”

²⁹ KAUFMANN, *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, op. cit., p. 123.

³⁰ BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, op. cit., p. 277.

reconhece(ss)e(m) a centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, que passam a ser protegidos por tribunais constitucionais.”³¹

A jurisprudência dos valores, de certa forma, responde às duas questões postas. Isto é, reconhece que o direito não é simplesmente o produto de deduções formais de índole técnica, concepção que acabou por sucumbir diante das necessidades apresentadas na resolução de casos concretos, bem como que o ideal positivista de neutralidade do sistema jurídico é substituído por sua condição axiológica. Isto é, o sistema jurídico consagraria valores que nem sempre seriam reproduzidos pela legislação.

Quando a legislação promulga determinada lei, ela estabelece uma hierarquia dos valores considerados, determinando uma relação de prevalência entre eles.³² Assim sendo, se os valores estariam o tempo todo influenciando as decisões do legislador, por que seria vedado ao julgador conhecer esses valores? Por isso, a metodologia empregada pela jurisprudência dos valores envolveria a pesquisa quanto aos valores que poderiam ser utilizados para direcionar a interpretação da lei, bem como forneceria um material para juízos de analogias em outros casos.³³

Mas, num limite metodológico já tributário ao positivismo jurídico, haveria casos nos quais não seria possível encontrar a decisão através da lei, nem mesmo resolver a questão diante dos valores consagrados pelo legislador. Como se faria então? Caberia ao juiz fazer valorações adicionais no caso concreto, principalmente, quando a legislação utiliza conceitos indeterminados e cláusulas gerais.³⁴ Veja-se que a busca por uma valoração adicional seria um recurso subsidiário na interpretação jurídica,³⁵ podendo o juiz preencher esse déficit valorativo. Como refere Larenz seria “o juiz remetido para a sua intuição valorativa, para a sua capacidade de julgar, sedimentada no exercício da sua atividade (o seu <<recto juízo>>), o seu <<parecer>>”,³⁶ de tal forma que os valores ou critérios de valoração seriam extra ou supraleais.³⁷

³¹ BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, op. cit., p. 277.

³² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 164.

³³ Id., *Ibid.*, p. 164.

³⁴ Id., *Ibid.*, p. 164.

³⁵ Notadamente a interpretação é cindida em etapas, condição que se pode verificar ainda hoje em grande parte da hermenêutica jurídica, trazendo consigo os problemas inerentes a esse posicionamento como ficará demonstrado mais a frente no presente trabalho.

³⁶ LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 165.

³⁷ Id. *Ibid.*, p. 165.

Lamego expõe que a jurisprudência dos valores, além de considerar a necessidade de preenchimento de valorações adicionais nas hipóteses onde se verificasse conceitos indeterminados e cláusulas gerais, também seria admitida quando houvesse colisão entre princípios num determinado caso concreto, devendo o julgador assim, lançando mão de valorações adicionais, hierarquizar a relação entre os princípios envolvidos.³⁸ Parece que a metodologia empregada pela jurisprudência dos valores acabaria admitindo uma adição valorativa pelo Poder Judiciário quando houvesse colisões entre princípios no caso concreto a ser decidido.

A dramaticidade está na utilização da jurisprudência dos valores nos tribunais pátrios como uma forma de superação ao positivismo jurídico que deixava de reconhecer a devida eficácia às normas constitucionais, já que esta se transformou, como afirma Cruz, numa justificativa para que o Poder Judiciário fizesse juízos utilitários,³⁹ como aqueles vistos, por exemplo, em decisões quanto à necessidade de reservas orçamentárias ou da reserva do possível.

Um dos problemas que assombra a jurisprudência de valores, muito bem representada pela ponderação de valores, bens, princípios ou Direitos Fundamentais, seria a grande possibilidade de discricionariedade judicial no cálculo utilitarista feito entre os bens envolvidos. Sendo assim, o Poder Judiciário se coloca numa postura de liberdade diante de toda tradição jurídica institucionalizada, correndo o risco, inclusive, de uma relativização dos Direitos Fundamentais e dos deveres estatais que comporta.

Aliás, nesse sentido, Gonzáles afirma que o balanceamento, técnica utilizada nos Estados Unidos, ou a ponderação (*Abwägung*) realizada na Alemanha, apresentam grande controvérsias doutrinárias em ambos os países, principalmente, com a relativização de Direitos Fundamentais como forma de adaptação a novos contextos econômicos e sociais.⁴⁰

³⁸ LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma <<recepção>>*. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990, p. 64.

³⁹ Cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica (e)m debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 377.

⁴⁰ GONZÁLEZ, Santiago Sánchez. De la imponderable ponderación y otras artes del tribunal constitucional. In: *UNED. Teoría y realidad constitucional*. n. 12-13, 2004, p. 351-382. Destaque pode ser feito na utilização pela Suprema Corte para decidir os casos provenientes da década de 60-70, estabelecendo limites aos poderes públicos contra violações aos Direitos Fundamentais. Zechariah Chafee Jr. teria sido um dos primeiros juristas norte americanos ao propor a utilização do “método de ponderação” para decidir os conflito que envolvia a liberdade de expressão e os limites da legislação (matéria conhecida como *Free Speech in the United States*, suscitado, por exemplo, no caso *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109, no qual o balanceamento da Suprema Corte entendeu que a inquirição de uma testemunha sobre a sua vinculação ao

Ao procurar afastar o denominado modismo na utilização da ponderação de valores como metodologia do direito constitucional, Canotilho afirma que os motivos para a adoção desta forma de resolução de conflitos se dariam pela inexistência de uma ordem abstrata de bens constitucionais, devendo eles ser balanceados diante de determinadas situações concretas; pela forma “aberta” como as normas de Direitos Fundamentais seriam criadas, possibilitando a sua realização mediante esquemas de ponderação; e em razão da existência de uma fragmentação da unidade de valores de uma comunidade, que exigiria uma constante revitalização mediante a ponderação deles em casos concretos.⁴¹

Como condição metodológica para o direito, a jurisprudência dos valores retrata, como refere Cordeiro, um irrealismo metodológico, ou seja, a utilização de um metadiscurso metodológico irreal, que não poderia ser aplicado nas questões concretas reclamadas pelo direito.⁴² O que o autor quer dizer é que a ciência do direito, ao tentar produzir conhecimento, acabou por desenvolver métodos para certificar o seu resultado, despreocupando-se com um efetivo vínculo com a realidade. Nesse sentido, o método desenvolvido pela jurisprudência dos valores - a ponderação -, por si só não poderia garantir nem certificar os seus resultados, como se fosse possível através dela construir um metadiscurso sobre o direito, limitando o fenômeno jurídico a sua condição primordialmente epistemológica.

Como anteviu Larenz, a adição de valores para a resolução dos problemas jurídicos provoca a discussão quanto aos critérios de racionalidade e quanto ao juízo de valoração feita pelo juiz ou tribunal. Pode-se verificar nas entrelinhas da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, e nas discussões caudatárias feitas pelo autor após tal obra, que uma das suas preocupações seria demonstrar o caráter racional na resolução de problemas que envolvessem decisões sobre valores, questão que será discutida mais a diante no presente trabalho.

Partido Comunista não violaria a Primeira Emenda, devendo “preponderar” o interesse público sobre o privado), necessitando do balanceamento como forma de sopesar estes interesses contrários. De forma parecida, pode-se destacar o primeiro caso em que o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) teria lançado mão do uso da ponderação. Este caso ficou conhecido como Lüth (BverGE 7, 198, 210 y SS.).

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1237.

⁴² CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. XXVIII.

Nesta seção foi explicitado que a ponderação utilizada metodologicamente pelo Tribunal Constitucional Alemão tem vinculações implícitas com duas acepções do direito como o realismo jurídico americano e a jurisprudência de valores, questões que acabam influenciando a teorização feita por Robert Alexy. Na próxima seção, no entanto, será apresentada a elevação da proporcionalidade (ou da ponderação) como lócus apropriado às discussões quanto à efetivação dos Direitos Fundamentais, principalmente, na sua condição de parâmetro para o controle de constitucionalidade dos atos jurídicos.

2.3 A PROPORCIONALIDADE TOMADA COMO CRITÉRIO PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Não seria tecnicamente correto tratar a proporcionalidade e a ponderação como sinônimos,⁴³ mas quando se fala da sua condição metódica ou hermenêutica, seria possível tratá-las como tal. Quando se investiga a constitucionalidade de determinado ato, e se refere a sua proporcionalidade, se está implicitamente assumindo como pressuposto a utilização de uma metodologia de ponderação. Quer dizer, a proporcionalidade parece surgir como uma análise quanto à ponderação realizada para verificar se determinado ato (meio) seria apropriado constitucionalmente (fins). Poderia assumir-se que tanto o fim almejado quanto o instrumento utilizado para atingi-lo suportariam a concretização de um determinado princípio, valor ou bem constitucional.

A partir de então a proporcionalidade passa a ser concebida como o necessário resguardo à efetivação dos Direitos Fundamentais diante de atos do Estado que viessem a prejudicar o núcleo essencial deles, em conformação com o que estabeleceu a Constituição Alemã de 1949 no seu artigo 1º e 19º.⁴⁴ A proteção ao núcleo dos direitos fundamentais

⁴³ A proporcionalidade poderia ser tomada como o gênero do qual a ponderação faria parte. A proporcionalidade envolveria além da ponderação, e precedente a ela, as análises quanto à adequação e necessidade, como se verá mais adiante. Somente preenchidos os requisitos da adequação e necessidade que se poderia ponderar ou perscrutar a proporcionalidade no seu sentido estrito. Cf. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*: el principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 569- 570.

⁴⁴ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 46. O artigo 1º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha possui a seguinte disposição: “Art. 1º. Proteção da dignidade humana. 1. A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e de a proteger. 2. O Povo Alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. 3. Os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito

sempre poderia ser requisitada quando uma lei lhe restringisse excessivamente, mesmo que tal condição fosse verificada na exação de uma lei que pretendesse dar concretude ao Direito Fundamental. Isso porque não seria novidade que uma lei com a pretensão de concretizar um determinado direito fundamental acabasse por restringir outro.

É certo que a interpretação das Constituições pós-segunda guerra procura dotar do máximo de eficácia as normas constitucionais, principalmente aquelas que expressam Direitos Fundamentais. Contudo, não se poderia esquecer que a refinação de tais direitos, ou a concretização deles, dariam-se mediante os atos do poder legislativo. Entretanto, para que os Direitos Fundamentais não tivessem o seu conteúdo esvaziado, desenvolveu-se a doutrina da sua aplicação imediata. Em outras palavras, não poderia o cidadão aguardar *ad eternum* a concretização de Direitos Fundamentais mediante a ação legislativa.

O efeito nefasto que produz a correlação entre concretização dos Direitos Fundamentais e o poder legislativo pôde ser experimentado durante o regime nazista, quando as normas da Constituição de Weimar não tinham aplicabilidade por omissão do legislador, aquele que era o competente à função, inexistindo, em contrapartida, instrumentos jurisdicionais que suplantassem a inércia.⁴⁵ A Lei Fundamental de 1949 caracterizou o sistema jurídico de tal forma que os Direitos Fundamentais ganharam uma atenção especial, vinculando todas as esferas de exercício do poder estatal, bem como instrumentalizando os cidadãos de mecanismos hábeis a realização e proteção dos seus direitos mediante a exigência jurisdicional.⁴⁶

imediatamente vigente.”. Também o artigo 19 refere que: “Art. 19. Restrição dos direitos fundamentais. 1. Quando de acordo com a presente Lei Fundamental um direito fundamental poderá ser restringido pela lei ou em virtude de uma lei, está deverá ter caráter geral e não estar limitada ao caso individual. Ademais, a lei deverá mencionar o direito fundamental indicando o artigo correspondente. 2. Em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em seu conteúdo essencial. 3. Os direitos fundamentais valem também para as pessoas jurídicas com sede no país, enquanto por sua própria natureza sejam aplicadas as mesmas. 4. Toda pessoa cujos direitos sejam vulnerados pelo poder público, poderá recorrer a via judicial. Se não houver outra jurisdição competente para conhecer o recurso, a vida será dos tribunais ordinários.”

⁴⁵ Um dos problemas centrais seria a consideração das normas de Direitos Fundamentais previstos na Constituição de Weimar como normas eminentemente programáticas, sem força jurídica. Outro fato que deu a sua contribuição à ineficácia seria a previsão de que o tribunal estaria incumbido somente na resolução de litígios entre o império e os estados. Cf. ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 98.

⁴⁶ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285: “Os efeitos corrosivos da neutralização ou da destruição dos direitos postos na Constituição foram experimentados de modo especialmente notável na Alemanha, quando da implantação do nazismo. A noção de que os direitos previstos na Constituição não se aplicam imediatamente, por serem vistos como dependentes da livre atuação do legislador, e a falta de proteção judicial direta desses direitos propiciam a erosão do substrato democrático da Constituição de Weimar, cedendo espaço a que se assentasse o regime totalitário a partir de 1933. A Lei Fundamental de 1949 reagiu contra essas falhas, buscando firmar-se em

Mendes afirma que antes mesmo da atual constituição brasileira em vigor, seria possível reconhecer uma ideia embrionária de proporcionalidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Cita como exemplo a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 18.331, no ano de 1953, na qual o Poder Judiciário teria feito o controle do excesso do poder para proteção do direito de propriedade. Ainda sob a tutela do autor, seria possível reconhecer indícios do princípio da proporcionalidade também nas decisões do Supremo Tribunal no HC 45.232, Rp. 930 DJ de 2-9-1977.⁴⁷

Influenciado nessa perspectiva, a Constituição Brasileira de 1988 procurou dar um salto qualitativo na concretização dos Direitos Fundamentais ao eleger a aplicabilidade direta das normas que definam direitos e garantias fundamentais.⁴⁸ Essa aplicabilidade direta não se pode resumir apenas aos direitos individuais, mas também, alcança os direitos sociais, como esclarece Mendes.⁴⁹ Barros afirma que a proporcionalidade subsistiria como um princípio decorrente do regime e demais princípios adotados pela Constituição Brasileira, permitindo a remissão ao Artigo 5º, §1º e 2º.⁵⁰ Por sua vez, Barroso entende que o princípio da proporcionalidade possui uma relação de fungibilidade com a razoabilidade e que a sua presença no sistema jurídico brasileiro estaria garantida como decorrência lógica do princípio do devido processo legal substantivo atribuível ao artigo 5º, LIV da Constituição.⁵¹

Assim, a conclusão de Mendes é de que o controle de constitucionalidade hodiernamente acabaria por envolver um juízo entre a lei promulgada com os fins constitucionais, analisando, principalmente, a proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) da lei, colocando-a sobre o teste da adequação (*Geeignetheit*) e da necessidade (*Erforderlichkeit*).⁵²

O autor esclarece o fato de que o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) teria a competência para se manifestar quanto à legitimidade da norma do ponto de vista de sua conveniência (*Zweckmäßigkeit*), exercendo um controle

princípios como o da proteção judicial dos direitos fundamentais, o da vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais e o da aplicação direta e imediata destes, independentemente da atuação pelo legislador.”

⁴⁷ MENDES, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 358-360.

⁴⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, Artigo 5º, § 1º.

⁴⁹ MENDES, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 285.

⁵⁰ BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, op. cit., p. 93.

⁵¹ BARROSO, *Interpretação e aplicação da constituição*, op. cit., p. 219 e 231.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 246.

sobre o exercício do poder discricionário do legislador ao colocá-los diante de uma aferição judicial.⁵³

Woischink expressa a opinião de que o Tribunal Constitucional Alemão assumiu a função de concretizar a constituição por meios das suas interpretações, promovendo a proteção dos Direitos Fundamentais, na procura da máxima efetividade das normas constitucionais.⁵⁴ Sendo assim, quando se fala na proteção aos Direitos Fundamentais o Tribunal Constitucional Alemão teria a última palavra na verificação dos limites de intervenção do Estado. A questão também é conhecida como o estabelecimento dos limites ou a salvaguarda do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, colocando toda a prática dos atos estatais sob a mira do tribunal constitucional.

No que diz respeito à legislação, a proporcionalidade surgiria como uma forma de análise quanto ao exercício deliberativo no ato de limitar ou refinar os Direitos Fundamentais previstos na Constituição. Nesse caso, quando o legislador recebe o poder discricionário para estabelecer mediante lei as limitações aos Direitos Fundamentais, tal outorga não se daria de maneira ilimitada, mas sempre, considerando um senso quanto à adequação e necessidade dos meios para atingir aquele determinado fim constitucionalmente requerido. Esse senso é que estaria sempre submetido à sindicância do Poder Judiciário.

Ainda vale menção à ideia de que a ponderação serviria como um meio de estabelecer um núcleo duro ou essencial dos Direitos Fundamentais, principalmente, quando se reconhece que a máxima eficácia dos Direitos Fundamentais pode ser concebida a partir do caso concreto. Nesse caso, a ponderação serviria para que no caso concreto fosse fixado o núcleo essencial do Direito Fundamental, inatingível por atos do Estado (principalmente, na tentativa de restringi-lo).⁵⁵

A proporcionalidade além de servir como um critério para o controle do exercício da discricionariedade com os fins e objetivos constitucionais, teria outra serventia, vinculada com uma proposta interpretativa, como um elemento certificador e condutor da

⁵³ MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, op. cit., p. 247.

⁵⁴ WOISCHINK, Jan. Prefácio. In: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Betriz Hennig e Leonard Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005, p. 29-30.

⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 143: “As chamadas teorias relativas, por sua vez, sustentam que o conteúdo essencial de um direito só pode ser visualizado diante do caso concreto e que, portanto, apenas depois da ponderação será possível identificar o que é afinal o núcleo.”

interpretação. Exercendo a primeira função, a proporcionalidade permitiria um juízo quanto à admissão de uma norma derivada dos dispositivos constitucionais. Assim, quando surgisse dúvida se um sentido poderia ser atribuído ao dispositivo constitucional, a proporcionalidade serviria para solvê-la. Na segunda função, a proporcionalidade seria um guia interpretativo quanto à pergunta sobre o suporte fático dos Direitos Fundamentais na sua concepção externa. Quer dizer, quando se perquire o âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais considerando a possibilidades de intervenção neles, de tal forma que o núcleo essencial venha a ser garantido.⁵⁶

Veja-se, assim, que a teoria dos Direitos Fundamentais tem considerado como uma das formas de aplicação e efetividade de suas normas a vinculação com a proporcionalidade, procurando estabelecer um vetor que bloqueie regulamentações, ou as próprias restrições a determinado direito. Mas para enfrentar-se efetivamente as questões que envolvem o princípio da proporcionalidade e a metodologia da ponderação, mostra-se necessário abordar um aspecto desenvolvido por Robert Alexy no que diz respeito à norma jurídica, como se fará na seção posterior.

2.4 A PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY COMO GUIA HERMENÊUTICO

2.4.1 Texto e norma e as exigências da fundamentação dos Direitos Fundamentais

Antes de prosseguir na exposição, deve-se apresentar o que Robert Alexy considera por normas de Direito Fundamental. Ao analisar as normas de Direitos Fundamentais, Alexy entende que essas normas poderiam ser identificadas na Constituição Alemã quando ela assim as designa, estabelecendo uma diferença formal com as demais normas constitucionais.⁵⁷ Contudo, as normas de Direitos Fundamentais não poderiam se resumir apenas àquelas expressamente dispostas na Constituição, mas, mesmo assim, deveriam ser

⁵⁶ Proposta que Virgílio Afonso da Silva vem desenvolvendo, principalmente, na sua obra *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*.

⁵⁷ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 66.

consideradas como de Direito Fundamental pela possibilidade de sua dedução a partir das disposições constitucionais.⁵⁸

Para tanto, Alexy expõe um critério que permitiria identificar as normas de Direitos Fundamentais em duas categorias, sendo elas, aquelas que estão dispostas como tais na Constituição Alemã, como as do artigo 1º ao 19º, juntamente com as garantidoras de direitos individuais, artigo 20, § 4º, 33, 38, 101, 103 e 104,⁵⁹ bem como outros tipos de normas, que poderiam ser expressas por elas. Esse segundo conjunto de normas é denominado por Alexy como normas de direitos fundamentais atribuídas.⁶⁰

Para se chegar às normas de Direitos Fundamentais atribuídas, Alexy demonstra que as disposições que enunciam na Constituição normas de direitos fundamentais, como acima demonstrado, poderiam apresentar indeterminações do tipo semântico ou estrutural.⁶¹ A ideia central de que parte o autor é de que os direitos fundamentais previstos na constituição (alemã) regulam de forma muito aberta as questões que estruturam as relações do Estado e da sociedade.⁶² Comparativamente, essa condição não seria apenas um privilégio da Constituição Alemã, sendo possível identificar na Constituição Brasileira uma série de dispositivos que possuem uma abertura nos termos propostos por Alexy.⁶³

Entende Alexy que as disposições dos direitos fundamentais previstos na Constituição Alemã, por si só, permitiriam uma luta política interminável para estabelecer as suas possibilidades interpretativas. Para resolver essa tarefa, o Tribunal Constitucional Alemão surge como órgão político-jurídico que apresenta determinações sobre o texto constitucional, reduzindo a sua margem de incerteza e dando significado concreto aos direitos fundamentais.⁶⁴ De acordo com Alexy mesmo com a atuação comprometida do Tribunal Constitucional, a jurisprudência construída sobre as disposições de Direitos Fundamentais também é contaminada por uma abertura.⁶⁵ Isto é, apesar do esforço do

⁵⁸ A exemplo da previsão constitucional brasileira feita pelo artigo 5º, §2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁵⁹ Procurando estabelecer desde já um paralelo com a Constituição Brasileira, seria possível dizer que as normas constitucionais dispostas nos artigos 5º seriam formalmente reconhecidas como normas de Direitos Fundamentais positivadas na Constituição.

⁶⁰ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 69.

⁶¹ Id., *Ibid.*, p. 70.

⁶² Id., *Ibid.*, p. 26.

⁶³ Como por exemplo as expressões ou enunciados: “dignidade da pessoa humana”, CF, art. 1º, III; “é livre a manifestação de pensamento [...]”, CF, art. 5º, IV; “são assegurados o contraditório e a ampla defesa”, CF, art. 5º, LV.

⁶⁴ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 27.

⁶⁵ Id., *Ibid.*, p. 28.

Tribunal Constitucional em refinar os dispositivos de Direitos Fundamentais previstos na Constituição Alemã, seria possível verificar a impossibilidade de eliminar uma condição de abertura proporcionada pelas normas (lidas, aqui, tanto os dispositivos constitucionais quanto a jurisprudência), o que mostra, indiscutivelmente, que os Direitos Fundamentais e as normas derivadas ou atribuídas a eles sempre farão com que o sistema jurídico apresente uma abertura ao sistema moral.⁶⁶

Portanto, um dos trabalhos do Tribunal Constitucional Federal Alemão seria na criação de regras semânticas quanto ao emprego de várias expressões previstas na Constituição alemã, procurando reduzir a indeterminação apresentada por ela.⁶⁷ Ao fazer isso, não se poderia negar que o Tribunal Constitucional Alemão estaria estabelecendo o que é uma norma de Direito Fundamental. Ou seja, o esclarecimento feito pelo Tribunal Constitucional Alemão quanto às expressões semanticamente abertas seria um ato de fixação normativa. Ao fazê-lo, o tribunal estaria dizendo que o enunciado derivativo da norma expressamente disposta na constituição, mas semanticamente aberta, também deveria ser considerada como norma de Direito Fundamental.

Existiriam normas na Constituição Alemã que apresentariam uma abertura estrutural. Esta condição não possibilitaria dizer se uma norma obriga a realização de uma ação ou abstenção, e mais, se estes atos permitiriam o reconhecimento da existência de um direito subjetivo do cidadão.⁶⁸ Exemplificando o assunto, Alexy apresenta o artigo 5º, §3º, 1, da Constituição Alemã, que determinava que “Ciência, pesquisa e ensino devem ser livres.”⁶⁹ Mas foi possível através do Tribunal Constitucional Alemão oferecer normas que refinassem a indeterminação estrutural oferecida pela disposição constitucional. Esse refinamento com vistas ao caso concreto, conforme expõe Alexy, permite que se expresse aquilo que é obrigado, proibido ou permitido de acordo com o dispositivo Constitucional.

Alexy parece querer chegar ao fato de que existiriam normas que não derivariam diretamente do texto constitucional, mas poderiam ser atribuídas a ele. Com isso, as normas atribuídas ao texto constitucional acabam por permitir a remissão de um número infinito de normas. Ficaria assim, em evidência, a seguinte pergunta: como se pode saber

⁶⁶ Nas palavras de Alexy: “[...] a positivação de direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais.” ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 29.

⁶⁷ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 70.

⁶⁸ Id., *Ibid.*, p. 71.

⁶⁹ Id., *Ibid.*, p. 72.

se uma norma atribuída ao texto constitucional é ou não uma norma de Direito Fundamental?

Para tanto, o autor desenvolve como critério a condição de que a norma atribuída pode ser considerada como norma de Direito Fundamental sempre que for validada “mediante uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.”⁷⁰ Isto é, a validade da norma seria conferida pela conjugação de três fatores: o texto das disposições de direitos fundamentais, os precedentes do Tribunal Constitucional Alemão e os argumentos práticos gerais utilizados na fundamentação.⁷¹ Parece que o autor pretende estabelecer que, para se conhecer uma norma de Direito Fundamental, mais especificamente as atribuídas, seria necessário reconhecer os fundamentos/argumentos a favor de tal reconhecimento. A ressalva é feita, pois permite compreender a conexão que estabelece Alexy entre norma e argumentação jurídica, ficando ao encargo desta dar o fundamento jurídico à norma.⁷²

Parece que o autor procura adotar uma dissociação entre o texto e norma, rompendo com a tentativa de se estabelecer um isomorfismo entre a lei (texto) e o direito (norma), postura esta típica do positivismo jurídico formalista já abordado. Na verdade, a dissociação fica somente na aparência. Isso porque credor do modelo hermenêutico típico positivista – que confia a norma ao texto -, o autor entende que em determinadas situações as simples disposições legais (textos) bastariam para dizer qual o direito aplicável, ou seja, que a disposição constitucional por si só daria o tom de sua aplicação.

Quando o autor fala que existiriam normas que poderiam ser fundamentadas mediante a simples remissão ao texto constitucional, passa a desconsiderar que todo o ato de aplicação das normas envolve uma interpretação. Ao se questionar que direito é aplicável, estar-se-á sempre perguntando como resolver um determinado problema jurídico que não está simplesmente posto no texto normativo, como uma regra pronta e acabada. O esforço da aplicação do direito é sempre um esforço interpretativo. Quer se dizer com isso que, quando Alexy faz referência que existem normas de direito fundamental que

⁷⁰ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 74.

⁷¹ Id., *Ibid.*, p. 74.

⁷² Poderia estabelecer-se uma tarefa diferente em fundamentar uma norma que tem a sua evidência vinculada de forma direta com a disposição do direito fundamental daquela que tem a sua condição atribuída, mas, ambas, poderiam ser fundamentadas validade. Acontece que a norma diretamente derivada das disposições constitucionais poderia ser fundamentada simplesmente com a remissão do dispositivo legal. Enquanto que a norma atribuída, de outra maneira, exigiria um esforço de demonstração da sua vinculação aos dispositivos constitucionais.

derivariam simplesmente do texto constitucional, estaria ele repristinando a hermenêutica positivista clássica. Denunciando esse tipo de postura, Streck alerta sobre a impossibilidade de que um texto tenha o seu sentido em si mesmo, independente de interpretação.⁷³ Pensar diferente seria igualar, como fazia o positivismo jurídico, a noção de texto e norma. A norma é sempre um produto da interpretação, mas que não depende do texto, não pode ser separado dele e nem equiparado a ele.⁷⁴

Friedrich Müller é um dos autores que marcou a discussão quanto à condição jurídica de norma e de texto de norma. A base da sua dissociação está depositada na crença de que o dispositivo legal não contém a norma, mas tão somente, o texto da norma, servindo a formulação do âmbito da norma.⁷⁵ Essa postura avançaria sobre o positivismo jurídico legalista, colocando em evidência a relação entre direito e a realidade hermenêutico jurídica.⁷⁶ Nessa discussão, pode-se reconhecer com Müller a impossibilidade de equivalência entre o texto e a norma, sem um processo de concretização conduzido pela metódica estruturante que conduziria à aplicação do texto constitucional. Um dos problemas seria que Müller depositaria a sua metodologia hermenêutica ainda na velha questão entre a regulamentação geral e o caso concreto. Assim, o jurista seria incumbido da tarefa de concretizar progressivamente o direito, dando-lhe aplicabilidade no caso concreto.⁷⁷ Todavia, como se afirmará mais a frente, a tarefa do jurista não seria adaptar uma norma geral ao caso concreto, mas sim, colocá-los numa relação de interdependência própria, que atravessaria a possibilidade do intérprete dispor do sentido geral e abstrato do texto com sentido individual e concreto do caso por força da *applicatio*.⁷⁸

A doutrina brasileira há algum tempo vem desenvolvendo a diferenciação entre texto e norma, podendo-se citar como expoente as contribuições de Grau que assume como

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 225.

⁷⁴ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 225.

⁷⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38: “[...] o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a “ponta do iceberg”. Por um lado, o teor literal serve via de regra à formulação do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição.”

⁷⁶ Id., *Ibid.*, p. 42.

⁷⁷ MÜLLER, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, op. cit., p. 129.

⁷⁸ Questão que será aprofundada no próximo capítulo.

um pressuposto para o direito a condição de que a norma jurídica é, inexoravelmente, um produto da interpretação.⁷⁹

Além da abertura semântica até aqui tratada, as normas de Direitos Fundamentais presentes na Constituição alemã teriam uma estrutura também aberta por sua natureza estrutural dúbia de regras e princípios. De certa forma, a distinção entre regras e princípios traçada por Alexy seria uma forma de organizar a fundamentação dos Direitos Fundamentais. De outra forma, Alexy deposita na diferenciação entre regra e princípio diferentes encaminhamentos metodológicos quanto à aplicação e fundamentação das normas que envolvam os Direitos Fundamentais. A apresentação da dicotomia proposta por Alexy, a polêmica que proporciona e suas discussões correlatas serão o tema da próxima seção.

2.4.2 Distinção primeira entre regras e princípios: a conexão desses conceitos pelas normas de Direitos Fundamentais

Viu-se na seção anterior que as normas de Direito Fundamental não estariam adstringidas às expressas disposições constitucionais, mas também, poderiam derivar delas, desde que fosse possível uma correta fundamentação. Essa fundamentação poderia utilizar-se de várias razões, mas, efetivamente, as normas de Direito Fundamental proporcionariam fundamentações diferentes de acordo com a sua estrutura.⁸⁰ Nas palavras do próprio Alexy, “Essa distinção (entre regras e princípios) é a base da teoria de fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.”⁸¹

Alexy procura ultrapassar o caminho já estabelecido para diferenciar estruturalmente as normas de direitos fundamentais como regras e princípios, apostando num caráter qualitativo existente entre essas duas espécies de normas. O principal elemento distintivo estaria depositado na concepção de que os princípios devem ser considerados como normas que demandam a sua realização na maior medida possível, levando em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.⁸² A partir dessa

⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 79 e sgs.

⁸⁰ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 84.

⁸¹ Id., *Ibid.*, p. 85.

⁸² Id., *Ibid.*, p. 90.

noção seria possível dizer que os princípios possuem uma ordem de otimização, ou, na expressão do autor, seriam mandamentos de otimização.⁸³ As regras, de outra forma, seriam normas que poderiam ou não ser satisfeitas, de tal forma que valendo uma regra deve-se acatar exatamente aquilo que ela exige.⁸⁴

Apesar de Alexy utilizar em seu trabalho Teoria dos Direitos Fundamentais a noção de princípios como mandamentos de otimização, posteriormente, procurou traçar o autor uma distinção entre mandamentos de otimização e mandamentos a serem otimizados.⁸⁵ Os princípios deveriam ser considerados como comandos a serem otimizados, transformando aquilo que idealmente seria devido, naquilo que realmente é devido.⁸⁶ Para isso, as condições fáticas e jurídicas possuem um valor especial, que determinam a possibilidade dessa passagem do ideal para o real. Noutra ponta, os comandos de otimização – ou mandamentos de otimização – se situariam num metanível, determinando aquilo que deveria ser feito no plano do objeto, quer dizer, junto ao plano dos comandos a serem otimizados.⁸⁷ Os princípios envolveriam ordens que deveriam ser cumpridas *prima face*, ainda sem considerar as condições fáticas e jurídicas. A partir de uma ordem de maximização – mandamentos de otimização – os princípios passam a interagir com as condições fáticas e jurídicas. Destaca-se que a ordem no caso é da sua realização máxima possível.

Para comprovar a distinção proposta, Alexy busca o suporte na forma como se apresentam as normas de direito fundamental – como regras e princípios – quando elas se colocam em conflito ou em colisão. Já se adianta, assim, de certa forma, como se comportariam as diferentes normas de direitos fundamentais com as regras entrando em conflito e os princípios em colisão.⁸⁸

⁸³ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 90.

⁸⁴ Id., *Ibid.*, p. 91.

⁸⁵ ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. In: *Ratio Juris*. v. 13. n. 3. Set 2000, p. 294-304.

⁸⁶ Cf. ALEXY, On the structure of legal principles, op. cit., p. 300: “Commands to be optimized are the objects of balancing or weighing. They can be termed “the ideal ‘ought’” or “ideals”. An ideal “ought” is something that is to be optimized and thereby transformed into a real “ought”. As the object of optimization, it is placed on the object level.”

⁸⁷ Cf. ALEXY, On the structure of legal principles, op. cit., p. 300: “[...] the commands to optimize, that is, the optimization commands, are placed on a meta-level. On this level they prescribe what is to be done with that which is found on the object level. They impose the obligation that their subject matter, the commands to be optimized, be realized to the greatest extent possible. As optimization commands they are not to be optimized but to be fulfilled by optimization.”

⁸⁸ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 91.

Alexy sustenta que as regras são mandamentos definitivos, válidas ou não. Se uma regra possui validade ela deve ser aplicada, fazendo-se exatamente aquilo que ela dispõe.⁸⁹ Isso porque as regras determinam quais são as condições fáticas e jurídicas para sua aplicação, de tal maneira que o seu âmbito de aplicação é fixado de forma pré-estabelecida. A noção de regra como norma jurídica conforma-se à tradicional visão que coloca em evidência a chamada teoria do suporte fático. Preenchendo a regra o seu suporte fático, a consequência jurídica seria um processo automático. A lógica das regras seria: se Y então X. Aquilo que juridicamente é conhecido como processo de subsunção.

No caso de conflito entre as regras seria necessário resolver o problema mediante a inserção de uma exceção. Quer dizer, demonstrar que uma regra pode figurar como exceção de outra. Se assim não for, seria necessária a eliminação de uma das regras do sistema jurídico, podendo-se valer de critérios de solução de antinomias, já há longa data, conhecidos no direito.⁹⁰

Todavia, no caso dos princípios, a sua condição de mandamentos de otimização faria com que a sua aplicação se desse de forma gradual de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Se um princípio entra em colisão com outro, em razão da sua condição de satisfação gradual, seria possível estabelecer uma relação de precedência entre eles, sem a necessidade de excluir qualquer um deles do sistema. Um dos princípios deveria ceder.⁹¹ Em outras palavras: seria possível harmonizar os princípios colidentes de tal forma que um poderia ser aplicado numa maior medida que o outro em razão das circunstâncias fáticas e jurídicas possibilitadas pelo caso concreto.

Seria possível dizer com suporte no autor que diante dos casos concretos os princípios teriam pesos diferentes, condição que determinaria a relação de precedência de um princípio sobre o outro.⁹²

Alexy reconhece que os Direitos Fundamentais poderiam apresentar colisões tanto num sentido restrito quanto amplo. No seu sentido restrito, colisão somente poderia ser considerada quando Direitos Fundamentais entrassem em atrito. A forma ampla, por sua vez, poderia ser verificada quando além da afronta entre Direitos Fundamentais, houvesse

⁸⁹ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 91.

⁹⁰ Fazendo referência a elas: *lex posterior derogat legi priori* e *Lex specialis derogat legi generali*. Critérios há muito tempo conhecidos na teoria, filosofia e hermenêutica jurídica, conforme exposição de Kelsen e Bobbio, por exemplo.

⁹¹ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 93

⁹² Id., *Ibid.*, p. 94.

a colisão com outras normas ou princípios que têm como objetivo proteger bens coletivos.⁹³

A conclusão a que chega o autor toma como base as decisões do Tribunal Constitucional Alemão em que fora identificado o sopesamento de interesses, permitindo, a partir das decisões que tratavam da incapacidade de participar de audiência processual e no caso Lebach, estabelecer: (1) uma lei de colisão, como uma estrutura que soluciona a colisão entre princípios; e (2) uma norma de direito fundamental atribuída como resultado do sopesamento. Como se viu em seções anteriores, diante desses propósitos pode-se afirmar que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão é influenciada de maneira latente pela jurisprudência dos valores, principalmente, porque o tribunal ao falar de sopesamento de interesses ou valores, acaba por equipará-los à condição de normas de Direitos Fundamentais do tipo princípios.⁹⁴

No que diz respeito à lei de colisão, Alexy afirma que a decisão sobre a possibilidade de participação ou não em audiência do acusado que corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou infarto (*BVerfGE 51, 324*) colocaria em evidência a colisão entre dois princípios: o dever estatal de garantir a adequada aplicação do direito penal e a proteção estatal ao direitos fundamentais do acusado. A decisão permitiria compreender que nenhum dos dois princípios poderia ser atendido de forma absoluta, pois se estaria violando demasiadamente o princípio contrário envolvido. Assim, o sopesamento garantiria que ambos os princípios respondessem a sua realização e restrição de forma gradual, considerando-se as possibilidades jurídicas de realização do princípio contrário.⁹⁵ A resolução não poderia utilizar-se da inclusão de uma cláusula de exceção, muito menos fazer com que um dos princípios fosse retirado do sistema jurídico, considerando-lhe como inválido.

A forma de resolução seria o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada⁹⁶ entre os princípios, possível em razão das circunstâncias apreendidas diante

⁹³ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 56-57.

⁹⁴ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 94.

⁹⁵ Id., *Ibid.*, p. 96

⁹⁶ Refere o autor que a relação de precedência deve ser condicionada, pois considera as circunstâncias do caso concreto. A contrário senso, se procurasse estabelecer uma precedência incondicionada entre princípios especula-se o problema quanto a uma fixação in abstrato de regras de preferências entre princípios. Isto porque os princípios considerados abstratamente não podem reclamar um peso maior ou menor sobre outro

do caso concreto.⁹⁷ O caso concreto forneceria elementos para que se estabelecessem as condições nas quais um determinado princípio deveria preponderar ou preceder o outro. Alexy refere que as relações de precedência serviriam para fixar as condições⁹⁸ pelas quais um princípio teria a precedência sobre o outro. O autor chegou a teorizar sobre o fato de que o enunciado de precedência indicaria as condições nas quais se violaria um direito fundamental.⁹⁹

Pode-se afirmar, assim, que a lei de colisão proporcionaria um enunciado pelo qual seria possível dizer que em determinadas condições haveria a violação a Direitos Fundamentais, e, portanto, seria proibido agir daquela forma. Parece que o tribunal acabaria por criar uma regra de *status* negativo. Ou seja, ocorrendo às condições enunciadas pela lei de colisão estar-se-ia diante de uma proibição sob o ponto de vista dos Direitos Fundamentais.

Além disso, as condições que determinam a precedência, estabelecidas pela lei de colisão, acabam servindo como um suporte fático de uma regra. Verificando-se as condições estabelecidas pelo suporte fático produzido pela lei de colisão, incidiria uma determinada consequência jurídica, representando a precedência de um princípio sobre o outro.¹⁰⁰ Quando se verificam as condições apresentadas no enunciado da lei de colisão obtém-se a consequência jurídica de um princípio preponderar sobre o outro.¹⁰¹

Por conta do exposto, Alexy acredita na possibilidade de que as disposições formalmente constitucionalizadas de Direitos Fundamentais possam ter o seu suporte fático ampliado mediante o produto da lei de colisão. Isto porque, como se viu antes, as condições que delimitam a relação de precedência entre os princípios acabam servindo como sub-regras que permitem a identificação de normas derivadas ou atribuídas aos Direitos Fundamentais. Tal ideia fica clara quando Alexy intitula no seu livro os resultados de sopesamentos (lei de colisão) como normas de Direitos Fundamentais atribuídas.¹⁰²

princípio. Desta forma, o caso concreto que fornece as circunstâncias pelas quais se estabelece uma relação de precedência é o elemento determinante à resolução do conflito.

⁹⁷ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 96.

⁹⁸ Id., *Ibid.*, p. 96.

⁹⁹ Id., *Ibid.*, p. 98.

¹⁰⁰ Id., *Ibid.*, p. 99.

¹⁰¹ Alexy apresenta que a lei de colisão deve ser considerada como: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.” Cf. Id., *Ibid.*, p. 99.

¹⁰² ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 99.

Ao discorrer sobre a solução do Tribunal Constitucional Alemão no caso Lebach,¹⁰³ por exemplo, Alexy apresenta que a precedência de um princípio sobre o outro no caso concreto permitiu a construção de um enunciado de preferência, ou uma norma atribuída, na qual o seu suporte fático foi montado de acordo com os elementos do caso concreto.

Assim, pode-se considerar como uma norma de direito fundamental atribuída aquela que se mostre possível de uma correta fundamentação referida aos direitos fundamentais.¹⁰⁴ No referido caso Lebach, se fosse possível fundamentar corretamente que a norma atribuída pudesse derivar das disposições dos direitos fundamentais, dever-se-ia reconhecer-lhe o *status* de norma de direito fundamental.¹⁰⁵ E mais, ao mesmo tempo em que se pode considerar a norma atribuída como norma de direito fundamental, ela pode ser subsumida dos elementos presentes no suporte fático do caso Lebach. No final das contas, o enunciado da lei de colisão representa uma regra que poderia ser subsumida.¹⁰⁶

Conclui Alexy, portanto, que os direitos fundamentais apresentam uma estrutura dupla, tanto de regra quanto de princípio, exigindo do intérprete a aplicação do direito, seja mediante a subsunção ou a ponderação. A partir de então, Alexy postula uma condição principiológica à aplicação das regras, tanto que, no caso de abandonar-se uma determinada regra estar-se-ia ponderando, e optando-se por uma relação de precedência, na qual o princípio formal que dá suporte à regra¹⁰⁷ possuiria um peso inferior a outro princípio naquelas condições fáticas e jurídicas.

Assim, num ordenamento jurídico, como o brasileiro e o alemão, o princípio formal do direito assume a pressuposição de que as regras estabelecidas pelo poder legislativo gozam de um peso relativo, podendo, em determinadas circunstâncias especiais, ser afastado para que outros princípios se apresentem como mais pesados. Neste tipo de

¹⁰³ O caso se referia à possibilidade de exibição de um documentário sobre uma pessoa que já tinha cumprido a sua pena e que buscava a sua ressocialização (*BVerfGE 35, 202 (307)*). A Exibição do documentário poderia influir na capacidade de ressocialização do preso, atingindo, assim, o seu direito de personalidade. Alexy afirma que na decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o assunto seria possível estabelecer uma regra de precedência, na qual se identificaria quatro elementos do suporte fático: uma notícia repetida (T1), não revestida de interesse atual pela informação (T2), sobre um grave crime (T3), e que põe em risco a ressocialização do autor (T4), seria proibido do ponto de vista dos direitos fundamentais.

¹⁰⁴ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 102.

¹⁰⁵ Id., *Ibid.*, p. 102.

¹⁰⁶ Id., *Ibid.*, p. 102.

¹⁰⁷ Diz o autor: “Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados “princípios formais”. Cf. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 105.

hipótese, seria possível abrandar o caráter definitivo das regras, colocando-as na mesma condição *prima face* dos demais princípios.¹⁰⁸ Mesmo assim, não se poderia estabelecer uma equivalência *prima face* entre as regras e os princípios, porque estes, sempre teriam a possibilidade de um fortalecimento do seu peso mediante a introdução de uma carga argumentativa que iria favorecer-lhe.¹⁰⁹

Alexy sustenta que as normas de Direito Fundamental, na sua construção, podem envolver um caráter duplo, reunindo os níveis dos princípios e das regras. Isso seria possível quando na formação da norma constitucional estaria incluso uma cláusula restritiva, com estrutura de princípios, obrigando que se faça sopesamento à sua aplicação. O autor apresenta como exemplo a liberdade artística, representada pela expressão: “A arte é livre.” Esse dispositivo poderia produzir a seguinte norma: “A intervenção na expressão da liberdade no campo artístico é proibida”. Assim, toda e qualquer intervenção nas atividades artísticas seriam proibidas. A norma construída seria irrestringível e absoluta. Entretanto, afirma o autor que o Tribunal Constitucional Alemão ao analisar essa questão estabeleceu uma cláusula de restrição, permitindo que a norma de Direito Fundamental pudesse ser restringida desde que houvesse um princípio constitucional colidente e, em síntese, fosse proporcional.¹¹⁰

Estar-se-ia diante de um tipo denominado por Alexy de “Normas Constitucionais de Caráter Duplo”¹¹¹, porque poderiam ser estabelecidas diretamente das disposições constitucionais, mas a sua aplicabilidade se daria mediante esquemas de sopesamento que as tornariam subsumíveis.¹¹² Em outras palavras, o sopesamento serviria como uma chave para extrair do dispositivo constitucional de Direito Fundamental um sentido que, antes, estaria oculto. Assim, o sentido transitaria num espaço reservado, podendo ser encontrado desde que fosse seguido o caminho delimitado pelo meio termo entre os princípios colidentes em questão.

Diz Alexy que quando as disposições de Direitos Fundamentais trazem determinações sobre as exigências do comportamento sobre os princípios colidentes, as

¹⁰⁸ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 105.

¹⁰⁹ Id., *Ibid.*, p. 106.

¹¹⁰ Id., *Ibid.*, p. 142-143.

¹¹¹ Id., *Ibid.*, p. 143.

¹¹² Em outras palavras: os dispositivos constitucionais potencialmente “abertos”, “indeterminados” ou “vagos” teriam o seu sentido normativo refinado mediante esquemas de sopesamento conduzidos mediante a máxima da proporcionalidade. Inclusive, a lei de colisão poderia ser considerada como uma norma de Direito Fundamental Atribuída. Cf. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 143.

próprias normas de Direito Fundamental estabelecem a regra que comanda a relação entre princípios possivelmente contrapostos. Seria possível dizer, então, que o sistema jurídico estaria organizado por regras que estabeleceriam relações entre princípios, fazendo com que os princípios colidentes, seu suporte fático e suas restrições legais fossem, de certa maneira, harmonizados numa unidade. Todavia, quando não fosse possível identificar tal regra, ou que a regra existente não fosse clara o bastante,¹¹³ estar-se-ia diante da necessidade de sopesamento, recorrendo-se ao nível dos princípios.

Fica claro, assim, que o autor reconhece uma relação de precedência entre as regras e os princípios, colocando as regras sobre vantagem, privilegiando-as, por exemplo, o vínculo do direito com os dispositivos constitucionais reconhecidos como regras. Mas não descarta a possibilidade de que um princípio venha a assumir prevalência sobre uma regra constitucional determinada, ficando apenas na dependência disso a demonstração de fortes razões para tanto através de uma argumentação constitucional.¹¹⁴

Nota-se que a concepção de princípio desenvolvida por Robert Alexy como mandamentos de otimização é a chave conceitual de acesso à metodologia desenvolvida pelo autor através das ponderações garantidas pela máxima da proporcionalidade. O que se quer dizer com isso é que o autor, ao identificar os princípios jurídicos como mandamentos para serem realizados o máximo possível, estabelece uma conexão com a noção que vem a desenvolver como máxima da proporcionalidade.

Assim, para se saber se um determinado princípio derivado das normas de Direitos Fundamentais é corretamente aplicado deve-se intentar se a sua consideração procurou dar-lhe o máximo de abrangência possível. Mas como isso seria possível? Ora, a resposta de Alexy vem mediante um esquema hermenêutico fornecido pela máxima da proporcionalidade. Considerando a máxima da proporcionalidade na resolução de problemas como colisão de princípios, seria possível estabelecer uma regra, ou lei de colisão, como o ápice da resolução do problema. Apesar dessa questão já ter sido abordada, é importante, a partir de então, entender a conexão entre princípios, valores e a máxima da proporcionalidade.

¹¹³ Alexy utiliza a expressão incompleta: “Se a regra não é aplicável independentemente de sopesamentos, então, ela é, enquanto regra, incompleta. Na medida em que ela for incompleta nesse sentido, a decisão constitucional pressupõe um recurso ao nível dos princípios, com todas as incertezas que estão a ele vinculadas.” Cf. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 140.

¹¹⁴ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 141.

2.4.3 A equivalência estrutural entre princípios e valores como pressuposto à máxima da proporcionalidade

A assunção por Alexy da noção de princípios como mandamentos de otimização coloca em jogo uma relação necessária que existiria entre princípios e valores. Como referido pelo autor estar-se-ia diante da necessidade de um sopesamento de princípios quando as normas de Direito Fundamental não expressassem uma regra clara, contivessem um cláusula de restrição do tipo princípio ou que não fosse possível identificar que regra aplicar.

Nessas situações estar-se-ia diante do chamado *Hard Case*, expressão que ficou conhecida na teoria do direito a partir do embate travado entre Hart e Dworkin envolvendo as noções sobre as normas que comporiam o sistema jurídico e a forma de aplicação do direito.

A primeira fonte de divergência dos juristas seria a composição do sistema jurídico. Hart expõe a concepção de que o sistema jurídico era composto por um modelo de regras de dois tipos. O primeiro tipo, a regra primária, serviria para dizer aquilo que era permitido e proibido no sistema jurídico. Quando se pergunta se alguém possui um determinado direito ou dever, como normas de obrigação, estar-se-ia referindo-se às normas primárias.¹¹⁵

Todavia, um sistema jurídico do tipo complexo, como os que se apresentam contemporaneamente, teria alguns problemas que somente poderiam ser resolvidos pela identificação de normas de um segundo tipo, conhecidas como normas secundárias.¹¹⁶ As normas secundárias serviriam como fonte normativa para a solução dos problemas jurídicos quanto à incerteza da autoridade daquele que cria, modifica e interpreta a norma primária.

¹¹⁵ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 118.

¹¹⁶ As normas secundárias auxiliariam para que o sistema jurídico conseguisse responder aos desafios proporcionados pela incerteza, estática e ineficiência das normas jurídicas. Assim, a norma de reconhecimento (*rule of recognition*) seria responsável pela certificação da validade da norma para um determinado sistema jurídico, resolvendo o problema de incerteza. No que diz respeito à estática normativa, a norma secundária de modificação (*rule of change*) assumiria o dever de estabelecer os critérios pelos quais uma norma jurídica poderia ser considerada como válida. E por fim, ao tratar da ineficiência das normas primárias, existiriam normas de julgamento (*rules of adjudication*) que autorizariam determinadas pessoas a decidir os problemas quanto ao teor na norma primária. Cf. HART, *O conceito de direito*, op. cit., p. 118-128.

No que se refere à aplicação do direito, Hart teria reconhecido que as normas jurídicas poderiam apenas permitir que se fizessem previsões a respeito das decisões judiciais, que, numa boa parte das vezes, seriam confirmadas pelo fato dos tribunais considerarem a existência de determinados padrões a serem seguidos nas suas decisões.¹¹⁷

Apesar disso, existiriam normas que pela sua própria constituição lingüística acabariam por colocarem-se diante de um âmbito de textura aberta em que se poderia exercer o poder discricionário do julgador.¹¹⁸ A identificação da área de textura aberta poderia ser apresentada pela seguinte pergunta: “Qual é o direito existente sobre esse assunto?”¹¹⁹

A pergunta sobre o direito existente sobre o assunto é bem parecida com a pergunta que se pode formular, considerando a necessidade de sopesamento. Especula-se que a pergunta feita por Alexy sobre a existência de uma regra para o caso, sua obscuridade ou a obscuridade de uma cláusula de restrição do tipo princípio equivale-se à colocação de Hart sobre esse assunto. Assim, tanto a pergunta de Alexy quanto de Hart acabariam por colocarem-se diante de um âmbito de abertura do sistema jurídico.

Hart expõe que existiriam casos claros de outros casos nos quais a resposta tanto positiva quanto negativa seria possível não havendo qualquer recurso a ser apelado para eliminar a dualidade colocada por um núcleo de certeza e outro de penumbra.¹²⁰ Isso porque a formulação de padrões de comportamento poderia servir a uma grande massa de casos comuns, todavia, haveria alguns pontos, onde a aplicação seria controversa, apresentando a sua textura aberta.¹²¹ Apesar do esforço humano para regular condutas através de padrões gerais, que via de regra serviriam de uma pauta geral, o ser humano acabaria por se deparar com duas desvantagens próprias de sua condição: uma relativa ignorância dos fatos e uma relativa imprecisão do objeto.¹²² Isto é, o legislador humano não possui a capacidade de prever todas as condições de aplicação, o que faz com que haja uma relativa imprecisão dos objetivos que pretendiam ser protegidos ou fomentados pela norma.

¹¹⁷ HART, *O conceito de direito*, op. cit., p. 190.

¹¹⁸ Id., *Ibid.*, p. 190.

¹¹⁹ Id., *Ibid.*, p. 190.

¹²⁰ Id., *Ibid.*, p. 158.

¹²¹ Id., *Ibid.*, p. 166.

¹²² Id., *Ibid.*, p. 166.

Para comprovar a sua tese, Hart propõe que criemos uma norma geral de conduta, com a seguinte disposição: “Nenhum veículo pode entrar no parque.”.¹²³ Algumas situações poderiam ser consideradas como casos claros, por exemplo, como a proibição de que automóveis, ônibus e motocicleta, não pudessem ingressar no parque, para que a paz e a tranquilidade fossem mantidas com a norma.¹²⁴ Entretanto, poderiam surgir casos futuros, que suscitassem dúvidas quanto ao objetivo, pois o problema não teria sido fonte da criação normativa. Nesse caso, como reagiria a norma proibitiva de veículos diante da pretensão de uma criança brincar com um carrinho elétrico de brinquedo,¹²⁵ ou até mesmo, da possibilidade de passear de bicicleta no parque. Deve a tranquilidade do parque ser sacrificada ao bel prazer das crianças que queiram brincar de carrinho elétrico ou andar de bicicleta?

Assim, diz Hart que quando o caso imprevisto vier a ocorrer é que será possível o confronto com o problema que ele carrega, e então, dever-se-á resolvê-lo optando dentre os interesses conflitantes, aquele que melhor nos satisfaça.¹²⁶ Ao decidir diante do caso imprevisto, o objetivo inicial será mais preciso e, de maneira acidental, ter-se-á solucionado o sentido de um termo genérico para os efeitos da norma.¹²⁷

Outra imprecisão poderia surgir quando o legislador delega de alguma forma a responsabilidade pela regulamentação ao poder executivo, ou, considerando os termos da Constituição, ao poder legislativo, utilizando-se de termos muito gerais como, por exemplo, “tarifa razoável” ou “condição segura de trabalho”.¹²⁸ Nesses casos, seria o sentido que poderia ser requerido diante dos casos extremos, nos quais a tarifa não fosse razoável ou abaixo do razoável. Entretanto, diante das duas balizas – máxima e mínima – do razoável, poderia ficar entre os extremos, necessitando de uma decisão oficial posterior.¹²⁹

Sinteticamente, no processo de aplicação do direito seria possível identificar dois tipos de situações: a) uma situação na qual as regras jurídicas seriam claras o bastante para que não houvesse qualquer dúvida sobre a sua aplicação, o que geraria a ideia de casos fáceis (*Easy cases*); b) de outro lado, haveria casos nos quais não seria possível o

¹²³ HART, *O conceito de direito*, op. cit., p. 167.

¹²⁴ Id., Ibid., p. 167.

¹²⁵ Id., Ibid., p. 167.

¹²⁶ Id. Ibid., p. 167.

¹²⁷ Id., Ibid., p. 168.

¹²⁸ Id., Ibid., p. 170.

¹²⁹ Id., Ibid., p. 171.

reconhecimento da regra aplicável, condição que colocaria o resultado numa zona de penumbra ou num âmbito de textura aberta da linguagem, que somente poderia ser resolvido na apreciação específica e bem informada do caso concreto.¹³⁰ Estes, portanto, poderiam ser considerados como casos difíceis (*Hard Cases*).¹³¹ Diante dos casos difíceis, a autoridade que estiver encarregada de estabelecer a norma deve exercer o seu poder discricionário, não sendo possível assumir a perspectiva da existência de apenas uma solução como a correta *a priori*.¹³²

Por sua vez, o procedimento de sopesamento apresentado por Alexy também reclamaria a sua aplicabilidade nos casos difíceis, anteriormente expostos, colocando em foco a investigação sobre as condições de sopesar. O sopesamento, para Alexy, seria uma forma de concretizar possibilidades interpretativas das previsões legais que não permitiriam o seu entendimento por simples referência ao texto legal, como nos casos em que a legislação contivesse cláusulas gerais ou conceitos indeterminados – aliás, como já visto, canal pelo qual a jurisprudência dos valores reclamava a inserção valorativa no direito. O reflexo da valoração propiciada pelas cláusulas gerais no direito seriam os efeitos da irradiação dos Direitos Fundamentais ao direito privado, perspectiva esta desenvolvida no direito brasileiro por Virgílio Afonso da Silva.¹³³ Em outras palavras, quando as normas do direito privado acabam utilizando expressões gerais ou indeterminadas, v. g., boa-fé objetiva, ordem pública, bons costumes; a sua aplicação sempre envolveria o sopesamento de Direitos Fundamentais, não se admitindo uma interpretação que venha restringi-los excessivamente.

¹³⁰ Cf. HART, *O conceito de direito*, op. cit., p. 169.

¹³¹ Cf. HART, *O conceito de direito*, op. cit., p. 171: “Ambos os extremos frustrariam, de modos diferentes, todos os nossos possíveis objetivos ao regulamentar tarifas. Mas estes são apenas os extremos de um leque de fatores diferentes e talvez não sejam encontrados na prática; os *casos difíceis*, que exigem atenção, ficam entre os dois extremos. São poucas as contribuições previsíveis de fatores pertinentes, e isso acarreta uma relativa imprecisão em nosso objetivo inicial de fixar tarifas justas ou condições seguras de trabalho e implica a necessidade de uma decisão oficial posterior.” (grifo).

¹³² Cf. HART, *O conceito de direito*, op. cit., p. 171: “Nesses casos, a autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer sua discricionariedade, e não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta a priori, e não por uma solução que represente um equilíbrio razoável entre diversos interesses conflitantes.”

¹³³ Cf. SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 78: “O principal elo de ligação entre os direitos fundamentais como sistema de valores e o direito privado, segundo o modelo de efeitos indiretos, são as chamadas cláusulas gerais. Essas são cláusulas que requerem um preenchimento valorativo na atribuição de sentido, pois são, para usar uma expressão difundida na doutrina jurídica brasileira, conceitos abertos, cujo conteúdo será definido por uma valoração do aplicador do direito.”

O sopesamento possui uma relação íntima com a ideia de normas de Direitos Fundamentais como princípios na condição de mandamentos de otimização, pois somente mediante um esquema de sopesamento seria possível manter a condição máxima dos princípios envolvidos no problema jurídico.

Pode-se falar, então, numa máxima da proporcionalidade que permita que princípios colidentes – e aqui, na concepção de Hart poder-se-ia falar em interesses aferíveis somente no caso concreto – como valores, possam ser harmonizados. Todavia, o pressuposto para que se fale numa máxima da proporcionalidade seria a equivalência conceitual entre princípios e valores para Robert Alexy.

A intimidade entre princípios e valores está no fato de que tanto os princípios quanto os valores são conceitos práticos, de estrutura essencial igual, podendo esta característica ser conferida pela equivalente forma gradual de realização e pelo fato da sua realização envolver, constantemente, a colisão com outros princípios ou valores. A diferença que poderia efetivamente distinguir os princípios de valores seria que aqueles seriam mandamentos de otimização, realizáveis de acordo com as circunstâncias conferidas pelos casos concretos, num âmbito normativo. Isto é, deontológico. Os princípios seriam razões para um dever-ser.

Partindo dessa aproximação, o autor procura afastar as principais objeções conferidas aos valores e que poderiam também ser atribuídas aos princípios. A adoção de princípios como realizáveis de forma gradual poderia implicar uma perda de objetividade, podendo variar de acordo com aquela pessoa que o observa, determinando-se, assim, uma objeção filosófica a sua utilização. Pecaria, assim, como refere o autor, por uma certeza intersubjetiva.¹³⁴ Contudo entende ele que a utilização dos princípios leva em consideração o seu critério de valorização, sendo, a partir daí, possível dizer se eles são válidos ou não. Para se obter um critério de valorização dos princípios ou de sua aplicabilidade, dever-se-ia conferir uma certificação mediante a fundamentação, não podendo eles serem remetidos a uma espécie de comprovação empírica. Seria através da fundamentação jurídica possível distinguir a validade ou não da aplicação dos princípios.¹³⁵ Torres afirma que Alexy não sustenta a sua diferenciação entre valores e princípios em uma ordem de valores (*Wertordnung*) nem num sistema de valores (*Wertsystem*), mas numa teoria do valor

¹³⁴ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 157.

¹³⁵ Id., *Ibid.*, p. 157.

(*Wertheorie*).¹³⁶ Isto é, tanto a ordem quanto o sistema de valores remetem a uma condição estática, já organizada, sustentada sobre pressuposições metafísicas e epistemológicas duvidosas.¹³⁷ Esses problemas poderiam levar à impossibilidade de fundamentação racional das decisões tomadas pelo tribunal, acabando, por muitas vezes, por ocultar o caráter voluntarista da interpretação e decisão.¹³⁸

Quando o tribunal se deparasse com uma colisão de Direitos Fundamentais, nas condições especiais dos casos difíceis, acabaria por estabelecer uma hierarquização entre os princípios ou valores consagrados por aqueles direitos, ato esse somente possível pela realização de sopesamentos. Os sopesamentos permitiram que se construísse uma ordenação transitiva de valores num determinado sistema jurídico, afastando as impropriedades de uma ordem estática que conduziria à pressuposição ontológica de valores.

A ordem hierárquica de valores num determinado ordenamento jurídico pode envolver os mais variados problemas, sejam eles de identificação dos valores do sistema, bem como da estipulação de um critério que permita a sua hierarquização. Alexy fala que abstratamente seria possível identificar os valores fundamentais de um ordenamento jurídico, indicando alguns deles de forma genérica. Possivelmente essa indicação encontraria consenso. Entretanto, quando se buscasse tornar essa identificação de valores um ato mais concreto, numa situação real de conflito, por exemplo, deveriam ser apreciados os valores como relevantes para julgar e decidir no âmbito dos Direitos Fundamentais.¹³⁹ Para que não se caísse numa das duvidosas armadilhas ontológicas ou epistemológicas, dever-se-ia abandonar a ideia de uma ordem definitiva e completa de valores fundamentais hierarquizados, ou de Direitos Fundamentais, passando a conceber uma visão mais incompleta e flexível.

A ordem hierárquica e flexível de ordenação sobre os Direitos Fundamentais poderia dar-se mediante um esquema de preferências *prima facie* em favor de determinado princípio, quando, por exemplo, se presume uma determinada carga argumentativa favorecendo-lhe; ou mediante a construção de uma rede de decisões concretas de preferências, como se faz, por exemplo, através da jurisprudência dos Tribunais

¹³⁶ TORRES, Ricardo Lobo. A jurisprudência dos valores. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009, p. 516.

¹³⁷ Id., *Ibid.*, p. 516.

¹³⁸ Id., *Ibid.*, p. 158.

¹³⁹ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 159

Constitucionais.¹⁴⁰ Mesmo assim, ao se estabelecer uma ordem flexível sobre o âmbito dos Direitos Fundamentais, o autor entende que o sopesamento seria uma ideia chave para ordenar a relação entre os princípios existentes no sistema jurídico. O que orientaria essa tarefa seria a máxima da proporcionalidade.

A máxima da proporcionalidade, ou a necessidade de sopesamento, pressupõe que as normas de Direito Fundamental se apresentem numa dupla estrutura, como regras e princípios, e, quando se manifestam nesta condição, teriam uma natureza similar aos valores. Somente porque os princípios e valores são conceitos práticos otimizáveis gradualmente é que se pode adotar a máxima da proporcionalidade (e a intrínseca necessidade de sopesamento) como a metodologia hábil para resolver os problemas de aplicação dos Direitos Fundamentais, nos casos difíceis.

Se estabelece, dessa forma, algumas questões que são pressupostas à proporcionalidade e ao sopesamento. Pressupõe-se, assim, que as normas de Direito Fundamental devem ser concebidas como regra e princípios, e, como tais, abrigam uma metodologia diferente no seu ato de aplicação. Ao se aproximar os princípios a uma condição essencial de valor, na sua manifestação como mandamentos de otimização, elege-se a máxima da proporcionalidade como meio para resolução de possíveis conflitos entre princípios e valores. Outra pressuposição que nem sempre se mostra evidente é que o conflito entre princípios acaba tendo o seu lugar somente quando o modelo de regras se mostra insuficiente. Ou seja, quando o problema não pode ser resolvido pelas regras – ou seja, nos casos difíceis – os princípios surgem como a última alternativa para resolver o problema do sistema jurídico.

A máxima da proporcionalidade – ou o sopesamento – é uma forma de resolução dos casos difíceis, necessita-se para tanto que se pressuponha a possibilidade de dissociação entre questões fáceis e difíceis. Expostos alguns pressupostos, na próxima seção tratar-se-á daquilo que Alexy chama de máxima da proporcionalidade, a sua vinculação com o sopesamento, para, mais adiante, tratar da recepção dessas questões pela doutrina brasileira.

¹⁴⁰ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 163.

2.4.4 A máxima da proporcionalidade como metanível normativo da aplicação do direito

Ao tratar da proporcionalidade, manteve-se a referência ao sopesamento. Todavia, qual a conexão existente entre essas duas concepções? O sopesamento pode ser considerado, de acordo com a formulação de Alexy, como um mandamento extraído do terceiro princípio parcial da proporcionalidade.¹⁴¹ Seria através do sopesamento que se dá vigência da terceira máxima da proporcionalidade, também apresentada por Alexy como a lei do sopesamento.

Primeiramente, vale esclarecer que Alexy estabelece uma conexão natural entre os princípios reconhecidos nas disposições de direitos fundamentais e a máxima da proporcionalidade, levando em consideração, principalmente, que sendo os princípios mandamentos de otimização realizáveis de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, esses fariam com que, no caso de colisão com outros princípios, fosse necessária a utilização da máxima da proporcionalidade estrito senso, ou a exigência de sopesamento, para harmonizar as possibilidades jurídicas.¹⁴² Reforça o autor que quando um princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica de atenção ao mandamento de otimização depende de um sopesamento, seguindo a orientação da lei de colisão.

Se a máxima da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito às possibilidades jurídicas que envolvem o caso concreto, as máximas da adequação e necessidade são originárias de uma análise das condições fáticas do caso concreto.¹⁴³ Mesmo assim, as máximas da adequação e necessidade estão conectadas aos princípios a serem sopesados, sendo também sopesadas para proporcionar um resultado que, ao mesmo tempo, otimize a aplicação dos princípios e produza a menor intervenção possível no princípio colidente. Em outras palavras, a verificação da máxima da proporcionalidade, nas suas sub-máximas da adequação, necessidade e estrito senso, está intimamente conecta à concepção de princípios como mandamentos de otimização. Isso porque as exigências das máximas da adequação e da necessidade exigem que o princípio seja otimizado de acordo com as

¹⁴¹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 67: “O mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão.”

¹⁴² ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 117.

¹⁴³ Id., *Ibid.*, p. 118.

possibilidades fáticas, enquanto que a máxima da proporcionalidade estrito senso, ou da ponderação-sopesamento, exige a otimização em razão das condições jurídicas.

Wilson Antônio Steinmetz afirma que o questionamento sobre a proporcionalidade acabaria por implicar uma verificação da limitação feita aos Direitos Fundamentais, considerando uma relação estrutural de meio e fim.¹⁴⁴ Para reconhecer se o meio utilizado para realizar determinado fim não violaria os Direitos Fundamentais, dever-se-ia verificar se ele estaria apresentado de modo proporcional, razoável, não-excessivo e não-arbitrário.¹⁴⁵ Prosseguindo com o autor, seria possível atribuir à proporcionalidade uma condição operacional para mensurar¹⁴⁶ o controle entre meios e fins, reconhecendo-lhes uma condição de adequação, necessidade e proporcionalidade,¹⁴⁷ o que acabaria por remeter à máxima da proporcionalidade e as suas sub-máximas.

Ingressando no estudo das máximas, a adequação coloca em cheque que medidas se mostram adequadas para realizar determinado princípio. A impressão transmitida pelo autor é a de que a adequação coloca em evidência a relação entre os meios e os fins ou objetivos constitucionalmente fixados pelos Direitos Fundamentais. Isto é, verifica-se se o legislador adotou o meio adequado para realizar aquele determinado fim ou objetivo constitucionalmente previsto.

Virgílio Afonso da Silva afirma que o exame de adequação tem sido considerado pelo direito brasileiro como um meio apto para alcançar o resultado pretendido. Todavia, essa concepção não seria a mais correta. O autor atenta para a importância que se deveria destinar à tradução do verbo *fördern* do alemão para o português, este deveria ser traduzido não como alcançar, mas como fomentar, promover. A partir dessa distinção, diz o autor: “Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado.”¹⁴⁸ Com isso, de acordo com o autor, o exame da adequação seria se a medida adotada não contribui em nada para fomentar a realização do objetivo a que se destina.¹⁴⁹

¹⁴⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149.

¹⁴⁵ Id., Ibid., p. 149.

¹⁴⁶ Id., Ibid., p. 188.

¹⁴⁷ Id., Ibid., p. 149.

¹⁴⁸ SILVA, Luis Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, p. 36.

¹⁴⁹ Id., Ibid., p. 37.

A máxima da adequação teria a sua prestabilidade para a análise da proporcionalidade, pois serviria como um filtro para uma análise posterior, ou seja, se o meio é inadequado para atingir determinado fim, já se poderia descartar de plano a análise quanto a sua necessidade e, posteriormente, quanto à proporcionalidade estrito sensu.

Quer dizer, se a medida adotada não é adequada para realizar um princípio, e, mesmo assim, acaba provocando a intervenção em outro, esta medida não pode ser considerada como adequada, merecendo ser descartada. No entanto, se a medida se mostra adequada, tem que se analisar se ela é necessária. Fala-se então na máxima da necessidade. Pela necessidade, procura-se analisar se entre as medidas possíveis será possível escolher uma que afete menos ou que não afete o princípio colidente antagônico.¹⁵⁰ Uma das perguntas preliminares que envolveria o teste da necessidade seria se o ato estatal, necessário à realização do objetivo, não pudesse ser substituído por outro que realize o objetivo com a mesma intensidade, mas com uma interferência menor nos Direitos Fundamentais.¹⁵¹ Ou seja, não existiria outra medida também eficaz para realizar o objetivo, com uma interferência menor nos Direitos Fundamentais?

Alexy deixa claro que a máxima da necessidade obriga que se faça um sopesamento entre as alternativas possíveis, fundamentando a relação condicionada de preferência entre elas. Um dos exemplos empregados pelo autor é o exame da máxima de necessidade, quando se procura analisar a extensão da discricionariedade em prognoses conferidas ao legislador e ao administrador, fazendo com que se tenha que lançar mão de um juízo de necessidade das medidas.¹⁵²

A máxima da proporcionalidade encarnada nas suas subdivisões seria a saída dada por Alexy para garantir a construção de uma regra de precedência entre princípios colidentes, permitindo uma decisão sustentada sobre a lei de colisão ou sopesamento.

O autor consegue identificar nas decisões do Tribunal Constitucional Alemão a existência de argumentos relacionados especificamente ao sopesamento, de tal maneira que seria possível construir a seguinte regra: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”¹⁵³ Essa regra é reconhecida por Alexy como lei do sopesamento.¹⁵⁴

¹⁵⁰ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 119.

¹⁵¹ SILVA, O proporcional e o razoável, op. cit., p. 39.

¹⁵² ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 118.

¹⁵³ Id., Ibid., p. 167.

¹⁵⁴ Id., Ibid., p. 167.

Diz o autor que um princípio envolveria uma cláusula de realização de acordo com as possibilidades jurídicas que levasse também em consideração o grau de satisfação do princípio colidente. Como resultado da relação entre os princípios envolvidos seria possível produzir uma lei de colisão.¹⁵⁵ Quando, por exemplo, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu que no caso Lebach a notícia do documentário sem relevância imediata provocaria um prejuízo na personalidade do condenado, principalmente, por dificultar a sua reinserção social, seria um juízo expresso sobre a análise do princípio colidente. Reforça Alexy, assim, que os pesos atribuídos aos princípios não possuem uma peso absoluto, mas tão somente relativo.¹⁵⁶ A lei de sopesamento teria funcionalidade porque poderia representar a importância da satisfação de um princípio colidente, permitindo que, posteriormente, se formulasse um determinado dever.¹⁵⁷

No desenvolvimento do seu argumento, Alexy recorre à figura da curva de indiferença, instrumento próprio das ciências econômicas, para representar de que forma a satisfação de um princípio pode ser considerada importante, quando ficaria evidente uma taxa marginal decrescente de substituição.¹⁵⁸ Seria possível através de uma curva de indiferença apontar as substituições de bens que seriam indiferentes para uma pessoa referente a um determinado princípio. Aliás, diz o autor, que outra pessoa poderia estabelecer uma curva de indiferença diferente. A curva seria traçada individualmente.

Todavia, no caso de sopesamento constitucional estar-se-ia definindo qual importância deveria ser (dever-ser) conferida às curvas de indiferenças.¹⁵⁹ Refere Alexy que “ainda que seja possível tentar representar a relação de substituição aceita pelo Tribunal Constitucional Alemão por meio de uma curva de indiferença, do ponto de vista do método, o sopesamento diz respeito a uma regra que prescreve como se deve sopesar.”¹⁶⁰ Continua o autor dizendo que a lei de sopesamento é formulada da mesma maneira que se formula uma regra, com a missão de prescrever a definição de curvas de indiferença corretas.¹⁶¹ A lei de sopesamento poderia ser considerada como um metarregra

¹⁵⁵ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 168.

¹⁵⁶ Id., *Ibid.*, p. 168.

¹⁵⁷ Id., *Ibid.*, p. 169.

¹⁵⁸ Id., *Ibid.*, p. 168.

¹⁵⁹ Id., *Ibid.*, p. 169.

¹⁶⁰ Id., *Ibid.*, p. 169.

¹⁶¹ Id., *Ibid.*, p. 169.

da curva de indiferença,¹⁶² isso porque ela estabeleceria aquilo que as curvas de indiferença deveriam levar em consideração.

A lei de sopesamento diria que a atribuição de importância a um princípio somente seria possível se satisfizesse à decisão acerca da correção desses sopesamentos a qual deve ser tomada com base nos graus de importância e satisfação de um princípio e de satisfação/não-satisfação (não-afetação/afetação) do outro.¹⁶³ Vê-se que a lei de sopesamento não define que princípio deve ser considerado importante ou não, mas permite que se tenha condições de estabelecer cargas argumentativas a partir de determinadas circunstâncias. Isso significa que aquele enunciado - lei de ponderação - criado a partir da lei de sopesamento - deve justificar a preferência de um princípio sobre o outro, apresentando fundamentos quanto aos graus de afetação de um em contraposição à importância de outro.¹⁶⁴

Vale aqui, retomar, mesmo que rapidamente, a diferenciação entre mandamentos a serem otimizados e mandamentos de otimização, especulando-se que a ponderação, caracterizada como a máxima da proporcionalidade em seu sentido estrito, obriga que a intervenção em um princípio somente possa ser justificada pelo grau de satisfação do princípio contrário. Aqui, pode-se estabelecer a conexão entre a lei de sopesamento com um mandamento de otimização, que está num metanível, devendo ser cumprido plenamente. Isto é, os princípios sempre devem ser otimizados o máximo possível com as suas possibilidades jurídicas. Pode-se dizer, assim, que a lei do sopesamento seria um mandamento de otimização, portanto, uma regra, enquanto que os princípios conflitantes seriam mandamentos a serem otimizados.¹⁶⁵

Advogando pelo sopesamento, o autor afirma que o Tribunal Constitucional Alemão utiliza-o para resolver problemas de colisão entre princípios, procurando estabelecer uma relação de precedência condicionada às possibilidades verificáveis no caso concreto. Ao sopesar e formular um enunciado de precedência, seria possível reconhecer um modelo decisionista, pelo qual se decide de acordo com as concepções subjetivas, e um modelo fundamentado, no qual a fundamentação do enunciado de preferência pode ser feita de forma racional.¹⁶⁶ Assim, para saber se um determinado enunciado de preferência

¹⁶² ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 171.

¹⁶³ Id., *Ibid.*, p. 171.

¹⁶⁴ Id., *Ibid.*, p. 171.

¹⁶⁵ ALEXY, *On the structure of legal principles*, op. cit., p. 300

¹⁶⁶ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 165.

pode ou não ser considerado racional, dever-se-ia tentar provar a possibilidade de fundamentação racional de tal enunciado. E quais seriam os argumentos que poderiam justificar a preferência? Responde Alexy: “qualquer argumento típico da argumentação jurídica.”¹⁶⁷

Pode-se concluir, assim, que a aplicação da máxima da proporcionalidade permite que se formule uma lei de colisão - também conhecida como uma norma de Direito Fundamental atribuída - funcionando ela como uma regra que será subsumida ao caso que reclama solução. Mas, como se viu, a simples formulação da regra não teria o condão de afastar um modelo decisionista, a menos que se estabeleça uma fundamentação daquela regra.

Nos últimos trabalhos do autor,¹⁶⁸ é possível identificar uma matematização do direito, principalmente, com o fito de racionalizar a ponderação estrita, criticada como um processo “irracional”, ou melhor, não demonstrável. A próxima seção concentrar-se-á em apresentar a forma como Alexy procurou responder as críticas atribuídas ao processo da ponderação como maneira de resolver os conflitos entre os Direitos Fundamentais.

2.4.5 Racionalizando a ponderação: utilização de um modelo aritmético paradigmático

Alexy reconhece que os problemas jurídicos poderiam ser resolvidos através de duas metodologias. Uma delas seria a subsunção, na qual o dispositivo legal constitucional serviria de premissa para que os fatos pudessem ser deduzidos, encontrando-se a norma aplicável. A segunda metodologia seria utilizada no caso de colisão entre princípios, após verificadas as condições de adequação e necessidade, a resolução se daria pela aplicação da lei de ponderação ou máxima da proporcionalidade no seu sentido estrito.

Referindo que a subsunção já seria um ato costumeiro na aplicação do direito, Alexy procura enfrentar os principais problemas que a ponderação poderia oferecer como metodologia jurídica. De acordo com o autor, os problemas advindos do ponderar poderiam estar ligados à sua estrutura, racionalidade e legitimidade.¹⁶⁹ Para Alexy, os três problemas guardariam conexão, porque a legitimidade do ato de ponderação estaria na

¹⁶⁷ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 171.

¹⁶⁸ Alexy vai combater as críticas quanto à irracionalidade da ponderação especificamente num trabalho denominado “A fórmula de peso”, apresentada adiante.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. A fórmula de peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 131.

condição de demonstrar a sua racionalidade que, por sua vez, dependeria do sucesso em apresentar a sua estrutura. Parece, então, que a chave da ponderação estaria na demonstração de uma estrutura que permitisse ao intérprete demonstrar a racionalidade da sua decisão.

Como suporte à construção estrutural da ponderação, o autor já parte da sua diferenciação entre regras e princípios, esses como mandamentos de otimização que reclamam a sua realização da melhor forma possível de acordo com as condições fáticas e jurídicas. Para a formulação da ponderação, como visto na seção anterior, estar-se-ia diante da necessidade de considerar as possibilidades jurídicas de realização máxima dos princípios envolvidos. Isso requisitaria uma análise quanto ao grau de satisfação e afetação do princípio contrário envolvido, procurando sempre tentar evitar um maior custo ao princípio constitucional concorrente.

Apresenta o autor, assim, o seguinte enunciado que representaria o núcleo da lei de ponderação: “Quando mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.”¹⁷⁰ A partir dessa regra, a estruturação da ponderação poderia ser identificada em três passos: 1^a) existe a necessidade de comprovação do não-cumprimento ou prejuízo do princípio; 2^a) deve-se comprovar a importância do princípio contrário; e, 3^a) é necessário comprovar que a importância do cumprimento do princípio contrário justifica o prejuízo do outro princípio.¹⁷¹

Os passos acima apresentados permitiriam ao julgador dotar de racionalidade o ato de ponderação visto que, através deles, seria possível formular sentenças racionais no que diz respeito à intensidade de intervenção e graus de importância atribuídos aos princípios.¹⁷²

Parece, assim, que montada a estrutura em que se realizou a ponderação, o intérprete teria a possibilidade de demonstrar argumentativamente – mediante sentenças racionais – a relação que se estabeleceria entre os princípios através da dicotomia intensidade de intervenção e grau de importância de realização.

Procurando demonstrar a aplicação prática da sua formulação de peso, Alexy recorre a duas decisões do Tribunal Constitucional Alemão. Uma tratou delas sobre um dever dos fabricantes de tabacos em acostarem avisos quanto ao problema à saúde que

¹⁷⁰ ALEXY, A fórmula de peso, op. cit., p. 133.

¹⁷¹ Id., Ibid., p. 133.

¹⁷² Id., Ibid., p. 133.

poderiam provocar (*BVerfGE*, 95, 173 (184)), dessa forma, identificou-se como princípios colidentes a liberdade dos produtores de tabaco contra a necessidade de proteção da população diante dos possíveis problemas à saúde. No presente caso, conclui Alexy que os pesos que justificariam a intervenção são altos, permitindo a exigência do aviso quanto aos problemas de saúde que poderiam ocorrer. Esta medida, nas condições do caso, foi considerada uma intervenção leve, plenamente plausível.¹⁷³

Outro exemplo apresentado pelo autor seria o caso no qual haveria a colisão entre o direito de liberdade de opinião e o direito de personalidade. Esse caso referia-se à análise do direito de um oficial hemiplégico da reserva que teria sido designado por uma revista de sátira como “nascido para matar” e, numa edição posterior, como “aleijado” (*BVerfGE*, 86, 1 (11)). No caso, teria o Tribunal Constitucional Alemão reconhecido que a utilização da expressão “nascido para matar”, levada em conta a fixação da indenização que intervinha gravemente no direito de liberdade de opinião, poderia ser entendida como uma intervenção grave, diante de uma satisfação média ou leve, não podendo ser considerada como justificada. De outra sorte, quanto ao emprego da expressão “aleijado”, seria possível identificar uma violação grave, justificando como importante a fixação da indenização, como forma de satisfação ao direito de personalidade do oficial.¹⁷⁴

Após ter apresentado os casos, o autor afirma que seria possível, considerando a estrutura da ponderação, atribuir uma sentença que representasse racionalmente a relação entre o grau de intensidade da intervenção e a importância da realização do princípio, fundamentando os critérios pressupostos na lei de sopesamento.¹⁷⁵ A partir de então, Alexy pretende demonstrar que esses critérios pressupostos não são arbitrários, pois poderiam ser demonstrados mediante um modelo triádico, pelo qual, tanto um quanto o outro seriam comparados em escalas do tipo leve, médio ou grave.¹⁷⁶ Essas escalas serviriam ao mesmo tempo para representar a intensidade de intervenção, num determinado princípio, como o

¹⁷³ ALEXY, A fórmula de peso, op. cit., p. 134.

¹⁷⁴ Id., Ibid., p. 136.

¹⁷⁵ Id., Ibid., p. 137.

¹⁷⁶ Id., Ibid., p. 147. Haveria, também, uma possibilidade de refinar a análise da ponderação, reduzindo o intervalo entre os pesos (leve, médio e forte), utilizando uma duplicação da intensidade. Quer dizer, utilizando-se pesos leve leve, médio médio, e forte forte.

grau de importância na realização do princípio contrário,¹⁷⁷ sendo esta tarefa batizada pelo autor como a lei de ponderação,¹⁷⁸ lei de sopesamento ou lei de sopesamento material.¹⁷⁹

Além da análise quanto ao comportamento do princípio diante de uma comparação entre satisfação, prejuízo e importância, envolvendo os referidos graus, entrariam em jogo discussões quanto ao grau de certeza da realização empírica, que tem o seu reconhecimento como uma lei de ponderação epistêmica,¹⁸⁰ ou lei de sopesamento epistêmica.¹⁸¹

O modelo de ponderação de Alexy envolveria na sua composição a verificação quanto ao peso abstrato dos princípios colidentes,¹⁸² de alguma forma que lhe fosse permitido atribuir um determinado valor. Sinteticamente, os princípios seriam avaliados em abstrato conjuntamente com os elementos normativos e epistêmicos criados a partir da formulação acima proposta, podendo determinar, inclusive, o resultado da ponderação.¹⁸³

A combinação dos fatores¹⁸⁴ permitiria que se estabelecesse uma “Fórmula de Peso” que, ao mesmo tempo, expressaria o peso concreto ou a importância de um princípio no caso concreto,¹⁸⁵ como auxiliaria a explicitar um sistema de inferências imanentes no ponderar, marcando o que deveria ser fundamentado a partir da ponderação. Na visão de Alexy, a “Fórmula de peso” permitiria que se construísse através de uma lógica proposicional uma forma de justificação da ponderação. Bustamante entende que a fórmula do peso seria útil, visto que permitiria a construção de um esqueleto que seria utilizado

¹⁷⁷ ALEXY, A fórmula de peso, op. cit., p. 138.

¹⁷⁸ A Trad. feita por Luis Afonso Heck utiliza-se da expressão “lei de ponderação”, como se pode observar em ALEXY, A fórmula de peso, op. cit., p. 150.

¹⁷⁹ A Trad. feita por Luis Virgílio Afonso da Silva adota a expressão “lei de sopesamento” ou lei de sopesamento material, mas, a que tudo indica, importa no mesmo sentido empregado pela Trad. de Luis Afonso Heck, visto que a utilização da expressão “sopesamento” é considerada, por ambos os autores, como similar a “ponderação”, como expressão do proporcionalidade no seu sentido estrito. Para tanto, vide: ALEXY, Robert. Posfácio. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 617.

¹⁸⁰ Cf. ALEXY, A fórmula de peso, op. cit., p. 150. O exemplo de ponderação epistêmica apresentada por Alexy seria a possibilidade cognitiva de certeza quanto ao uso da cannabis poderia provocar na saúde, na análise feita pelo Tribunal Constitucional quanto a resolução canabis (BVerfGE 90, 145 (182)). A classificação ou os pesos da certeza seriam uma empiria certa ou segura, sustentável ou plausível e não evidente ou falso.

¹⁸¹ Faz-se, aqui, a mesma referência da nota 171, quer dizer: as expressões são tomadas como sinônimas, adotando Luis Virgílio Afonso da Silva a expressão “Lei de sopesamento epistêmica”.

¹⁸² Cf. ALEXY, A fórmula de peso, op. cit., p. 148.

¹⁸³ Id., Ibid., p. 148: “Já foi observado que em ponderações não só as intensidades de intervenção, mas também os pesos abstratos podem desempenhar um papel. Essa possibilidade torna-se real quando elas distinguem-se. Se os pesos abstratos são iguais, eles neutralizam-se. Se eles têm, pelo contrário, pesos diferentes, eles podem trazer a balança à inclinação.”

¹⁸⁴ Lei de ponderação, lei de ponderação epistêmica e o peso dos princípios em abstrato.

¹⁸⁵ ALEXY, A fórmula de peso, op. cit., p. 149.

para orientação às exigências mínimas de racionalidade no processo de produção e refutação de argumentos.¹⁸⁶

Nas decisões analisadas, diz Alexy, seria possível verificar implícita ou explicitamente a fundamentação utilizando-se de esquemas que atribuiriam pesos aos elementos da fórmula de peso. Veja-se: a utilização da expressão aleijado violaria gravemente o direito à personalidade (*BVerfGE 86, 1 (13)*), sendo entendido, tal tratamento, hoje, como humilhação ou desprezo.¹⁸⁷

Outra função que a fórmula de peso teria seria apontar os espaços de discricionariedade que deveriam ser reconhecidos ao legislador, onde o controle do Tribunal Constitucional não poderia ser exercido. A partir desses espaços, Alexy aborda a possibilidade de discricionariedade estrutural e epistêmica no direito a partir dos Direitos Fundamentais. Afirma o autor que a discricionariedade delimitaria uma área onde se localizaria tudo aquilo facultado ao legislador,¹⁸⁸ visto que estaria entre aquilo que seria proibido e permitido pelos Direitos Fundamentais, tanto do ponto de vista normativo quanto empírico. O próprio autor refere que onde se iniciam os espaços para discricionariedade, encerraria a possibilidade de controle judicial-constitucional.¹⁸⁹

A discricionariedade referida poderia se manifestar de uma forma estrutural ou normativa, bem como de uma maneira epistêmica ou empírica. Quando Alexy se refere a uma discricionariedade estrutural ou normativa, haveria de se reconhecer ao legislador a possibilidade de tomar decisões sobre os Direitos Fundamentais, utilizando-se de suas *próprias valorações*.¹⁹⁰ Os espaços estruturais manifestariam a possibilidade de escolha do legislador das finalidades decorrentes de um espaço de liberdade deixado pelos Direitos

¹⁸⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do direito e decisão racional*: temas da teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 278.

¹⁸⁷ ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 161. Da mesma forma na decisão quanto aos avisos dos perigos à saúde pelo tabaco (*BVerfGE 95, 173 (184)*) seria possível dizer que o conhecimento médico forneceria argumentos fortes o bastante para a restrição imposta. Cf. ALEXY, A fórmula de peso, op. cit., p. 148

¹⁸⁸ ALEXY, Posfácio, op. cit., p. 620: “Todas as formas de discricionariedade têm em comum o fato de que na área discricionária localiza-se aquilo que é facultado ao legislador e que o limite da discricionariedade é definido exatamente por aquilo que ao legislador é proibido ou obrigatório.”

¹⁸⁹ ALEXY, Robert. *Direito constitucional e direito ordinário*. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 799, p. 33-51, maio 2002, p. 40.

¹⁹⁰ ALEXY, Posfácio, op. cit., p. 612: “[...] está relacionada à incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo e ao reconhecimento em favor do legislador de uma área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas *próprias valorações*.” (grifo). Ainda, Cf. ALEXY, Posfácio, op. cit., p. 608: “[...] o tribunal consta(ria) que cabe ao legislador decidir se ele deseja escolher outra forma de regulamentação que pudesse ser melhor ou mais justa.”

Fundamentais, inclusive, na sua medida de realização;¹⁹¹ bem como, na definição dos meios, quando fosse incerto se eles fomentariam ou prejudicariam os Direitos Fundamentais.¹⁹²

Isto é, ocorrendo dúvida da melhor quantificação dos Direitos Fundamentais, deveria ser reconhecido ao legislador a possibilidade de escolher de acordo com as suas convicções próprias. É claro que, reforçando, essa possibilidade decisória seria exercida dentro de uma margem de discricionariedade existente nos Direitos Fundamentais entre aquilo que seria proibido ou obrigatório. De acordo com o autor na discricionariedade estrutural estar-se-ia diante de um impasse. Este poderia ser proveniente da condição de que as razões tanto para a intervenção como contra ela seriam fortes, impedido que se reconhecesse a sua desproporcionalidade;¹⁹³ como de uma equivalência de pesos nos diferentes níveis da escala quanto às intensidades de intervenção, graus de importância e pesos abstratos dos princípios.¹⁹⁴

A outra forma de discricionariedade reconhecida como epistêmica ou cognitiva seria admitida quando houvesse dúvida em relação ao conhecimento dos fatos relevantes que sustentariam a intervenção aos Direitos Fundamentais.¹⁹⁵ Ou seja, existiria dúvida quanto à adequação e necessidade do meio utilizado para alcançar o fim pretendido. O exemplo apresentado por Alexy seria quanto à existência de uma discricionariedade epistêmica a favor do legislador para proibir produtos derivados de *cannabis*, como um espaço de avaliação cognitiva quanto à incerteza dos riscos produzidos pela droga.¹⁹⁶ Não podendo o Tribunal Constitucional apoiar-se de maneira firme numa premissa empírica, deveria conceder ao legislador um âmbito de discricionariedade epistêmica.

Com suporte no pensamento de Alexy, a ponderação teria reconhecida a sua racionalidade e estrutura mediante um esquema de fundamentação da fórmula de peso, dotando-lhe, assim, de legitimidade. Quer dizer, mediante a atribuição de pesos aos elementos da chamada fórmula de peso, que corresponderia à ponderação em um

¹⁹¹ Cf. ALEXY, Robert. *Direito constitucional e direito ordinário*. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 799, p. 33-51, maio 2002, p. 41: “O espaço de determinação da finalidade relaciona-se não só com a seleção das finalidades, mas também com a determinação da medida de sua realização.”

¹⁹² Id., Ibid., p. 41: “[...] os meios que estão à disposição atuam negativamente, em medida distinta, sobre outros objetivos ou princípios ou quando é incerto se e em qual medida eles fomentam e prejudicam.”

¹⁹³ ALEXY, Posfácio, op. cit., p. 608: “Se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional.”

¹⁹⁴ Id., Ibid., p. 610.

¹⁹⁵ Id., Ibid., p. 612.

¹⁹⁶ Id., Ibid., p. 612.

determinado caso concreto, poder-se-ia fundamentar a importância concreta de um princípio abstrato, o grau de intervenção e satisfação dos princípios envolvidos e sua correspondente demonstração empírica. Esses elementos permitiriam a formação de uma sentença, já conhecida como a lei do sopesamento ou uma norma de Direito Fundamental atribuída.

Seria importante salientar nesse momento a conexão que a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy teria com a moral. Viu-se que parte dessa conexão poderia ser especulada através da similitude adotada pelo autor entre princípios e valores, cuja principal diferença seria estabelecida no âmbito deontológico daqueles. No entanto, nos casos sujeitos à ponderação, pelos motivos também já enunciados, o direito envolveria um algo mais. Esse algo mais seria um recurso à moral, ou a uma pretensão moral. Essa pretensão moral, no direito, e para Alexy, é a pretensão de correção, assunto que será tratado na próxima seção.

2.4.6 A pretensão de correção como ponto de estofo do procedimento discursivo

A pretensão de correção é para Alexy um elemento principal da sua concepção sobre o direito. Entende o autor que o direito possui duas propriedades essenciais, a primeira seria a coerção, como forma de prática social que satisfizesse questões formais que concretizassem valores como a certeza jurídica e sua eficácia.¹⁹⁷ O positivismo jurídico se satisfaz com um conceito de direito que atribua à determinada lei formalmente aprovada a condição de produzir um poder de coação para o cumprimento de suas ordens. Aquilo que pode ser identificado como um direito correto estaria formalmente vinculado com a lei, ou, à ideia de direito positivo, expressando uma pretensão moral de índole formal. Em outros termos, o direito positivo seria moralmente isento, refletindo uma pretensão moral formal ou isenta, mostrando a sua dimensão real ou fática.¹⁹⁸ Mas, somente a isso se reduziria o direito? Haveria elementos materiais na concepção do direito?

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. En torno al concepto y la naturaleza del derecho. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Filosofía y Derecho. Trad. e estudo introdutório Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 90. Alexy refere que já na análise das questões formais seria possível identificar o conteúdo moral do direito, pois a certeza jurídica, por exemplo, seria um valor moral, que o direito acabaria por concretizar ao resolver conflitos que na esfera moral não poderiam ser resolvidos.

¹⁹⁸ Id., *Ibid.*, p. 89.

Assim, respondendo essa pergunta, Alexy vai dizer que o direito não poderia ser reduzido à concepção positivista formal, deveria haver espaço para a indagação quanto a sua substância, principalmente, como forma de anulação do direito positivo (pretensão de correção formal).¹⁹⁹ A substância do direito envolveria a pergunta pela pretensão material, sobre o conteúdo material da pretensão de correção, dotando-lhe de elementos de uma dimensão ideal ou crítica.²⁰⁰ Assim, a pretensão de correção (material) seria responsável pela integração relacional entre as dimensões reais e ideais do direito, através de uma conexão qualificadora. Isto é, as normas jurídicas e o sistema jurídico, mesmo que não cumpram um particular critério moral, não podem ser desqualificados como norma jurídica ou sistema jurídico.²⁰¹ Todavia, prossegue o autor, afirmando que a conexão entre direito e moral, pela pretensão de correção (material), também poderia apresentar um critério classificatório pelo qual poderia-se caracterizar uma determinada norma ou sistema jurídico como defeituoso. Para tanto, a pretensão de correção instituída no direito poderia ser atacada por seu lado de fora, no seu âmbito ideal, por razões morais.²⁰² Ou seja, aplicar-se-ia a fórmula Radbruch, procurando invalidar uma pretensão de correção do direito que determinasse uma injustiça extrema.²⁰³ Mas que direito poderia ser considerado extremamente injusto? Alexy responde estabelecendo a vinculação entre a pretensão do direito com a pretensão de correção dos direitos humanos e fundamentais.²⁰⁴ Seria permitido especular, assim, que a concepção não positiva de direito (que o limite apenas a sua certeza e capacidade de coação) teria a sua ligação com uma pretensão de correção, do tipo moral, que vincularia a correção do direito com a garantia de proteção aos direitos humanos ou fundamentais.

Entretanto, busca-se verificar como a pretensão de correção participa da concepção de aplicação do direito, seja na ponderação ou na argumentação jurídica, aquela em razão

¹⁹⁹ ALEXY, En torno al concepto y la naturaleza del derecho, op. cit., p. 90.

²⁰⁰ Id., Ibid. p. 92.

²⁰¹ ALEXY, Robert. La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Filosofía y Derecho. Trad. e estudo introdutório Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 69.

²⁰² ALEXY, En torno al concepto y la naturaleza del derecho, op. cit., p. 95.

²⁰³ A fórmula Radbruch é conhecida pela expressão: “A injustiça extrema não é direito.” Com ela se pretende expressar o fato de que o ordenamento jurídico pode conter normas injustas, não sendo tolerado apenas a sua condição extrema. Cf. ALEXY, La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho, op. cit., p. 70: “Esta fórmula não exige nenhum tipo de compatibilidade plena entre o direito e a moral, permitindo que as normas que tenham sido expedidas de maneira apropriada e que sejam socialmente eficazes sejam direito, ainda quando severamente injustas. É nos casos de injustiça extrema que se dá preferência a justiça material sobre a certeza jurídica. Neste sentido, constrói-se um limite externo dentro do direito.”

²⁰⁴ ALEXY, En torno al concepto y la naturaleza del derecho, op. cit., p. 95.

de ser a forma de aplicação do direito e, esta, por proporcionar-lhe o fundamento. Alexy deixa claro que a sua teoria sobre o direito é dependente da noção da pretensão de correção, quer dizer, existiria uma necessidade do direito promover uma pretensão de correção,²⁰⁵ fazendo com que os atos de criação, interpretação, aplicação e imposição sejam pressupostos como corretos quanto ao seu conteúdo e procedimento. Ou seja, as normas jurídicas individuais, as decisões judiciais e o sistema jurídico, na sua totalidade, necessariamente exauririam uma pretensão de correção,²⁰⁶ promovendo uma conexão entre o direito e a moral através dela. Assim, as pessoas responsáveis pelos atos jurídicos ao estabelecerem vinculações entre atos institucionais (lei, jurisprudência, dogmática) e não institucionais (novas situações concretas) estariam realizando a pretensão de correção ao determinar o resultado do problema. A pretensão de correção se faz presente na escolha (moral) da solução que se amolde ao direito como uma pretensão formal e material.²⁰⁷

Vale referir, assim, que quando se pondera estar-se-ia formulando uma pretensão de correção de precedência de um determinado princípio sobre outro, na formulação de uma norma de Direito Fundamental Atribuída, ou, se quiser, de uma lei de sopesamento. A apresentação das condições pelas quais um determinado princípio deveria preponderar perante outro, sem dúvidas, expressa uma pretensão de correção. Tal verificação pode ser feita quando Alexy refere que “Essa sentença (lei de sopesamento, norma de Direito Fundamental Atribuída) promove uma pretensão de correção e pode, como conclusão de um outro esquema inferencial, ser justificada em um discurso.”²⁰⁸

²⁰⁵ Pela necessidade da correção Alexy quer se referir quanto a necessidade de que as afirmações jurídicas sempre pretendam estar corretas com o direito. Exemplos dessa necessidade de correção seria um artigo constitucional absurdo viciado por uma contradição. Isto é: poderia dizer-se que o Brasil é uma república soberana, federal e injusta. Tal dispositivo seria contraditório, pois uma decisão fundamental sempre pretenderia ser correta e, portanto, justa. Cf. ALEXY, Robert. *Institucionalização da razão*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 22. Outro exemplo apresentado pelo autor seria uma sentença absurda, e. g.: o acusado é condenado para toda a vida, apesar disso ser uma interpretação falsa do direito vigente. Quer dizer, haveria uma contradição insolúvel entre a sentença e a sua pretensão de correção com o direito vigente. Cf. ALEXY, A *institucionalização da razão*, op. cit., p. 23. As pretensões de correções ainda seriam necessárias, pois, sem elas, não seria possível efetuar qualquer tipo de afirmação, seja do âmbito jurídico como no âmbito moral. Cf. ALEXY, A *institucionalização da razão*, op. cit., p. 24.

²⁰⁶ ALEXY, Robert. *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*. In: ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993, p.38.

²⁰⁷ ALEXY, Robert. *Institucionalização da razão*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 20.

²⁰⁸ ALEXY, Robert. *Ponderação, jurisdição constitucional e representação*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 161. (grifo). Também em: ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. 1. reimp. México: Distribuciones Fontamara, 2007, p. 96-97: “La racionalidad de una estructura inferencial depende, esencialmente, de si conecta premisas que, sua vez, pueden ser justificadas racionalmente. La estructura que expresa la fórmula

Lembrando da distinção entre casos fáceis e difíceis, antes apreciada, viu-se que a ponderação seria uma forma de resolver os casos difíceis. Seguindo esse entendimento, Alexy deixa expressa a condição de recurso do direito à moral, sempre que possível e, mais, nos casos difíceis, essa seria uma condição necessária imposta pelo limite do sistema jurídico. Ao utilizar-se desse recurso, o juiz, por exemplo, estaria, através da importação de razões morais, exercendo uma pretensão de correção.²⁰⁹

Todavia, não bastaria tão somente que o jurista afirmasse que determinado problema jurídico deveria ser resolvido de certa maneira, mas sim que este deveria apresentar fundamentos para tanto. A pretensão de correção implica, assim, uma afirmação cuja garantia seria a sua possibilidade de fundamentação. Além dessas duas condições da correção, a terceira colocaria a afirmação, fundamentada, diante de uma expectativa de reconhecimento da correção pelo sistema jurídico.²¹⁰

Veja-se que os elementos representados pela existência de uma correção de tais afirmações colocaria a necessidade de enfrentar o questionamento quanto ao conteúdo correto. Apesar de existir uma impossibilidade de reconhecer o conteúdo de determinada pretensão de correção, sem a consideração do seu contexto, poder-se-ia identificar, em contrapartida, que toda a pretensão de correção, independentemente do seu contexto, exigiria uma pretensão de fundamentabilidade.²¹¹ A questão poderia ser posta da seguinte forma: é possível fundamentar as normas jurídicas? Ora, o próprio autor responde positivamente mediante à adoção de uma teoria do discurso prático. Através dela, estabelecer-se-ia um procedimento de fundamentação, argumentativo, como certificador da pretensão de correção prática. A norma seria fundamentada desde que criada e aprovada pelo procedimento discursivo.²¹² Para que não reste dúvida, por procedimento discursivo, deve-se tomar a noção de um procedimento argumentativo que se desenvolve de acordo

del peso no sería una estructura racional si su input fuesen premisas que la expulsaram del ámbito de la racionalidad. [...] El input que representan los números son juicios. [...] este juicio expresa una pretensión de corrección que, dentro del discurso, puede ser justificada como la conclusión de otro esquema de inferencia. [...] Los elementos básicos de esta estructura son juicios o proposiciones. [...] Las decisiones o proposiciones conectadas por la fórmula del peso deben ser justificadas mediante ulteriores argumentos. En otras palabras, la fórmula del peso es una clase de argumento.”

²⁰⁹ ALEXY, La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho, op. cit., p. 68.

²¹⁰ ALEXY, Robert. Uma teoria da argumentação jurídica. In: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 217.

²¹¹ ALEXY, Robert. Institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 25.

²¹² Id., Ibid., p. 25.

com determinadas regras que regulamentam a argumentação prática geral.²¹³ Essas regras estabeleceriam condições de liberdade ou de igualdade entre os participantes na argumentação, garantindo a sua aprovação de uma forma geral às condições ideais que, somente aproximadamente, poderiam ser realizadas.

Pode-se afirmar, a partir de então, que a argumentação jurídica pensada por Alexy seria um produto de uma racionalidade tida como prática,²¹⁴ na qual, existiriam normas universalizantes que balizariam a discussão. Essa característica permitiria o desenvolvimento de regras de procedimento para os mais variados tipos de argumentação.

Com a fixação de regras de como um procedimento argumentativo deveria ser, Alexy apresenta a argumentação jurídica como um caso especial de argumentação geral prática,²¹⁵ produzindo, em razão da assunção de regras procedimentais, um discurso racional no qual seria possível estabelecer a correção de enunciados normativos, quando resultasse de um determinado procedimento fixado com essa finalidade.²¹⁶

O procedimento discursivo que conduziria à argumentação não teria prestabilidade para determinar o resultado da discussão, todavia, serviria como um certificado de que o resultado encontrado é um resultado correto, pois teria submetido os argumentos a todas as regras discursivas que qualificam um discurso como racional. Essas regras poderiam ser resumidas como estruturadoras de condições lógicas, direitos de participação e intervenção oral, cargas de argumentação, variantes quanto à ideia de universalidade, surgimento de convicções normativas e formas de argumentos lógicos.²¹⁷

Entretanto, o discurso jurídico iria mais além. Ele seria determinado pela pretensão de correção da criação do direito que se acomodasse à ordem jurídica vigente. Ou seja,

²¹³ ALEXY, Institucionalização da razão, op. cit., p. 26.

²¹⁴ A concepção de racionalidade prática que parece ser determinante para Alexy seria a liberdade do indivíduo tomar decisões valorativas morais, como uma faculdade do querer. Da possibilidade do homem escolher independentemente de elementos sensíveis, apoiado, tão somente, na sua razão. Cf. HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 188 e sgs. Todavia, como já exposto em outra parte do texto para Alexy a decisão jurídica conjugaria o decisionismo (que envolveria o conceito de razão prática) e a fundamentação. Esta, buscada na teoria do discurso habermasiana. Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 67.

²¹⁵ A tese do caso especial de Alexy seria consequência de uma integração (tese da integração) dos pressupostos comunicativos que tornam uma discussão racional (agir comunicativo habermasiano ou discurso prático geral), com a vinculação de elementos específicos do direito que não podem deixar de ser considerados na argumentação (Constituição-lei, precedentes e doutrina). Assim, não bastariam que as preposições normativas (decisões) fossem racionais, mas que também pudessem ser justificadas no sistema jurídico vigente. Cf. BUSTAMANTE, *Argumentação contra legem*, op. cit., p. 88-90.

²¹⁶ ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. In: ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993, p.60.

²¹⁷ Id., Ibid., p. 63.

dever-se-ia reconhecer que determinadas afirmações jurídicas ou decisões são consideradas corretas do ponto de vista do sistema jurídico vigente.²¹⁸

O discurso de uma forma geral, ou o discurso prático geral, faria parte do direito, contudo, sofreria limitações próprias por influxos do direito. Afirma-se isso porque inicialmente o discurso admitiria um amplo espaço de discussão, daquilo que seria discursivamente possível, que, a partir das regras próprias do direito, passariam a responder sobre aquilo que seria juridicamente permitido.²¹⁹

Quer dizer, os conflitos sociais não poderiam ser resolvidos por regras contraditórias, possíveis, mas sim, no discurso prático geral. Pretenderia o direito, assim, a partir das suas regras e procedimentos, estabelecer precisões naquilo que seria discursivamente possível.²²⁰ Ou seja, transformaria o que seria para o discurso prático geral possível, naquilo que, no discurso jurídico, passaria a ser permitido.

Alexy refere que a argumentação desenvolvida no discurso prático geral, sozinha, não teria a capacidade de resolver os conflitos, motivo pelo qual se necessitaria de uma série de procedimentos estruturados pelo direito para alcançar este objetivo. Seriam eles: (1) o procedimento de criação estatal ou legislativo, (2) o procedimento do discurso jurídico e (3) o procedimento ou processo judicial.²²¹ Pretendendo estabelecer uma relação entre os mais diversos procedimentos, dir-se-ia que o discurso prático geral – como um procedimento argumentativo geral – faria parte de uma redução feita pelo procedimento de criação legislativa, no qual uma determinada decisão foi tomada. Essa decisão legislativa é um procedimento de criação do direito. Apesar da fixação legislativa, por variados motivos, não seria possível determinar de antemão situações ou problemas jurídicos, caso a caso, seja pela limitação das experiências históricas ou pelas constantes reflexões conceituais, elementos que clamariam por um terceiro procedimento, o discurso jurídico.²²²

O discurso jurídico apresentaria uma estrutura dúbia, englobando elementos como a vinculação à lei, aos precedentes e à dogmática; e elementos próprios de um discurso prático geral.²²³ O discurso jurídico seria menos incerto que o discurso prático geral, mas

²¹⁸ ALEXY, Robert. Pós-fácio. In: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 310.

²¹⁹ ALEXY, La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica, op. cit., p. 69.

²²⁰ Id., Ibid., p. 70.

²²¹ Id., Ibid., p. 70; ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 550.

²²² ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 548.

²²³ Id., Ibid., p. 550.

mesmo assim, necessitaria de um procedimento complementar como forma de resolver os conflitos sociais. Quer dizer: a efetiva forma de resolução dos conflitos sociais efetivamente se daria mediante um procedimento judicial ou processo judicial, pelo qual, não apenas se decidiria, mas também, se argumentaria, fundamentando racionalmente essa decisão. A racionalidade da decisão seria conferida pelo fato de esta satisfazer as regras dos procedimentos anteriores, o que torna possível considerá-la racionalmente fundamentada.²²⁴

Alexy ao procurar sintetizar as regras que orientariam todo o discurso, transpassando-o de uma condição prática geral à jurídica, identificou 28 regras que garantiriam a racionalidade e, conseqüentemente, a legitimidade da solução ao conflito jurídico. Essas regras poderiam ser conhecidas por grupos procedimentais acima já apresentados. Mesmo não sendo objetivo do presente trabalho abordar todas as regras fixadas, vale destacar duas questões relacionadas com elas. A primeira, a existência de dois grupos de regras para justificação da argumentação jurídica, concebidas nas perspectivas interna e externa; e a segunda, a correlação existente entre a estrutura do discurso jurídico e o discurso prático geral.

Quanto ao grupo de regras específicas da argumentação jurídica, como forma de justificação tanto da interpretação e aplicação do direito, Alexy apresenta um âmbito de justificação interna. Seria através desse tipo de justificação que se fundamentaria a ligação entre as premissas jurídicas de que parte o intérprete e a conclusão obtida. De forma bem simples, a justificação interna teria a serventia de demonstrar a validade do silogismo jurídico. Ela seria utilizada tanto na aplicação das regras por meio da subsunção, como para conferir validade às inferências imanentes da ponderação, para apresentar de que maneira lógica a decisão tomada decorreria logicamente da regra ou da ponderação realizada.²²⁵ As principais regras da justificação interna seriam: (1) a fundamentação de uma decisão deve decorrer de uma norma jurídica universal que lhe abarque; (2) a decisão deve seguir logicamente daquela norma universal, inclusive, se necessário, demonstrada por outras proposições.²²⁶

²²⁴ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 551.

²²⁵ ALEXY, *Uma teoria da argumentação jurídica*, op. cit., p. 218-219.

²²⁶ Id., *Ibid.*, p. 219. A questão revela a importância para Alexy do princípio racional de universalidade, sendo ele determinante à argumentação prática geral, tendo a sua ressonância no direito, para fundamentar a racionalidade do raciocínio jurídico.

As regras de justificação interna teriam a capacidade de tornar cada vez mais concreta a norma jurídica universal, não importando, contudo, que essa norma jurídica não possa ser extraída do direito positivo e tenha que ser construída pelo intérprete²²⁷ – como seria o caso da construção da lei de sopesamento ou norma de Direito Fundamental Atribuída –, pois a fundamentação dessa premissa seria produto exclusivo da justificação externa. Torna-se clara, em razão disso, a conexão existente entre a justificação interna e a externa, porque a primeira teria como tarefa clarificar quais premissas apresentadas pelo intérprete deveriam ser, posteriormente, fundamentadas através de uma justificação externa.²²⁸ Uma forma de justificação interna na sua plenitude deveria procurar apresentar o máximo de proposições possíveis para demonstrar a passagem do silogismo, procurando, assim, fazer com que não reste dúvida quanto a sua validade.²²⁹

A justificação externa, por sua vez, serviria para fundamentar as premissas das quais partiu o silogismo jurídico, atribuindo à racionalidade a decisão.²³⁰ Isto é, porque se utilizou daquelas determinadas premissas para resolver o caso em questão. As premissas que se pretende justificar poderiam ser distinguidas como regras provenientes do direito positivo, enunciados empíricos ou nem um nem outro²³¹ – especula-se, aqui, a inclusão das premissas construídas a partir dos Direitos Fundamentais através da ponderação.

As regras ou formas de justificação externa poderiam ser apresentadas como derivadas da lei, interpretação,²³² dogmática,²³³ precedentes,²³⁴ razão, empiria ou

²²⁷ ALEXY, Uma teoria da argumentação jurídica, op. cit., p. 224.

²²⁸ Id., Ibid., p. 224.

²²⁹ Id., Ibid., p. 224.

²³⁰ Id., Ibid., p. 226.

²³¹ Id., Ibid., p. 226.

²³² Alexy reconhece diferentes funções aos argumentos dos cânones interpretativos, podendo resumi-los da seguinte forma: (1) argumento semântico ou interpretação literal: teria a vantagem de reconhecer a vinculação da argumentação com o teor da lei; (2) argumento genético: forneceria elementos quanto à vontade do legislador; (3) a interpretação sistemática: permitiria aduzir argumentos como forma de eliminar possíveis contradições do sistema jurídico; (4) o argumento teológico: permitira perquirir as finalidades da lei, referindo Alexy que este tipo de argumento daria espaço para a argumentação prática geral no direito. Cf. ALEXY, Uma teoria da argumentação jurídica, op. cit., p. 241.

²³³ Os argumentos dogmáticos deveriam ser utilizados sempre que possíveis e, se postos em dúvida, fundamentados mediante uma argumentação prática geral. Tal formulação resumiria as regras da argumentação dogmática. Os argumentos dogmáticos teriam: função de estabilização, isto é, de fixar e permitir a reprodução de determinadas soluções às questões práticas; função de progresso, porque estabilizadas as soluções padronizadas, a dogmática pode propor diferenciações de acordo variações empíricas, ampliando a discussão das soluções possíveis; função de descarga, visto que os enunciados dogmáticos assumem uma presunção de comprováveis e aceitos, permitindo a assunção de consensos já pressupostos; função técnica, que procura construir conceitos, formas e institutos jurídicos, informando e promovendo o ensino da matéria jurídica; função de controle, pela qual se demonstra a consistência existente pela compatibilidade lógica entre os enunciados dogmáticos entre si, bem como, a compatibilidade prática geral entre as decisões e suas fundamentações dogmáticas; e a função heurística, na qual a dogmática fornece

argumentos jurídicos especiais;²³⁵ desenvolvidas como um código da razão jurídica.²³⁶ Quer dizer, cada uma das formas de justificação externa seria composta por um conjunto de regras que garantiria um procedimento permitindo a racionalidade da argumentação desenvolvida. Por fim, vale dizer, que a argumentação prática geral assume um papel de grande importância na utilização das regras de justificação externa, porque, primeiro, permite a apresentação de fundamentos na utilização delas; segundo, emprega enunciados tanto dogmáticos quanto de precedentes que não seriam necessários ou logicamente necessários, reclamando a utilização de premissas adicionais cujo fundamento se dá a partir do discurso prático geral;²³⁷ e, terceiro, serviria como fundamento para organizar e hierarquizar os argumentos jurídicos de justificação externa.²³⁸

Vale especular que a argumentação prática geral fundamentaria a criação da regra de precedência que organizaria a relação entre os princípios colidentes no caso concreto e adicionaria premissas adicionais não presentes no discurso jurídico. Em outras palavras, pela ponderação estabelecer-se-ia a regra de precedência, como uma premissa adicional do sistema jurídico – integrando ela convicções morais no direito – cuja validade/legitimidade sustentar-se-ia através da argumentação jurídica que, num primeiro momento, valer-se-ia do discurso jurídico (lei, jurisprudência e dogmática), para numa segunda etapa, esta complementar, valer-se do discurso prático geral para organizar as regras e procedimentos argumentativos.

Parece que a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, principalmente, naquilo que diria respeito à produção e validação de uma norma atribuída aos Direitos Fundamentais, movimentaria, a noção de interpretação do direito como a necessidade de

modelos de soluções, distinções e pontos de vista para orientar novas decisões. Cf. ALEXY, Uma teoria da argumentação jurídica, op. cit., p. 257-262.

²³⁴ Os precedentes deveriam ser tomados como correspondentes ao princípio da universalidade, fazendo com que todos os casos, nas suas condições relevantes, consideradas como iguais, assim fossem tratados. Para tanto, o precedente institui uma carga de argumentação. Aquele que pretende afastar o seu caso do precedente assume o ônus argumentativo, utilizando-se, por exemplo, de técnicas como o *distinguishing* ou *overruling*, onerando-se, como já referido com o ônus de fundamentar, acabando por necessitar de um complemento por argumentos práticos gerais. Cf. ALEXY, Uma teoria da argumentação jurídica, op. cit., p. 264-267.

²³⁵ ALEXY, Uma teoria da argumentação jurídica, op. cit., p. 226.

²³⁶ Apesar de Alexy não apresentar uma hierarquia entre as regras da argumentação jurídica no seu contexto de justificação externo, refere o autor que a justificação empírica teria grande influência no resultado da argumentação. Aproveitando-se do que já se viu, a força da condição empírica para resolução dos problemas jurídicos também é considerada como determinante na fórmula de peso desenvolvida para estruturar a ponderação. Assim, muitas vezes, seria possível haver um acordo sobre as proposições jurídicas, restando a divergência sobre a interpretação dos fatos empíricos. Referindo à determinação da justificação empírica: ALEXY, Uma teoria da argumentação jurídica, op. cit., p. 226.

²³⁷ ALEXY, Uma teoria da argumentação jurídica, op. cit., p. 274.

²³⁸ Id., Ibid., p. 243.

um sistema jurídico incompleto que deve recorrer, constantemente, ao intérprete para ponderar e adicionar-lhe novos elementos. O problema seria como tornar racional/legítimo esse ato. Surge, nesse instante, a fundamentação como uma argumentação jurídica que envolve elementos do discurso jurídico, mas que, nos casos difíceis, acabaria por recorrer exclusivamente ao discurso prático geral.

Assim, uma visão da teoria de Robert Alexy – concentrando-se na produção e fundamentação das normas jurídicas – possibilitaria cogitar uma integração entre a Teoria dos Direitos Fundamentais e da Argumentação Jurídica, trazendo, como questão imanente, a relação entre direito e moral. De uma forma geral, Alexy vai conceber essa relação entre Direitos Fundamentais, representação, jurisdição, ponderação e discurso como parte da sua Teoria do Constitucionalismo Discursivo.²³⁹

²³⁹ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 155.

3 A NOVA CRÍTICA DO DIREITO: BASES PARA UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA CRÍTICA

3.1 O DIREITO BRASILEIRO COMO SIMULACRO DO NEOCONSTITUCIONALISMO: A INFLUÊNCIA DAS CONCEPÇÕES FILOSÓFICAS METAFÍSICAS QUE IMPEDEM A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

O direito brasileiro desde a Constituição de 1988 vem procurando formas de lidar com a previsão constitucional de uma série de Direitos Fundamentais, juntamente com um instrumental processual que permita a satisfação de tais direitos mediante garantias fundamentais.

A discussão posta é acentuada com a tentativa de transição entre paradigmas que marcam a teoria do direito como Positivista²⁴⁰ e Pós-positivista ou Neoconstitucionalista. Isso porque a constante busca de concretização dos Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos implica novas concepções de índole teórica, ideológica e metódica,²⁴¹ determinadas pelos problemas que o positivismo jurídico não conseguiu enfrentar e que, como última consequência, culminou nas guerras do século vinte.

²⁴⁰ A expressão Pós-positivista é utilizada para marcar uma diferenciação ao Positivismo Jurídico. Este tomado como uma doutrina envolveria determinados pressupostos como os seguintes. Axiologicamente o direito seria neutro, não assegurando qualquer valor (senão a segurança jurídica e a legalidade). Direito e moral seriam estritamente dissociados. Autoritativamente, o direito seria um produto da criação estatal. O direito positivo como lei resultaria da vontade do Estado (através da delegação ao legislador) como a norma (precedente, pela delegação de poder ao julgador) na *Common Law*. Ainda, a interpretação do direito seria um ato de soberania estatal, perscrutando-se a vontade do Estado. Engelmann identifica seis características do positivismo jurídico: (1) prevalência da lei como fonte do Direito; (2) desvalorização dos precedentes – o Estado é dotado da razão, devendo os juízes reconhecer essa plenitude; (3) inabilitação da doutrina como fonte do Direito (4) os juízes agem apenas como delegados do Estado – Soberano, (5) apenas declarando um direito já promulgado por ele; e, (6) a validade o costume se dá por aceitação tácita do Estado – Soberano. Cf. ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao Positivismo Jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 38 – 39. A condição Pós-positivista ou Neoconstitucionalista não procura refutar a importância do positivismo jurídico, mas pretende ir além dele, questionando questões omissas, principalmente, assumindo a Constituição como fonte de validade do Direito e a força da jurisdição constitucional na sua interpretação, de forma dissociada a possíveis amarras do antigo Estado-Soberano. Essa condição acaba colocando em cheque o direito como um modelo de regras, abrindo a possibilidade de discussão quanto questões normalmente ocultas do discurso positivista como o limite do direito positivo, sua indeterminação e relação com a moral. Cf. CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In. *Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho*. n. 22. Alicante, 1998, p. 209. Robert Alexy pode ser considerado como um pós-positivista ao procurar enfrentar questões silenciadas pelo positivismo jurídico (como a relação entre Constituição, Jurisdição Constitucional e interpretação/ponderação), como a indeterminação do direito e relação dele com a moral. Todavia, cai na armadilha da discricionariedade do positivismo jurídico ao estabelecer a delegação do poder (discricionário) forte ao intérprete, inclusive, reconhecendo o recurso à moral pela pretensão de correção. Cf. BUSTAMANTE, Princípios, regras e a formula de ponderação de Alexy, op. cit., p. 329.

²⁴¹ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: *Isonomía*. n. 16. 2002.

Teoricamente foi possível perceber um movimento que passou a caracterizar a Constituição como uma norma de estrutura e função diferenciada. Essa norma descreveria as regras fundamentais e superiores do ordenamento jurídico, cujo conteúdo axiológico apresentaria um valor especial.²⁴² Ideologicamente, procurou garantir a concretização dos Direitos Fundamentais como seu principal objetivo, servindo de direção para as atividades legislativas, executivas e judiciárias, além de assegurar mecanismos de tutela para tanto.²⁴³ Na sua perspectiva metodológica, o neoconstitucionalismo sustenta a existência de uma conexão necessária entre direito e moral, ponte que seria feita pelos princípios constitucionais e pelos Direitos Fundamentais.²⁴⁴

Seria possível identificar com as posições denominadas neoconstitucionalistas aquela assumida por Barroso, na qual haveria três mudanças paradigmáticas pela constitucionalização do direito: o reconhecimento da força normativa da Constituição, quando esta deixa de ser uma simples declaração de intenções para assumir um poder deontológico de imperatividade;²⁴⁵ a expansão da jurisdição constitucional, marcando a ideia de supremacia da Constituição como limite a qualquer processo deliberatório, elegendo ao Poder Judiciário a condição de guardião desses limites;²⁴⁶ e, para dar conta dessa nova realidade, a reelaboração da interpretação constitucional, havendo agora a necessidade de uma metodologia que desse conta da pluralidade de visões, valores e interesses consagrados nos Direitos Fundamentais, principalmente, mediante a ponderação como técnica de decisão e reabilitação da razão prática.²⁴⁷

Streck reconhece que a busca pela plenitude do neoconstitucionalismo ou Estado Constitucional implica o rompimento de três barreiras, quais sejam: a revisão da teoria das fontes para reconhecer o deslocamento da lei como fonte única do direito à Constituição; alteração na teoria das normas, buscando compreender o papel dos princípios como normas jurídicas, principalmente, aqueles contemplados constitucionalmente; e, como terceiro elemento, o reconhecimento da importância de uma teoria da interpretação.²⁴⁸

²⁴² COMANDUCCI, Formas de (neo)constitucionalismo, op. cit., p. 98.

²⁴³ Id., Ibid., p. 100.

²⁴⁴ Id., Ibid., p. 101.

²⁴⁵ BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, op. cit., p. 262.

²⁴⁶ Id., Ibid., p. 263.

²⁴⁷ Id., Ibid., p. 266.

²⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 159.

Os dois autores supracitados apresentam determinada convergência no seu pensamento quando reconhecem a ruptura proporcionada pelo neoconstitucionalismo. Ambos fincam as suas esperanças no reconhecimento da Constituição como a principal fonte do direito, à qual a jurisdição constitucional assume a função de dar efetividade. Ainda conjugam de posicionamentos parecidos ao reconhecerem a condição dos princípios, principalmente os constitucionais como normas jurídicas, dotadas de força deontológica. Entretanto, a principal diferença está na concepção interpretativa do direito. Enquanto que Barroso nitidamente endossa a condição à adoção da ponderação como guia da interpretação constitucional, Streck parece procurar explorar outro nível de indagação, no qual a transformação apontada pela doutrina do neoconstitucionalismo ganha um patamar ruptural e paradigmático.

Isso porque Streck, ao procurar promover a integração entre a teoria das fontes, da norma e da interpretação, apresenta uma “analítica”²⁴⁹ do fenômeno jurídico, cujo carro chefe é determinado por uma questão que se mostrou oculta de boa parte da doutrina. Isto é, o neoconstitucionalismo ao adotar a Constituição como principal elemento da teoria das fontes tem como uma das suas consequências o reconhecimento da legitimidade da jurisdição constitucional, sem abordar, todavia, a questão sobre a discricionariedade do intérprete. Assim, o Poder Judiciário como intérprete autorizado, poderia utilizar-se das mais variadas técnicas, na qual a ponderação surge como a principal. Pela teoria da interpretação Streck consegue desocultar o problema da discricionariedade no direito que se mostra ínsita ao neoconstitucionalismo, principalmente, quando se dá uma ênfase principal à teoria das fontes e das normas.

Nesse sentido, quando o neoconstitucionalismo apresenta inovações diante do velho positivismo jurídico, principalmente naquilo que se refere ao reconhecimento da importância da Constituição como fonte de validade do direito e da existência de normas simplesmente reconhecidas como regras – mas também como princípios –, oculta-se um dos principais problemas do direito, qual seja, a concepção de interpretação do direito como um momento de discricionariedade. Esse problema, na verdade, acaba por conectar as posturas neoconstitucionalistas ao velho positivismo jurídico. Isso porque tanto um como outro não seria capaz de oferecer uma alternativa ao âmbito de textura aberta do

²⁴⁹ Tomado aqui como uma parada na compreensão do fenômeno jurídico para se valer de uma postura teórica que explique a sua apreensão sobre ele, notoriamente, na esteira da fenomenologia hermenêutica, como aquela que orientou Heidegger na escritura de *Ser e Tempo*.

direito, presente, por exemplo, nas normas de Direitos Fundamentais, cláusulas gerais e conceitos indeterminados; elegendo como saída comum para esse problema a delegação interpretativa do direito para o juiz.

Quando, simplesmente, delega-se ao juiz o poder de decidir no âmbito de abertura do direito, deixa-se de lado a importância construída historicamente que fez com que a Constituição fosse eleita como o centro de validade do sistema jurídico, principalmente, por sua supremacia normativa determinante às deliberações políticas e aos ideais comunitários de vida boa, que garantem a legitimidade constitucional. A Constituição perde a sua força de limitação ao poder político.

Por essa razão Streck reclama um neoconstitucionalismo que reconheça a Constituição não apenas como uma lei que integra o ápice do sistema normativo, mas como uma lei cuja compreensão deixe de ser condicionada por pré-compreensões de uma tradição inautêntica, para que possa surgir uma “noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária”,²⁵⁰ e esse sentido como condicionador da interpretação do direito.²⁵¹

Todavia, a tarefa não tem sido fácil, pois Streck identifica que o imaginário jurídico brasileiro não se livrou da influência de um direito marcado pelo positivismo jurídico e um formalismo científico.²⁵² Bom indício do referido imaginário pode ser observado na identificação do direito como um sistema de regras – e também de princípios – que, de certa forma, demarcam os padrões de comportamentos institucionalizados, fazendo com que, em algumas situações se reconheça a deficiência do sistema – no seu âmbito de textura aberta -, momento em que, o intérprete seria convocado a resolvê-lo mediante uma postura voluntarista.²⁵³ Outra marca do positivismo jurídico seria a sua equiparações entre conceitos caros para o direito, como por exemplo, validade e vigência, texto e norma.²⁵⁴

Imperaria no positivismo jurídico, assim, a postura de que a validade do direito estaria atrelada ao momento da sua entrada em vigor de acordo com o procedimento

²⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 209.

²⁵¹ Id., *Ibid.*, p. 209.

²⁵² STRECK, A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo, op. cit., p. 160; STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 335.

²⁵³ Id., *Ibid.*, p. 160.

²⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische Differenz) entre texto e norma. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 143.

estabelecido para tanto. Contudo, fazendo realmente da Constituição fonte primordial do ordenamento jurídico, a vigência das normas deve receber um banho constitucional para que possa gozar de validade jurídica. Não bastaria a norma ser aprovada – tornando-se vigente – mas que deveria também se adequar aos dispositivos constitucionais.

O segundo elemento que influenciaria o imaginário dos juristas seria a proposta do direito como correlato ao formalismo científico. O desenvolvimento dessa condição pode apelar àquilo que Rocha entende por matriz da filosofia analítica do direito.²⁵⁵ Da forma como apresenta o autor, o conhecimento jurídico almejou uma condição epistemológica científica, apostando na possibilidade de um modelo rigoroso de linguagem.²⁵⁶ A epistemologia jurídica sofreria grande influência do chamado Positivismo Lógico – idealizado pelos estudos semióticos de Pierce e dos partidários do Círculo de Viena – procurando isolar o direito de perversões possíveis pela história e pela ideologia mediante a construção de uma linguagem rigorosa e axiomatizada, de acordo com o modelo matemático de ciência que reclamava a sua legitimidade.²⁵⁷ A construção de um sistema axiomatizado permitiria que se construísse uma linguagem autosuficiente, na qual a significação dos seus enunciados poderia ser validada dentro do sistema axiomático, deslocada, por exemplo, da produção social dos sentidos.²⁵⁸

Através do formalismo científico, poder-se-ia montar um esquema de conceitos que remeteriam a um sistema axiomático, fazendo com que o sentido da linguagem dependesse exclusivamente de um sistema de conhecimento. Em outras palavras, montar-se-ia uma linguagem cuja semântica – sentido – teria referência a um esquema conceitual pré-dado.

²⁵⁵ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, p. 94. Contudo, ressalva deve ser feita à proposta de classificação das matrizes por Leonel Severo da Rocha, principalmente, ao atribuir a uma matriz hermenêutica a limitação de ter como centro de discussão os textos jurídicos. Cf. ROCHA, *Epistemologia jurídica e democracia*, op. cit., p. 98. Isso porque a procura de compreender o fenômeno jurídico utilizando-se de aportes da Hermenêutica Filosófica permite estabelecer perguntas que ultrapassam limites lingüísticos próprios da semântica, ingressando, em discussões pragmáticas. A interpretação do direito não se dá de forma dissociada da sua compreensão, esta como um exercício ontológico que envolve a pergunta pela compreensão do próprio ser do intérprete num mundo significativo, onde o Ser do ente se dá apenas numa totalidade. Em outras palavras, ao perquirir-se o contexto da compreensão coloca-se no mesmo âmbito – linguagem – sujeito e objeto, fazendo da pragmática da linguagem uma das indagações para a compreensão dos fenômenos.

²⁵⁶ ROCHA, *Epistemologia jurídica e democracia*, op. cit., p. 31: “O projeto de construção de uma linguagem rigorosa para a ciência do Direito (postula) uma ciência do Direito alicerçada em proposições normativas que descrevem sistematicamente o seu objeto. Trata-se de uma metateoria do Direito que, ao contrário do positivismo legalista dominante na tradição jurídica (que confunde lei e direito), propõe uma ciência do Direito como uma metalinguagem distinta do seu objeto.”

²⁵⁷ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 14-15.

²⁵⁸ Id., *Ibid.*, p. 15.

Kelsen seria um bom exemplo da exploração das pesquisas semióticas da linguagem no direito, fazendo do nível semântico o condutor da validade do conhecimento jurídico. É claro que o pensamento de Kelsen não poderia se limitar a esse aspecto, no entanto, o reduz à perspectiva formalista tão somente com a intenção de apresentar a sua influência no pensamento jurídico brasileiro onde poderia ser identificado com o formalismo científico.²⁵⁹ Assim, determinada norma – criação do objeto do direito – poderia ser considerada como válida desde que estivesse fundada numa norma superior que lhe desse fundamento.²⁶⁰ O conhecimento jurídico – ciência do direito – se mostrava possível tão somente a partir do conceito de norma jurídica, como um esquema interpretativo que construía o objeto do conhecimento.²⁶¹

O direito brasileiro possui dificuldade em lidar com questões como a discricionariedade, por exemplo, principalmente porque ela se faz ausente nas discussões proporcionadas pelo positivismo alinhado aos dois elementos antes referidos. Arriscar-se-ia dizer que para Kelsen que a discricionariedade seria uma condição de possibilidade à construção do objeto de conhecimento jurídico. A norma jurídica para ter validade deveria remeter-se à estrutura sistemático-axiomática do direito – ou ao seu vetor estático²⁶² – encontrando o seu fundamento na norma hipotético fundamental. No entanto nesse processo de certificação da norma haveria um espaço de discricionariedade equivalente ao âmbito de textura aberta. Seria através de tal espaço, conhecido como a moldura delimitada

²⁵⁹ O formalismo encontraria espaço no direito mediante a concepção de um Positivismo Metodológico. Este pode ser identificado como uma tentativa de aproximar o direito a de uma ciência lógica, fortemente influenciada pelo Positivismo Lógico que determinou o conhecimento científico durante o Século XX. Assim, o Positivismo Metodológico elegeria o direito como seu objeto de conhecimento. Os cientistas do direito se limitavam a pesquisar os aspectos normativos das regras jurídicas, estabelecendo relações que reproduzissem a perfeição lógica no sistema jurídico. Cf. CALSMIGLIA, *Postpositivismo*, op. cit., p. 209.

²⁶⁰ KELSEN, *Teoria pura do direito*, op. cit.

²⁶¹ KELSEN, *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 04: “A norma que empresta ao ato significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de outra norma.” A Teoria Pura de Kelsen fazia com que a norma jurídica pudesse ser considerada como a forma de interpretar o direito numa tentativa de racionalizar a compreensão da linguagem jurídica identificada estritamente pelo reconhecimento normativo da lei. Representa uma forma de pensar o direito utilizando-se da lei, mas fazendo um questionamento filosófico analítico da sua aplicação, ou seja, através de uma estrutura que permita a verificação de validade da norma. O direito deveria ser representado por uma estrutura formal, isolada de qualquer influência de outras ciências sociais, na qual os juízos *a priori* de base neokantiana seriam hábeis para que o legislador pudesse prever a realização dos fatos, prescrevendo a conduta que entendesse como adequada. Assim, apesar da compreensão da realidade dividida no ser (*a posteriori*) e no dever-ser (*a priori*), o direito teria que se ater apenas nas questões relativas ao dever-ser. Tal ideia faria com que os fatos do mundo real apenas fossem relevantes a partir do momento em que fosse pré-estabelecidos pelo direito, através da norma jurídica posta, com a finalidade de regulamentar o comportamento social.

²⁶² Id., *Ibid.*, p. 218.

pelo ordenamento jurídico, que todas as incongruências, lacunas, conflitos normativos e interpretações reclamariam o exercício de um ato volitivo do intérprete autêntico – Poder Judiciário – num extenso (e ilimitado) espaço de liberdade.²⁶³

Boa parte do direito brasileiro ao compreender o fenômeno jurídico estritamente sobre a perspectiva de uma epistemologia, de índole formal e científica, deixa de questionar as relações “externas” ao seu campo de conhecimento, como por exemplo, a relação com a moral, política e mundo prático. Teria o direito sucumbido à ciência.

Essa sucumbência do direito à ciência implica num conhecimento que transita tão somente num limite paradigmático um tanto quanto conturbado, podendo ser denominado, aqui, como metafísico. A utilização da expressão metafísica procura representar o enraizamento do pensamento jurídico a um modelo dogmático, dissociado do mundo prático, cuja maior preocupação está situada na demonstração racional de seus enunciados, que, de forma desacerbada, acaba por construir um mundo virtual dogmático próprio do direito, isolado da sua condição de possibilidade, qual seja, o mundo prático.

A construção desse mundo próprio – também poderia ser identificado na postura que coloca a contraposição do dever-ser (direito) e do ser (realidade) – está vinculada a acepções filosóficas que representam o pano de fundo, que acabam por determinar a forma que se realiza tanto o pensamento quanto o conhecimento jurídico. Com Streck, poder-se-ia identificar dois modelos filosóficos que condicionam o conhecimento jurídico.

Primeiro, aquele que remete a uma metafísica clássica, pela qual, o conhecimento mantém-se vinculado às coisas, possuindo essas uma essência própria que pode ser apreendida pelo sujeito.²⁶⁴ Nessa, tanto a linguagem quanto a palavra possuem um sentido em virtude da essência das coisas, ou, somente porque as coisas possuem uma determinada essência é que as palavras tem sentido.²⁶⁵ Essa postura de isomorfia entre as palavras e coisas é uma das apostas da ciência moderna ao procurar construir enunciados rigorosos.

²⁶³ A interpretação do direito é considerada por Kelsen como um ato criativo e volitivo. Assim, o intérprete estaria livre para criar direito dentro da moldura estabelecida pela norma jurídica. No interior da moldura não seria possível determinar qual o elemento que resolveria o problema jurídico, podendo os seus motivos ser políticos, morais, etc. Cf. KELSEN, *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 393.

²⁶⁴ O conhecimento ou a verdade teriam uma essência própria, guardados de possíveis modificações ou corrupções. Assim, uma coisa se definiria de acordo com a sua essência, que em Platão seria a *Idea*, enquanto para Aristóteles seria representada pela *Substancia*. Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 125. STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed, op. cit., p. 297. Cf. STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2005, p. 134-135.

²⁶⁵ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 124.

No direito, o exemplo de tal influência pode ser visto quando se perquire uma interpretação literal.²⁶⁶

Segundo, quando se passa a admitir que o sujeito tem o poder sobre o conhecimento ou sobre a verdade, visto que através da sua mente ou da consciência de si do pensamento pensante.²⁶⁷ A influência desse paradigma filosófico pode ser verificada no direito quando se pretende determinar o sentido do fenômeno jurídico recorrendo-se a métodos de interpretação, como produto da razão humana e certificadores do conhecimento, ou, também, quando o intérprete remete à perquirição das “vontades” (da lei ou do legislador) para justificar a sua interpretação, assumindo uma condição de perceptor de uma essência-vontade legal ou vidente de um legislador histórico. A busca pela vontade da lei ou do legislador acaba por ter um efeito paradoxal ao permitir que o intérprete venha a manifestar a sua vontade.²⁶⁸

Não se pode esquecer que as duas posturas filosóficas que marcam o direito possuem uma estreita relação com a denominada filosofia analítica-formal, antes apresentada. O ponto de conexão poderia ser estabelecido na redução da linguagem como um simples instrumento de designação do objeto ou da interpretação do sujeito, colocando-se como uma terceira coisa entre eles. Stein afirma que a linguagem tomada numa

²⁶⁶ Streck apresenta o exemplo paradigmático da introdução do parágrafo único ao artigo 11 da Lei nº 9.639/98, estendendo anistia aos crimes de retenção da contribuição previdenciária, todavia, sem ter sido objeto de deliberação parlamentar. Ou seja, a anistia seria “pirata” e sem validade jurídica. Esse exemplo transparece o problema na equiparação entre vigência e validade, e, mais, na importância da diferença (ontológica) entre literalidade do texto da norma e a sua interpretação. Qual seja, que mesmo devendo-se respeitar os limites literais do texto ele sempre é interpretado. Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 73-74.

²⁶⁷ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed, op. cit., p. 298.

²⁶⁸ Confirma a hipótese a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em que atribui ao juiz a condição de senhor da razão, dotado da consciência de si pensante, capaz, inclusive, de orientar o direito positivo à Justiça. Nesse sentido: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO. DANO MORAL. VERSÕES DOS FATOS DIAMETRALMENTE OPOSTAS. DILAÇÃO PROBATÓRIA DETERMINADA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ. Hipótese dos autos em que, diante das versões diametralmente opostas trazidas pelas partes e em vista da falta de elementos concretos de prova, viável à determinação de ofício pelo juízo da dilação probatória. Poderes instrutórios conferidos pelo art. 130 do CPC. A tônica da nova ciência processual centrou-se na ideia de acesso à justiça. O direito de ação passou a ser visto não mais apenas como o direito ao processo, mas como a garantia cívica de justiça. O direito processual assumiu, por isso, a missão de assegurar resultados práticos e efetivos *que não se permitissem a realização da vontade da lei, mas que dessem a essa vontade o melhor sentido, aquele que pudesse se aproximar ao máximo da aspiração de justiça*. Mas, como a garantia de acesso à justiça não pode esgotar-se no simples ingresso das pretensões nos tribunais, e reclama o acesso à ordem jurídica justa, *o direito positivo reforça os poderes do juiz na condução da causa*, tanto na vigilância para que seu desenvolvimento ocorra procedimentalmente correto, quanto no comando da apuração da verdade real em torno dos fatos em relação aos quais se estabeleceu o litígio. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA DE OFÍCIO. (Apelação Cível Nº 70031005200, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 28/10/2009). (grifado).

concepção lógica pode ser considerada como produto final de uma concepção racionalista-empírica, idealizada como uma *mathesis universalis*, fomentando a construção de linguagens artificiais e experiências com metalinguagens.²⁶⁹ A construção do direito puro como pretendeu Kelsen seria um exemplo evidente da tentativa de tornar científico o direito utilizando-se de uma metalinguagem.

Ambos os pressupostos metafísicos apresentados pecam por compartilhar a crença de que o conhecimento depende de uma dicotomia sujeito-objeto, deixando de abarcar a complexidade que o conhecimento sobre a realidade pode oferecer. Negando essa complexidade, deixa-se de lado um espaço inter-relacional proporcionado pelo sujeito-objeto, brecha onde a discricionariedade, pelo menos aquela tratada pelo positivismo jurídico, passou a se desenvolver. Não sendo possível determinar o direito objetivamente pela natureza subjetiva da atuação do intérprete, optou-se pela conformação ao relativismo interpretativo, visto principalmente nos já mencionados conceitos indeterminados, cláusulas gerais ou pelo contexto de abertura proporcionado pelos Direitos Fundamentais. Ou seja, deixando-se de procurar pensar o sujeito com o objeto, ambos envolvidos por uma condição ontológica que os determina, é que o direito procura blindar-se da ruptura paradigmática que a linguagem proporcionou em toda a filosofia.

É a partir desse espaço de questionamento proporcionado pela linguagem, ontológico, que a Nova Crítica do Direito encontrou amparo para colocar problemas renegados pelos modelos metafísicos. Isso se dá no acontecer, onde a linguagem não permite mais que se estabeleça uma classificação epistemológico-científica entre sujeito-objeto, visto que a condição de possibilidade do conhecimento científico – epistemologia – seria o seu enraizamento ontológico. O início da sucumbência do paradigma cientificista da linguagem, na qual vigorava a sua concepção reduzida à condição instrumental, se deu pela conhecida viragem lingüística (*linguistic turn*). Questão que é apresentada por Streck através de três frentes.

A primeira foi o fracasso da semiótica e da semiologia influenciadas pelo Circulo de Viena que, assumindo os pressupostos do neopositivismo e empirismo lógico, tentara importar uma linguagem lógica desenvolvida nas ciências exatas para as ciências sociais,

²⁶⁹ STEIN, Ernildo. *A instauração do sentido: reflexão e interpretação do discurso (literário)*. Porto Alegre: Movimento, 1977, p. 95.

como meio de representação dos fenômenos do mundo, tendo como autores expoentes desse pensamento: Pierce, Saussure e Wittgenstein do *Tractatus*.²⁷⁰

A segunda deu-se pelas próprias mãos de Wittgenstein quando propôs a ruptura com a condição analítica da linguagem, reconhecendo a inexistência de uma isomorfia entre nome e coisa, ou seja, a linguagem não poderia abarcar o mundo, condição exemplificada pela sua qualidade de indeterminação. Apesar disso, à linguagem foi alçada a condição de possibilidade do conhecimento, através da constatação de que ela variava de acordo com os contextos sociopráticos em que era utilizada, mas estabelecendo realidades constitutivas nesses contextos. A linguagem pode ser aproximada a um jogo, no qual os participantes assumem as regras e o seu lugar numa determinada interação simbólica. O homem conhece as coisas de maneira indissociável ao jogo de linguagem do qual participa.²⁷¹

A terceira frente é representada pela pesquisa de Austin quanto à linguagem ordinária. Este procurou relacioná-la com a ação de uma filosofia pragmática da linguagem. Ou seja, a linguagem teria um efeito prático de potência a uma determinada ação, a exemplo dos atos ilocucionários. O ideal de Austin é fazer da linguagem o centro da condição filosófica, aproximando-se, dessa maneira, aos pressupostos da Hermenêutica Filosófica.²⁷²

Entretanto, o passo da Nova Crítica do Direito vai adiante da chamada viragem lingüística, ficando o seu questionamento na pergunta feita pela Filosofia Hermenêutica de Heidegger e a Hermenêutica Filosófica de Gadamer.²⁷³ Juntamente com esses filósofos, seria possível questionar o fenômeno jurídico antes do processo de entificação do conhecimento que marcou a metafísica ocidental.

²⁷⁰ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 167-169. Vale referenciar que a vinculação de Wittgenstein a sua obra *Tractatus* marca um momento do seu pensamento, no qual, as pretensões analíticas da linguagem como forma de enunciar um mundo real em si mesmo. Pois, na sua obra *Investigações Filosóficas* houve a ruptura da perspectiva analítica do autor.

²⁷¹ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 170-172

²⁷² Id., *Ibid.*, p. 175.

²⁷³ A Filosofia Hermenêutica de Heidegger e a Hermenêutica Filosófica de Gadamer possuem uma íntima ligação, não somente pelo fato de Gadamer ter sido aluno de Heidegger, mas que aquele parte das reflexões heideggerianas para colocar a hermenêutica como centro do filosofar. A hermenêutica passa de uma condição de explicitação da filosofia (explicitação da pergunta pela ontologia feita por Heidegger ao questionar o sentido do *Dasein* – sua facticidade – como pressuposto necessário de qualquer conhecimento) para uma condição filosófica desenvolvida na linguagem como produto da historicidade. Isto é, a Hermenêutica é filosófica porque parte da linguagem como horizonte universal e meio (*medium*) da compreensão como experiência do sentido que precede qualquer filosofar. Cf. STEIN, Ernildo. Da fenomenologia hermenêutica à hermenêutica filosófica. In: *Veritas*, Porto Alegre, v. 47, n. 1, p. 21-34, mar. 2002.

Aliás, seria nesse enraizamento ontológico – na superação do entificação pela recuperação da pergunta pelo ser - que o entendimento intersubjetivo possibilitado pela linguagem – e que toda a Hermenêutica Filosófica procurou desenvolver – contribuiria para questões como a interpretação e argumentação, visando à concretização dos Direitos Fundamentais, contudo, sem esquecer o espaço de discricionariedade como o “Tendão de Aquiles” das posturas positivistas que ainda não teriam conseguido compreender os limites e possibilidades da decisão judicial num Estado Democrático de Direito.

Ressalva deve ser feita quanto ao fato de que não é pretensão do presente trabalho explicitar aspectos específicos do pensamento heideggeriano e gadameriano, mas apresentar as principais contribuições desses autores utilizadas pela Nova Crítica do Direito como ferramentas contra um pensamento jurídico dogmático, entificante e, por vezes, arbitrário, incompatíveis com a ideia de um Estado Democrático de Direito. Além disso, a compatibilidade identificada na postura hermenêutica fincada em autores como Heidegger e Gadamer, com as ideias do jurista norte-americano Ronald Dworkin, permite que se construa uma crítica ao modelo teórico alexyniano, mas não somente a ele, como também, à forma como a sua teoria foi recepcionada pelo direito brasileiro.²⁷⁴

3.2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA NOVA CRÍTICA DO DIREITO

A Nova Crítica do Direito surgiu como um movimento doutrinário diferenciado daqueles já concebidos no Direito ao final da década de 80 e início da década de 90. A diferença que empreendia era o reconhecimento da constitucionalização do Direito, principalmente, atribuindo ao Poder Judiciário (principalmente ao Supremo Tribunal Federal como corte constitucional) intervir nas relações sociais e jurídicas para dar maior efetividade as Normas Constitucionais. Ou seja, o acontecer autêntico da Constituição seria o máximo de efetividade de suas normas.²⁷⁵

Isso porque o que vigorava até então era um pensamento jurídico dogmático metafísico que encobria a diferença que as normas constitucionais deveriam fazer numa sociedade que transitava ao regime democrático. Tal modo de conceber o Direito

²⁷⁴ Domínio da teoria de Robert Alexy que tende a aumentar no senso comum teórico brasileiro, considerando a Trad. para a língua nacional da sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

²⁷⁵ A construção da doutrina da Nova Crítica do Direito e suas repercussões na compreensão do Direito é apresentada no capítulo V da obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Utilizado ao longo do presente trabalho.

vinculava-o a um modelo (Neo)positivista de Direito que limita a compreensão dos problemas jurídicos a aparatos lógicos fincados na subsunção de normas como o ponto ápice da sua aplicação do Direito. Tinha talvez, como sua principal consequência, o esquecimento da necessidade de interpretação, legando-se a doutrina montar standards pré-definidos do sentido para os problemas jurídicos. A doutrina era responsável por extrair o sentido do Direito, deixando disponível. Essa postura implicou numa tecnicização e especialização dos ramos e disciplinas do Direito, movimento típico da ciência moderna, acabando por objetificar o fenômeno que representa a aplicação do Direito. Estava-se diante da entificação do Direito, que somente poderia ser revertida através de uma ruptura. Essa se deu pelas propostas da Nova Crítica do Direito, fazendo eclodir, entre outras questões a diferença (ontológica) entre texto e norma (ser e ente) colocando a compreensão do fenômeno jurídico na esteira fenomenológica, em que a facticidade, a temporalidade e a historicidade reclamam a sua consideração na concretização do Direito.²⁷⁶

A forma que a Nova Crítica do Direito procurou para romper com esse modelo objetificante que operou na doutrina positivista brasileira foi recorrendo a matriz teórica da ontologia fundamental proposta pela Filosofia Hermenêutica de Heidegger e a Hermenêutica Filosófica de Gadamer. Seria marco da matriz filosófica adotada procurar desencobrir questões nebulosas que ainda não conseguiam ser tratadas satisfatoriamente pela dogmática jurídica, principalmente, no que tange à influência da tradição do positivismo jurídico. Pode se considerar que o primeiro passo foi dado. Reconheceu-se que o Direito não está pronto e acabado (entificado), reclamando uma constante interpretação. Agora, o desafio colocado a Nova Crítica do Direito é outro. Diz respeito as exigências da interpretação. A (in)existência de discricionariedade no Direito. Questão esta que, exemplificativamente, é um dos elementos condutores da presente investigação.

Quando se fala na Hermenêutica Filosófica no Direito, se procura referenciar as influências de Heidegger e Gadamer para o conhecimento filosófico, principalmente, inaugurando um novo lócus que rompa tanto com o realismo objetivista quanto com o idealismo alemão, tendências estas que acabaram sendo exploradas pelo positivismo jurídico de índole formalista e cientificista. Esse lócus é a recuperação da pergunta ontológica.

²⁷⁶ STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 318.

3.2.1. A Filosofia Hermenêutica heideggeriana

A pergunta pelo Ser foi esquecida pela metafísica ocidental a partir do momento em que ela procurou conhecer o ente. Um ente em si mesmo – seja através de ontologia realista ou através da filosofia da consciência. Heidegger ao pôr a pergunta sobre o que é (Ser) metafísica, apresenta a noção de que a metafísica acabaria por pensar o ente enquanto ente, deixando de lado a luz do Ser que permite tal pergunta.²⁷⁷ Dever-se-ia pensar o próprio Ser, como forma de superação da metafísica, desafio esse, assumido por Ser e Tempo.²⁷⁸ Ser e Tempo seria a obra em que Heidegger teria procurado responder a pergunta do Ser enquanto Ser, como fundamento da metafísica. Mas o Ser somente estaria na sua condição de ente. Pois o questionamento sobre o Ser deveria partir de um ponto determinado, de um ente, tornando este ente transparente em seu Ser. O ente que possuiria a *possibilidade* de questionar seria a presença, o Ser-aí.²⁷⁹ É por isso que Streck vai falar que a questão da ontologia fundamental estaria no sentido do ser, condição que somente poderia ser aventada por recurso a um ente que tem a capacidade de compreendê-lo, o homem (*Dasein*), que esta aí, que é ser-no-mundo.²⁸⁰

Somente através do ser-no-mundo é que o sentido do Ser se daria como uma compreensão, pois teria em seu favor um primado múltiplo: (1) de forma ôntica, teria o seu ser-no-mundo determinado por seu Ser, pela existência; (2) ontológico que, enquanto compreende existindo, compreende de maneira originária o Ser dos demais entes que não ser-no-mundo; e (3) a condição ôntico-ontológica, que possibilita as demais ontologias.²⁸¹ Por isso, qualquer interrogação ontológica deveria, antes de tudo, começar por uma analítica do ser-no-mundo. Esse é o motor que move a investigação de Ser e Tempo.

De acordo com Streck o sentido do Ser tem como a sua possibilidade a compreensão e afetividade de um mundo, simbolicamente estruturado, como um patrimônio de ideias ou pré-juízos que orientam a descoberta das coisas.²⁸² Segue o autor

²⁷⁷ HEIDEGGER, Martin. Introdução: O retorno ao fundamento da Metafísica. In: HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 55.

²⁷⁸ HEIDEGGER, Martin. Introdução: O retorno ao fundamento da Metafísica, op. cit., p. 56.

²⁷⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo I*. v. 1. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 33.

²⁸⁰ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 196.

²⁸¹ Cf. HEIDEGGER, *Ser e Tempo I*, op. cit., p. 40.

²⁸² Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 197-198.

alertando que “[...] o *Dasein* já é sempre e constitutivamente relação com o mundo, antes de toda a distinção entre sujeito e objeto.”²⁸³

Dever-se-ia assumir a condição de que todo o conhecimento possível ao *Dasein* – assim como a interpretação das coisas – depende necessariamente do mundo, existindo uma co-determinação constitutiva e originária entre eles.²⁸⁴ Por isso, a opção pela designação de *Dasein* – Ser-aí – como “ser-no-mundo” é admissível, pois representa essa co-originariedade entre o Ser e o mundo, no conhecimento das coisas. Aliás, poder-se-ia especular que o *Dasein* seria mais mundo que Ser, invertendo a ordem da designação “ser-no-mundo”. Isso porque até mesmo antes de pretender se compreender, o *Dasein* já compreende o mundo, sendo afetado por ele.²⁸⁵ A compreensão surge, portanto, como um existencial²⁸⁶ que se dá no Ser sendo do *Dasein*.

A partir da reflexão proposta por Heidegger sempre que se pretende conhecer alguma coisa, ou melhor, interpretar ou compreender alguma coisa, está-se diante de uma tarefa em que o sentido já vem pré carregado. Essa carga significativa pode ser identificada como o legado da facticidade sobre o homem. O trato do homem no mundo, compreendendo o seu Ser e o Ser da totalidade dos demais entes do mundo, implica uma marca significativa – simbólica – que o homem recebe durante a sua vida. Por conta disso, toda vez que se compreende alguma coisa, entendendo o seu significado, um pré-significado está presente, permitindo o acesso a ela.

Um exemplo pode facilitar. Imagine-se que uma pessoa telefona a outra e diz: “Vamos jogar futebol!”. Na compreensão vários elementos do mundo já se antecipam, marcando uma pré-compreensão, ou uma pré-significação, sobre determinado sentido. Certamente, se essa frase for empregada no Brasil, pela facticidade que envolve o *Dasein*, pode-se facilmente imaginar o contexto concreto que determina a compreensão de futebol para o cidadão brasileiro. Entre algumas variáveis, poder-se-ia pensar em um campo, marcado em quatro linhas, duas goleiras, dois times, e os interlocutores fazendo parte dos

²⁸³ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 198.

²⁸⁴ Id., *Ibid.*, p. 198.

²⁸⁵ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 199. Streck vai falar no sentimento de situação. Essa situação, como situação hermenêutica implica, antes de qualquer compreensão, que o *Dasein* seja levado por suas pré-compreensões constituídas por sua existência no mundo.

²⁸⁶ Esclarece Stein que Heidegger utiliza a expressão existências como um conjunto de estruturas que constituem a existência. Considerando que o Ser do ser-aí é a existência, é existir junto ao mundo, a analítica existencial deveria revelar a compreensão desses existenciais, que, diferentemente das categorias, seriam dinâmicos. Cf. STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3 ed. Porto Alegre: Movimento, 1991, p. 81.

integrantes do time. De outra forma, o exemplo permite dizer que a facticidade que determina o *Dasein*, ou, direcionando o entendimento para o direito, a interpretação de alguma coisa, também comportaria uma variação na qual o jogo de futebol assumiria o sentido de um jogo virtual, isto é, os interlocutores estariam combinando jogar videogame. Ao empregar a mesma frase nos Estados Unidos da América – “Let’s to play football!” – estar-se-ia diante de outro significado, pois os pré-juízos determinam o sentido.²⁸⁷ Esse sentido somente seria possível pela facticidade do intérprete. A facticidade abre um determinado mundo significativo do *Dasein*, antecipando-o. Falou-se disso para fixar que a compreensão é um existencial do *Dasein* e, como tal, dinâmica e móvel de acordo com a relação que o *Dasein* faz com o mundo, mas, determinada pela sua facticidade.

O mundo é condição de possibilidade para qualquer sentido sobre as coisas, visto que, como afirma Streck só *porque estamos no mundo há uma compreensão que antecipa qualquer tipo de explicação*.²⁸⁸ Ou, de outra forma, o modo-de-ser do *Dasein* é ao mesmo tempo compreensão e interpretação de algo, num determinado horizonte de sentido que marca a conjuntura significativa das coisas.²⁸⁹

Em outras palavras, a interpretação das coisas estaria condicionada pelo compreender, como uma projeção de sentido que apresenta uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*).²⁹⁰ Essa projeção está ligada à historicidade e facticidade do ser-no-mundo. A interpretação surge, portanto, como um existencial pelo qual a compreensão pode ser explicitada. Aquilo que se abre no compreendido assume, assim, a condição de *algo como isto ou aquilo*.²⁹¹ Essa condição de “algo como algo” anteciparia qualquer formulação proposicional sobre ela, marcando a dimensão ontológica-existencial do sentido.²⁹² Pode-se concluir, assim, que a interpretação de determinada coisa, de “algo como algo”, tem o seu fundamento na pré-compreensão,

²⁸⁷ Aliás, o emprego da língua norte americana abre, revela um outro mundo possível (outra possibilidade), revelando o poder que a linguagem possui ao apresentar o mundo. Essa questão é abordada por Heidegger e também por Gadamer, quando ambos postulam que a linguagem é uma concepção de mundo. Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. v. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 571.

²⁸⁸ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 201.

²⁸⁹ Cf. Id. *Ibid.*, p. 201.

²⁹⁰ Cf. HEIDEGGER, *Ser e Tempo I*, op. cit., p. 207.

²⁹¹ Id. *Ibid.*, p. 205. De acordo com Heidegger o algo como algo é a forma que se pode explicitar o que é visto na visão proporcionada pela compreensão. A forma de *ver como* é ao mesmo tempo compreensão e interpretação, sendo a compreensão a abertura, pois *traz em si a explicitação das remissões referenciais (do ser-para) constitutivas da totalidade conjuntural*.

²⁹² Heidegger vai dizer que sentido é tudo aquilo que pode ser articulado na abertura da compreensão. O sentido representaria a possibilidade de articulação daquilo que se compreende pela interpretação.

como um elemento que conjuga sempre uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia.

A partir da abertura proporcionada pela compreensão, tanto o caminho da investigação utilizada por Heidegger como os chamados dois teoremas que guiam a sua reflexão filosófica podem ser apresentados. Na sua reflexão Heidegger escolhe um caminho, um método. Não aquele utilizado para determinar o conhecimento, com uma técnica que permitiria descobrir alguma coisa já pronta e acabada - a coisa em si mesma -, mas o modo como as coisas são.²⁹³ A utilização da fenomenologia estaria muito mais ligada a uma postura do investigador diante das coisas, procurando chegar *às coisas em si mesmas*.²⁹⁴ Esse encontro com as coisas mesmas, esclarece Heidegger, seria opor-se às construções feitas no ar, às descobertas acidentais, aos conceitos aparentes. A fenomenologia proposta por Heidegger seria levar o Ser do ente a sua manifestação como fenômeno, considerando, como primordial, a ontologia como sentido do ser. Ele busca o fenômeno por trás da lógica,²⁹⁵ naquilo que é ocultado por ela. Nesse momento Heidegger daria o passo de volta, aquele que irá aproximá-lo da pergunta pelo Ser e pelo seu sentido.

Stein alerta que o método fenomenológico utilizado por Heidegger possui a característica de um método hermenêutico-lingüístico, vinculado à existência concreta e, por isso, ligado com a carga pré-ontológica que sempre se antecipa na existência.²⁹⁶ A fenomenologia proposta enquanto interpretação universal procuraria se aproximar com a *práxis* humana tida como existência, facticidade e linguagem – esta como sentido e significação – no nível da historicidade.²⁹⁷ A partir de então, não seria possível dissociar o método – caminho – daquilo que se investiga, envolvendo, no paradigma da linguagem, tanto o sujeito quanto o objeto. Quanto à indissociabilidade do método do seu objeto de investigação, Stein afirma que o método utilizado pelo Ser-aí para conhecer as coisas teria uma característica circular, visto que já integra as próprias estruturas do Ser-aí.²⁹⁸ O Ser-aí seria como o Barão de Münchhausen – que se levantou pelos próprios cabelos -, pois o método de conhecimento das coisas somente se daria mediante o próprio encontro com elas, revelando o Ser daquele ente, ao mesmo tempo que revela as estruturas do Ser-aí, nas

²⁹³ Cf. HEIDEGGER, *Ser e Tempo I*, op. cit., p. 57.

²⁹⁴ HEIDEGGER, *Ser e Tempo I*, op. cit., p. 57.

²⁹⁵ STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 87.

²⁹⁶ Id., *Ibid.*, p. 88.

²⁹⁷ Id., *Ibid.*, p. 88.

²⁹⁸ STEIN, Introdução ao método fenomenológico heideggeriano, op. cit., p. 92.

quais, desde sempre, o Ser-aí se movimentou nelas.²⁹⁹ A fenomenologia hermenêutica seria a forma de interpretar – conhecer o Ser –, explicitando-o, mostrando-o, trazendo-o ao fenômeno.³⁰⁰

Stein esclarece que a fenomenologia serviria como um procedimento formal que necessitaria de um constante controle e revisão de acordo com as exigências próprias do objeto, forma, explicitação e descrição dos fenômenos.³⁰¹ Implicaria ainda no desenvolvimento de dois aspectos da investigação sobre as coisas: a singularidade e a sistematicidade.³⁰² A etimologia da palavra reservaria, na sua primeira parte, no fenômeno, referência à singularidade, enquanto que a “logia”, à universalidade do logos, do discurso, da manifestação.³⁰³ Diz Stein que se a fenomenologia trata do fenômeno, o método fenomenológico procura investigar aquilo que se esconde sobre o logos, a singularidade daquilo que se oculta, o elemento hermenêutico, ontológico.

Diz Heidegger, assim, que um fenômeno pode manter-se encoberto por nunca ter sido descoberto ou, apesar de já ter sido descoberto, voltar a encobrir-se.³⁰⁴ Assim, o ato de mostrar o Ser, trazê-lo ao fenômeno,³⁰⁵ poderia provocar, simultaneamente, o seu encobrimento. Por isso, todo acesso ao Ser implicaria numa condição ambivalente de desvelamento e velamento.

Falou-se da qualidade circular da fenomenologia hermenêutica, como forma de acesso ao sentido das coisas. Pode-se dizer que essa forma circular envolve um círculo de remissões significativas, que colocam sempre em jogo as pré-compreensões e as compreensões que se tem sobre determinada coisa. Essa estrutura circular é apresentada por Heidegger como círculo hermenêutico. Da boa circularidade. A pretensão de conhecer

²⁹⁹ STEIN, Introdução ao método fenomenológico heideggeriano, op. cit., p. 92.

³⁰⁰ Cf. HEIDEGGER, *Ser e Tempo I*, op. cit., p. 66: “A fenomenologia é a via de acesso e o modo de verificação para se determinar o que se deve constituir tema da ontologia. A ontologia só é possível como fenomenologia. O conceito fenomenológico de fenômeno propõe, como o que se mostra, o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados. Pois, o mostrar-se não é um mostrar-se qualquer e, muito menos, uma manifestação. O ser dos entes nunca pode ser uma coisa “atrás” da qual esteja outra coisa “que não se manifesta”. “Atrás” dos fenômenos da fenomenologia não há absolutamente nada, o que acontece é que aquilo que deve tornar-se fenômeno pode-se velar. A fenomenologia é necessária justamente porque, de início e na maioria das vezes, os fenômenos não se dão. O conceito oposto de “fenômeno” é o conceito de encobrimento.”

³⁰¹ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p. 59.

³⁰² Id., *Ibid.*, p. 60.

³⁰³ Id., *Ibid.*, p. 60.

³⁰⁴ Cf. HEIDEGGER, *Ser e Tempo I*, op. cit., p. 67.

³⁰⁵ Na verdade, termo utilizado no sentido em que Heidegger considera *fenomenal*. Cf. HEIDEGGER, *Ser e Tempo I*, op. cit., p. 68: “Chama-se “fenomenal” o que se dá e se pode explicitar segundo o modo de encontro com os fenômenos.”

as coisas, reconhecer-lhe sentido, somente é possível, porque parte-se de uma condição pré-significativa que permite a comparação das coisas de algo como algo. Só é possível conhecer algo porque já se tem um pressuposto do todo ou da totalidade significativa³⁰⁶ como aquilo preestabelecido (*Vorhabe*), previsto (*Vorsicht*) e preconcebido (*Vorgriff*).

Stein vai dizer que o ser humano produz história, cultura e tradição, mas tão somente porque ele pressupõe a história, a cultura e a tradição na compreensão, fazendo com que *já sempre compreendemos enquanto compreendemos o todo*, de tal modo que *enquanto compreendemos o todo, já sempre nos compreendemos*.³⁰⁷

O modo de ser-no-mundo implicaria esta estrutura circular onde a interpretação sempre retorna à compreensão, fundando um todo unitário que poderá ser colocado em jogo posteriormente. A compreensão que acompanha o ser-no-mundo é a sua condição de possibilidade para entender o sentido das coisas. Na sua obra *Introdução à filosofia*, Heidegger vai dizer que as coisas vêm ao encontro do ser-no-mundo, desveladas, anunciando-se num todo de contexto conjuntural.³⁰⁸ O círculo hermenêutico seria a forma como se compreende as coisas, desde as pré-compreensões (*Vorhabe, Vorsicht e Vorgriff*), fazendo com que elas tornem-se acessíveis através de *algo como algo*. Assim, faz sentido a frase conhecida de Heidegger: *o decisivo não é sair do círculo mas entrar no círculo de modo adequado*.³⁰⁹ Uma interpretação possível é que na estrutura circular do círculo hermenêutico o sentido das coisas não seria um ato exclusivo do sujeito, nem do objeto, mas haveria a possibilidade de que as pré-compreensões do sujeito sempre fossem confirmadas ou rejeitadas pelo encontro com as coisas mesmas – objeto –, que, na sua compreensão, também envolveriam um contexto conjuntural próprio. O círculo hermenêutico expressaria a estrutura prévia existencial da presença, apresentando o desafio de “*não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos e “chutes”*”, procurando garantir a elaboração das pré-compreensões nas próprias coisas.³¹⁰

De acordo com Stein, o círculo hermenêutico implicaria a assunção da compreensão do Ser como um caminho de duas mãos, fazendo com que o ser fosse a

³⁰⁶ KUSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal: um estudo sobre Husserl, Heidegger e Gadamer*. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001, p. 182.

³⁰⁷ STEIN, *Aproximações sobre hermenêutica*, op. cit., p. 45.

³⁰⁸ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*. Trad. Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 85.

³⁰⁹ Cf. HEIDEGGER, *Ser e Tempo I*, op. cit., p. 210.

³¹⁰ Id., *Ibid.*, p. 210.

possibilidade de acesso ao ente, pela compreensão, pois sem ela, não haveria o ente; da mesma forma “o nosso acesso aos entes só nos é possível porque o *Dasein* compreende o ser e não porque temos um outro fundamento para o conhecimento dos entes.”³¹¹ A circularidade estaria no fato de que “o Ser não funda o ente, nem qualquer ente funda o ser. A recíproca relação entre ser e ente somente se dá porque há (existe) *Dasein* – isto é, porque há compreensão.”³¹²

Stein vai dizer, ainda, que nas ciências do espírito o círculo hermenêutico permite reconhecer que a análise da obra humana sempre implicará o envolvimento dela num todo de sentido.³¹³ Este todo seria compreendido explicitamente “pela compreensão progressiva das partes que se determinam a partir do todo ou pelas quais o todo é determinado.”³¹⁴ A noção de círculo hermenêutico, na concepção de Stein, refere à necessidade de preservação da compreensão das coisas de interpretações arbitrárias, condicionadas a um determinado modo de pensar, a uma dada situação histórica, permitindo que a coisa mesma, e não apenas o seu sentido antecipado no todo significativo, apareça.³¹⁵ Isso porque “o círculo da compreensão resulta do fato de, nas ciências do espírito, o homem estar sempre implicado em seu objeto e projetar o horizonte de sua subjetividade como âmbito da compreensão.”³¹⁶

Pela concepção de círculo hermenêutico Heidegger consegue, ao mesmo tempo, romper com dogmas da tradição filosófica como a diferenciação entre sujeito e objeto – eis que ambos estão conjugados numa unidade de sentido projetada na compreensão ou pré-compreensão – bem como reconhecer a falibilidade científica implícita ao pesquisador das ciências sociais, já que este não pode se desligar das suas pré-compreensões, fazendo do seu conhecido finito o seu modo de ser no mundo. Assim, a estrutura de algo como algo implica reconhecer que o sentido das coisas sempre está condicionado ao sujeito, na sua existência finita e pela sua facticidade. Entretanto, a existência e facticidade se mantêm abertas a novas possibilidades pelo encontro com a coisa mesma manifestada. Assim, o *Dasein* teria o desafio de constantemente explicitar a sua própria compreensão juntamente com a compreensão do Ser dos entes na sua totalidade, condição esta que serviria de ponto

³¹¹ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. 2. ed. Ijuí: Editora Ijuí, 2008, p. 116. (grifado)

³¹² Id., *Ibid.*, p. 116.

³¹³ STEIN, Ernildo. *História e ideologia*. 3 ed. Porto Alegre: Movimento, 1999, p. 26.

³¹⁴ Id., *Ibid.*, p. 26.

³¹⁵ Id., *Ibid.*, p. 27.

³¹⁶ STEIN, *História e ideologia*, op. cit., p. 27.

de apoio para novas experiências.³¹⁷ Seriam, dessa maneira, as pré-compreensões o ponto de apoio para as compreensões.

Nesse caminhar junto ao Ser e aos entes, a diferença ontológica surge como a possibilidade do *Dasein* perguntar pelo sentido do seu Ser e do Ser dos entes, e, para tanto, estar sempre cuidando (*Sorge*) do seu Ser. Quer dizer, reconhecer a relação do Ser-aí com o mundo, sendo solícito com os demais (*Fürsorge*: ser-com-outrem) e na utilização das coisas (*Besorgen*: ser-junto-às-coisas),³¹⁸ também é reconhecer a sua condição temporal, finita. A compreensão do Ser pelo *Dasein* funda tanto o círculo hermenêutico e a diferença ontológica, fazendo do Ser um “conceito operatório pela compreensão e a diferença entre ser e ente introduz(ir) um critério definitivo para se garantir a distinção entre ser e ente e impedir a entificação do ser.”³¹⁹

A diferença ontológica estaria na possibilidade do Ser-aí compreender o Ser, e, assim, estabelecer uma diferenciação entre ser e ente. Somente porque o Ser-aí compreende tanto o ser quanto o ente, ele poderia estabelecer uma diferença entre os dois. Contudo, a diferença não significaria uma cisão. Isso porque o ser somente é acessível através do ente, e o ente somente é compreendido no seu ser. Streck vai dizer que “a diferença ontológica é o suporte do ser e do ente. No ente é pensado e dito o ser. O ente não existe como ente, ou seja, o ente não existe – no sentido de sua existência – sem estar junto ao ser (o ente só é no seu ser e o ser é sempre ser-em, ser junto (*Sein-bei*)).”³²⁰

Vale aqui retomar que a interpretação se funda na compreensão, prelineando uma possibilidade de articulação (discurso, fala). Explorando essa condição, Heidegger vai dizer que a proposição é um modo derivado da interpretação, em que se mostra a abertura do ente no seu ser, entretanto, teria a característica de nivelar aquilo que se mostra ao ente, o ser no ente.³²¹ A diferença ontológica seria, então, a possibilidade do Ser-aí estabelecer a

³¹⁷ Cf. STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Editora Unijuí, 2001, p. 249: “A intenção profunda é preparar as verdadeiras antecipações para a explicitação do sentido do ser em geral. Essa explicitação somente se torna acessível à medida que, também fenomenologicamente, são explicitadas as estruturas do ser-aí que traz em si a possibilidade da antecipação de sentido do ser pela pré-compreensão do ser.”

³¹⁸ Cf. PASQUA, Hervé. *Introdução à leitura do Ser e Tempo de Martin Heidegger*. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 100.

³¹⁹ Cf. STEIN, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia: ensaios e conferências filosóficas*. Ijuí: Editora Unijuí, 2003, p. 35.

³²⁰ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 209.

³²¹ Heidegger vai dizer que a proposição concebida como demonstração somente é possível com base naquilo que já se abriu – o ser do ente. A proposição já detém o ser-no-mundo. A interpretação tomada como apropriação do compreendido, na estrutura algo como algo, se modifica na proposição, nivelando-se o ente

diferenciação daquilo que a proposição aponta, o apofântico, ao seu elemento ontológico-existencial. Em outras palavras, seria a condição de diferenciar um “como” apofântico de um “como” ontológico-existencial, no entanto, guardando a necessária relação constitutiva e recíproca que existe entre ambos. O “como” apofântico – explorado pela filosofia analítica da linguagem – seria um “como” (*etwas als etwas*), de acordo com Stein, que nasceria da seguinte afirmação: “sujeitos somente se podem relacionar com objetos do mundo pela mediação de sentido, do significado. Assim, o como é o âmbito no qual nos relacionamos com os objetos. Este âmbito é a condição de possibilidade.”³²²

Gadamer vai dizer que a diferença ontológica estaria na possibilidade de diferenciar o “*ser em relação a todo ente*”,³²³ não como um produto da reflexão típica do idealismo alemão, mas, numa condição em que o Ser-aí é colocado. Isto é, “*a diferença não é algo feito por alguém, mas que somos colocados nessa diferenciação, nessa diferença. “Ser” mostra-se “no” ente e nisso já reside a questão sobre o que significa o fato de o ente se “dar”*”.³²⁴ Seria, assim, um acontecimento-apropriável pelo Ser-aí, como “algo que se apresenta aí, que se abre como um abismo”,³²⁵ passível de ser experimentado e compreendido.

Heidegger ainda reservaria a sua reflexão à questão da linguagem e à essência da verdade. Nesse sentido, como sugere Kusch, a tomada da linguagem como meio universal – concepção assumida por Heidegger a partir da denominada virada – implicaria negar uma metalinguagem, na qual a verdade vale como correspondência entre o conteúdo ideal do juízo e a coisa real ou o estado das coisas das quais se fez o juízo.³²⁶ Complementa Kusch que a mudança proposta por Heidegger seria conceber a verdade como descobridora, cujo fundamento é o ser-no-mundo.³²⁷ Por isso, é possível cogitar que o intérprete, ser-no-mundo, está na verdade, na diferença ontológica, no acontecimento que pode ser apropriado e levado ao fenômeno.

(simplesmente dado). Esse nivelamento é identificado por Heidegger pelo como apofântico (als). Cf. HEIDEGGER, *Ser e Tempo I*, op. cit., p. 216.

³²² STEIN, *Diferença e metafísica*, op. cit., p. 273.

³²³ GADAMER, Hans-Georg. Heidegger em retrospectiva. In: *Hermenêutica em retrospectiva*. v. 1. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.p. 92. (grifado).

³²⁴ Id., *Ibid.*, p. 92. (grifado).

³²⁵ Id., *Ibid.*, p. 93.

³²⁶ Cf. KUSCH, *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*, op. cit., p. 205-206.

³²⁷ Id., *Ibid.*, p. 209.

A verdade teria um nexos originário com o ser, fazendo, portanto, do fenômeno da verdade a pergunta por uma ontologia fundamental.³²⁸ Heidegger encaminha uma desconstrução da concepção de verdade como *adequatio intellectus et rei*, pela qual o conhecimento é verdadeiro, como um julgar, estabelecendo um nexos entre “o conteúdo ideal do juízo e a coisa real sobre a qual se julga.”³²⁹

Prosseguiria Heidegger dizendo que a verdade não poderia ser a concordância entre a representação e a coisa real, conhecimento e objeto, algo psíquico e físico, muito menos, entre conteúdos da consciência.³³⁰ A busca heideggeriana pela verdade envolveria tanto o modo de ser do conhecimento como a visualização do fenômeno da verdade que o determina, ou seja, que o fenômeno da verdade se exprima no próprio conhecimento, fazendo com que o conhecimento se mostre como verdadeiro.³³¹ A verdade vai ser tomada como desvelamento. A noção de verdade legada pela tradição moderna como concordância acabaria considerando apenas a correção mediante o logos, o juízo, a proposição. Heidegger vai mais fundo, buscando algo mais originário. Vai dizer Heidegger que a proposição é verdadeira quando descobre o ente em si mesmo, indicando-o, mostrando-o, deixando-o ser visto. A palavra grega *aletheia*, buscada por Heidegger como desvelamento, indicaria o fato de que a proposição somente poderia ser considerada como verdadeira se permitisse deixar ver o ente em seu ser e estar descoberto (*Unverborgenheit*), desvelado (*Entdecktheit*).³³² O ente se mostraria no seu ser e estar descoberto, cuja possibilidade ontológica seria o ser-no-mundo.³³³ Isto é, o ser verdadeiro do logos seria deixar e fazer ver o ente em seu desvelamento, cuja raiz ontológica estaria no modo de ser do *Dasein*.³³⁴ Stein vai dizer que o conhecimento se fundaria no ser-em (in-sein) do ser-no-mundo, como um elemento existencial e não como correspondência entre verdade e realidade.³³⁵ O Ser-aí por se relacionar significativamente com o mundo seria a condição

³²⁸ Cf. HEIDEGGER, *Ser e Tempo I*, op. cit., p. 216.

³²⁹ Cf. Id., *Ibid.*, p. 284.

³³⁰ Cf. Id., *Ibid.*, p. 286.

³³¹ Cf. Id., *Ibid.*, p. 285.

³³² Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 206. O Ser-aí por ter a sua constituição ontológica na decadência, no mundo “da gente”, acabaria por se fechando e encobrendo outras possibilidades do seu poder ser. Nesse sentido Heidegger vai dizer que “a presença tem de explicitamente tomar posse do que se descobriu contra a aparência e a distorção e sempre se reassegurar da descoberta.” Cf. HEIDEGGER, *Ser e Tempo I*, op. cit., p. 290-291.

³³³ Cf. Id., *Ibid.*, p. 287.

³³⁴ Cf. Id., *Ibid.*, p. 289.

³³⁵ Cf. STEIN, Ernildo. *Sobre a verdade: lições preliminares ao parágrafo 44 de ser e tempo*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006, p. 281.

ontológica para a verdade. Por isso que se poderia dizer que a verdade ôntica da proposição ou do logos, depende da verdade ontológica, esta marcada por sua característica ontológica-existencial.

Em outras palavras, a verdade poderia ser apresentada como a possibilidade de mostração do ente, cuja condição de possibilidade seria a relação intersignificativa entre o homem e o mundo, que, ao mesmo momento que ontologicamente   uma abertura das possibilidades significativas, também   fechamento na decadência, como velamento e deturpação do sentido.³³⁶

Esse tipo de reflexão vai assumir um papel importante no direito porque serve-lhe para denunciar posturas que fundamentam o sentido jurídico em fundamentos metafísicos que, em boa parte das vezes, acaba por delegar ao sujeito a disponibilidade significativa sobre o objeto – basta lembrar a tradicional liberdade do interprete frente as lacunas –, condicionando-o de acordo com a sua vontade.³³⁷ Adiantando, seria possível especular com Heidegger que o sentido do direito não é algo   disposição do intérprete, mas envolve a sua compreensão do Ser (do direito) como verdade, isto é, daquilo que se mostra e   possível de ser apreendido pelo intérprete. Seria a manifestação do direito como direito. Nessa compreensão, por exemplo, não se confunde texto com norma, pois a diferenç a (ontológica) entre eles poderia ser denunciada pelo constante jogo entre o Ser e o ente.

A relação entre Ser e linguagem, como se ver  posteriormente, influenciar  Gadamer no seu ataque   redução da compreensão das coisas ao modelo científico fundado no método e na sua concepção entificada, esquecendo o caráter hermenêutico e universal da linguagem.   essa retomada de Gadamer sobre a questão hermenêutica proporcionada pela linguagem que será objeto da próxima subseção.

3.2.2 A Hermenêutica Filosófica gadameriana

Gadamer, além de ter sido aluno de Heidegger, conjuga da preocupação filosófica referente ao domínio da ciência moderna como única perspectiva válida do conhecimento.

³³⁶Cf. HEIDEGGER, *Ser e Tempo I*, op. cit., p. 290. Manfredo Araújo de Oliveira vai dizer que o Ser não é mais concebido como presenç a pura e permanente – postura da metafísica clássica – mas como um advento ou encontro com o homem que se d  cada vez de forma diferente. Cf. OLIVEIRA, *Reviravolta ling stico-pragmática na filosofia contemporânea*, op. cit., p. 219.

³³⁷ Um dos exemplos presentes na memória seria a consideração por Kelsen da interpretação do direito como um ato de vontade. Cf. KELSEN, *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 393.

Enquanto a filosofia heideggeriana teria sido marcada pela recuperação da pergunta do Ser, como forma de retomada ou desconstrução de uma metafísica que só pensara o ente, Gadamer pretendeu fazer da experiência da linguagem o ponto central de sua filosofia.

A sua oposição à ciência moderna parte da forma como a verdade é estabelecida e conhecida, sendo ela muito mais abrangente que a noção utilizada de certeza e adequação entre *res* e *intelecto*.³³⁸ Para tanto, já no início da sua obra *Verdade e Método* apresenta a experiência da obra de arte como liberação da verdade configurada como certeza, visto que implicaria numa experiência concreta e individual, que fugiria dos ditames científicos modernos da universalização, regularidade e legalidade.

A experiência hermenêutica como compreensão/interpretação das coisas é aquilo que coloca o homem (*Dasein*) num acontecer histórico temporal, que marca a concretude e a singularidade da compreensão.³³⁹ Talvez em virtude dos seus estudos na arte e literatura Gadamer tenha se voltado à questão hermenêutica como uma experiência da compreensão, afastando-a de uma disciplina secundária e regional que orientava cientificamente a interpretação regional dos conhecimentos específicos. Enquanto a hermenêutica como ciência da interpretação, metodologia ou epistemologia era desenvolvida ao longo da história por técnicas, regras ou métodos de interpretação, sob influência de questões literárias, teológicas ou jurídicas, enraizadas em Platão, Aristóteles, Agostinho, Lutero Scheleiermacher e Dilthey, Gadamer pretendia ultrapassar as questões sobre o que fizemos ou que deveríamos fazer para garantir a cientificidade da interpretação, se propôs concentrar-se na experiência, naquilo que acontece quando se põe a compreender determinada coisa.³⁴⁰ Queria Gadamer fazer da hermenêutica uma experiência prática daquilo que acontece, longe de construções teóricas que descambariam para o idealismo.

Procurando dar uma aplicação prática à tarefa filosófica Gadamer assume o pressuposto heideggeriano da relação entre linguagem e ser, levando-a a cabo. Viu-se que a filosofia heideggeriana mantinha a sua atenção à facticidade, em que o homem era pré-determinado pelo ser, colocando na compreensão a constante pergunta do “algo como algo”. Isto é, o acesso ao Ser seria a ponte proporcionada pela compreensão.

³³⁸ ROHDEN, Luiz. *Gadamer: clássicos da filosofia*. In: PECORARO, Rossano (Org.). Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 64.

³³⁹ GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 38.

³⁴⁰ ROHDEN, *Gadamer*, op. cit., p. 62.

Da estrutura do “algo como algo” implicaria numa nomeação,³⁴¹ numa linguagem, que pode ser trazida à fala, ao discurso. Parece, a partir de então, que a frase gadameriana do “Ser que se pode compreender é linguagem”,³⁴² acaba por orientar a reflexão. A estrutura da linguagem permite a interrogação filosófica da compreensão/interpretação do Ser. A linguagem passa a ser o meio (âmbito) em que o homem está implicado e onde o conhecimento das coisas se mostra possível.³⁴³ Como vai dizer Streck “estamos mergulhados em um mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem.”³⁴⁴

Viu-se com Heidegger que a compreensão é a chave do conhecimento das coisas, um sentido que se antecipa, da factidade, concretamente pensada, poderia ser traduzida na historicidade da compreensão. Quer dizer, a historicidade é a condição de possibilidade da compreensão. É dela que as pré-compreensões surgem, não podendo o homem se livrar delas. Manfredo Araújo de Oliveria vai dizer que a constituição (ou melhor, o acontecimento) do sentido “só é explicável a partir da nossa pertença à tradição: eis-aí-ser não pode superar sua própria facticidade, daí sua vinculação a costumes e tradições que codeterminam sua experiência de mundo.”³⁴⁵ Complementa Manfredo Araújo de Oliveira que somente no horizonte da tradição, que antecipa a totalidade do sentido, é que se pode compreender qualquer coisa.³⁴⁶

Por conta disso, a tradição passa a ter um lugar principal na reflexão de Gadamer. É pela tradição que o passado se faz presente, que algo – sentido – é transmitido. O sentido do ser heideggeriano que era a temporalidade se tematiza na história, pela transmissão da tradição na linguagem, como historicidade. A linguagem acaba reunindo duas características próprias: a contingência e a idealidade. Pela primeira, o sentido de um texto depende exclusivamente do contexto em que foi produzido, colocando-o concretamente num determinado tempo, historicamente dado. A sua outra característica, a idealidade, permite que o sentido historicamente finito transcenda os seus limites, abrindo-o a novas

³⁴¹ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, Op. cit., p. 209.

³⁴² Cf. GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 21.

³⁴³ Cf. ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e linguagem*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; ROHDEN, Luiz. (Orgs.). *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 161: “*Medium* (meio), para o que Gadamer aqui se propõe, não deve ser compreendido como meio (*Mittel*) no sentido instrumental, mas como meio (*Mitte*) no sentido do lugar, espaço, meio ambiente, circunstância, centro, modo de algo ser e realizar-se.”

³⁴⁴ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, Op. cit., p. 210.

³⁴⁵ Cf. OLIVEIRA, *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, op. cit., p. 227.

³⁴⁶ Cf. Id., *Ibid.*, p. 227.

possibilidades. O ato de mediação do intérprete está na possibilidade de fazer a linguagem fazer-se significativa, mesmo em contextos temporais diferentes.

A linguagem somente é considerada como a morada do ser, porque nela surge a possibilidade de conduzir o ser à revelação, ao fenômeno. Essa condição não se resume apenas à forma que o ser toma, mas contém um determinado conteúdo do ser que é transmitido.³⁴⁷ Por isso, Gadamer vai dar grande importância à tradição, pois nela a compreensão das coisas vai se aperfeiçoando progressivamente. É nesse sentido que se poderia falar na constituição progressiva do conceito (pré-compreensões) que se tem sobre as coisas.³⁴⁸

A tradição deve ser considerada como uma das marcas do horizonte hermenêutico da compreensão. Mas não como um campo acabado, estático, mas em constante construção. Compreender determinada coisa ou fenômeno é partilhar da sua tradição. É compreendê-la num determinado horizonte de sentido. Especula-se, assim, que tanto o sujeito quanto o objeto estão circundados por suas tradições, fazendo da experiência hermenêutica um compartilhamento dessas tradições. Gadamer vai chamar tal compartilhamento de fusão de horizontes.³⁴⁹

Nessa tarefa de compreender (interpretar) as coisas, num constante e progressivo desenvolvimento na formação dos conceitos implicaria partir de uma tradição em direção da coisa a ser compreendida, questão que remonta à condição fenomenológica hermenêutica heideggeriana. Sempre se compreende algo como algo, partindo da tradição, mas, com a possibilidade de fundir essa tradição. Em outras palavras, o homem compreende as coisas dentro de um determinado horizonte hermenêutico que, pode, com a sua constante experiência (fenomenológica) ser modificado ou ratificado, permitindo a sua

³⁴⁷ Cf. GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 523: “A linguagem que vive no falar, que abarca toda a compreensão, inclusive a do intérprete dos textos, estão tão envolvida na realização do pensar e do interpretar que verdadeiramente nos restaria muito pouco se desconsiderássemos o conteúdo que nos transmitem as línguas e quiséssemos pensá-las unicamente como formas. A inconsciência da linguagem não deixou de ser o verdadeiro modo de ser do falar.”

³⁴⁸ Gadamer vai falar da conceitualidade de toda compreensão como o mistério que existe na relação da razão, palavra e coisa, que se mostra na sua plenitude quando se procura traduzir uma língua estrangeira, momento em que se percebe a unidade entre palavra e coisa. Cf. GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 520.

³⁴⁹ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica clássica e hermenêutica filosófica*. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: complementos e índice*. Trad. Enio de Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 132: “O intérprete e o texto possuem cada qual seu próprio “horizonte” e todo compreender representa uma fusão desses horizontes.”. Cf. GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 404-405.

progressiva ampliação.³⁵⁰ A Hermenêutica Filosófica implicaria na assunção da tendência para um constante alargamento das perspectivas significativas.

Daí que Gadamer procura, diante da postura científica moderna, reabilitar o sentido da tradição e dos pré-juízos, tirando-os da sua concepção meramente negativa. Isso porque a influência científica que postulava uma hermenêutica normativa como a fixação de métodos próprios para o esclarecimento do sentido – a hermenêutica como um conjunto de métodos interpretativos que certificariam o conhecimento, típico do movimento da *Aufklärung* – teria legado tanto à tradição quanto aos pré-juízos apenas elementos que prejudicavam o entendimento das coisas.³⁵¹ Gadamer vai postular, portanto, que a tradição e a sua autoridade de transmissão do sentido das coisas também possui uma qualidade positiva. Assim, os pré-juízos que marcam a tradição seriam a condição de possibilidade para a compreensão das coisas, todavia, não poderiam ser assumidas acriticamente, mas sempre reconhecendo sua determinação histórica. O intérprete teria a possibilidade de distinguir uma tradição autêntica doutra inautêntica, os pré-juízos autênticos dos inautênticos, mediante a denúncia dos efeitos da história sobre a sua compreensão.³⁵²

Para tanto, Gadamer vai dizer que a distância temporal será um elemento que auxiliará na distinção da condição autêntica/inautêntica, pois daria uma certa visão panorâmica da história, um caráter relativamente concluído (*Abgeschlossenheit*) de um conhecimento histórico, afastando as opiniões que vigiam naquele momento.³⁵³ Seria possível, com a distância temporal, tomar consciência dos próprios preconceitos permitindo que tanto a tradição, quanto a compreensão das coisas no caminho histórico do homem ganhassem validade como um opinião distinta.³⁵⁴

Diante dessa apresentação geral do pensamento de Gadamer, vale, a partir de agora, concentrar-se na sua abordagem de *applicatio*, na qual compreender é sempre aplicar,³⁵⁵ buscando a vigência do sentido em cada situação concreta. Atenção especial é destinada ao ofício do jurista. Este tem que aplicar a lei, concretizá-la em cada caso. Não pode

³⁵⁰ Cf. GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 399.

³⁵¹ Cf. Id., Ibid. p. 360.

³⁵² Cf. GADAMER, Hans-Georg FRUCHON, Pierre. *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 63: “A atitude hermenêutica supõe uma tomada de consciência com relação às nossas opiniões e preconceitos que, ao qualificá-los como tais, retira-lhes o caráter extremado. É ao realizarmos tal atitude que damos ao texto a possibilidade de aparecer em sua diferença e de manifestar a sua verdade própria em contraste com as ideias preconcebidas que lhe impúnhamos antecipadamente.”

³⁵³ Cf. GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 394.

³⁵⁴ Cf. Id., Ibid., p. 395.

³⁵⁵ Cf. Id., Ibid., p. 408.

simplesmente procurar um sentido do texto ou o sentido do autor do texto, mas compartilhar um sentido. Assim, o jurista deve compartilhar o sentido da lei, ou melhor, do direito, para poder aplicá-lo nas situações concretas. Ele deve aplicar aquilo que apreendeu ao compartilhar da tradição (jurídica) a cada nova situação concreta de aplicação.³⁵⁶ Segue Gadamer referindo que o conteúdo normativo do direito deve ser sempre determinado, tomando como relação o caso em que deve ser aplicado.³⁵⁷

Isso porque, especulando-se com Gadamer, o direito poderia ser considerado como um típico exemplo da mobilidade histórica da existência humana,³⁵⁸ fazendo com que o horizonte de sentido sempre demande uma nova compreensão com o encontro com as coisas. Assim, quando o intérprete do direito requer a solução para determinado caso, deve ele mediar essa relação entre o passado e presente, que nada mais é do que a aplicação. É aplicação daquilo que a tradição (jurídica) ainda se faz presente.³⁵⁹

Streck vai esclarecer que o sentido jurídico depende da participação na tradição (jurídica), isto é, “não se interpreta, assim, um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem (no caso que para o Direito mais interessa, da Constituição).”³⁶⁰ Para que se conheça a validade de uma interpretação judicial, por exemplo, deve estar presente nela o sentido da Constituição como fonte de validade do sistema jurídico, na qual, a máxima eficácia dos Direitos Fundamentais é uma condição de possibilidade. Essas questões, portanto, sempre serão o pressuposto, a condição de validade à compreensão do direito. A determinação ontológica do direito. É nesse sentido que “fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito.”³⁶¹

Vale apresentar a ressalva feita por Streck de que a interpretação do direito não é apenas um ato reprodutivo – da intenção ou vontade do legislador ou da lei – mas é ato produtivo (*Sinngebung*), no qual, pela linguagem, há a fusão do intérprete e da coisa, em que “no compreendido está o compreender.”³⁶² Onde acontece a fusão dos horizontes.

³⁵⁶ Cf. GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 417 e 432.

³⁵⁷ Cf. Id., *Ibid.*, p. 429.

³⁵⁸ Cf. Id., *Ibid.*, p. 402.

³⁵⁹ Cf. Id., *Ibid.*, p. 430-431: “Quando o juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. (...) Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente.”

³⁶⁰ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 218.

³⁶¹ Cf. Id., *Ibid.*, p. 236.

³⁶² Cf. Id., *Ibid.*, p. 222.

Outras abordagens poderiam ser feitas da filosofia de Gadamer, como por exemplo, a contribuição hermenêutica do diálogo ou do jogo, entretanto, um corte temático se faz necessário, sendo importante para o prosseguimento do presente trabalho a abordagem que Gadamer faz da linguagem, verdade e semântica. Isso porque o direito ao estar influenciado pela utilização da linguagem como uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto – típico do modelo cientificista da linguagem -, encontra dificuldades em lidar com a relação do caráter semântico da linguagem e a sua historicidade. Essa condição fica evidente no direito quando se reconhece que a lei estabelece padrões gerais e abstratos de conduta que, ao longo do tempo, demandam constantes reinterpretações.³⁶³

Portanto, a relação entre o discurso e a verdade teria como finalidade a demonstração, como a desocultação de um fenômeno apreendido. Como refere Gadamer “o sentido do discurso é deixar e fazer com que o desocultado se apresente, se revele”,³⁶⁴ como adequação do discurso com a coisa, isto é, “adequação do deixar e propor, pelo discurso, a coisa proposta.”³⁶⁵

O discurso ao manter estreita ligação com a linguagem, que abriga o Ser, só teria a sua qualidade de verdadeiro quando assume o desafio de mostrar o Ser. Existiria, portanto, uma relação co-originária entre discurso (e aqui poderia ser tomado como linguagem) e o Ser. Para o direito, especialmente, o discurso tomado como argumentação assume a tarefa de transmitir a compreensão do Ser do ente, como Ser-em ou Ser-junto. A argumentação seria a possibilidade de mostrar “como” o direito se apresenta e que critério é tomado para resolver determinado problema jurídico. A argumentação serve ao direito para dizer qual é (o Ser) critério utilizado para resolver a questão. Nesse sentido, a argumentação assume um elemento epistemológico de apresentar o Ser compreendido que funda a aplicação (*applicatio*) do direito.

Gadamer vai dizer que o Ser como fenômeno, que se mantém no estado de ocultação ou velamento – o qual o homem teria como tarefa desocultar e desvelar –, tem reflexo direto na ação e no discurso humano, nos quais teria espaço para a aparência, o

³⁶³ Geralmente a concepção científica da linguagem acaba implicando a busca de alternativas à interpretação, para que ela possa lidar com o evento do tempo no direito. Exemplo disso, poderia ser o recurso à vontade do legislador ou à vontade da lei, em que a necessária compreensão/interpretação do direito esconde a sua condição produtiva.

³⁶⁴ Cf. GADAMER, *Verdade e Método II*, op. cit., p. 60.

³⁶⁵ Cf. Id. *Ibid.*, p. 61.

engano ou a simulação.³⁶⁶ Deveria reconhecer-se o nexos originário que existe entre o ser verdadeiro e o discurso verdadeiro, no qual, “a desocultação do ente vem à fala no desvelamento da proposição”.³⁶⁷ O discurso – como *logos*, razão – seria a forma de resguardar e velar as próprias coisas em sua compreensibilidade, comunicando-as mediante o enunciado ou juízo. Gadamer vai dizer que o juízo procura dizer o ente como ele é – *apofainesthai* –, entretanto, em alguns casos, não representará a sua totalidade, cujo sentido somente poderia ser apreendido na sua totalidade junto com o não dito expressamente.³⁶⁸

De maneira breve se poderia definir a semântica como um forma de classificação científica da linguagem que colocaria em evidência a relação entre o signo e o objeto a que se refere.³⁶⁹ Numa concepção de verdade influenciada pela ciência moderna, a verdade seria a correção que poderia ser estabelecida entre o signo e o objeto. No entanto, a linguagem tomada como princípio hermenêutico, a condição semântica apenas indica o sentido, sem, contudo, totalizá-lo. Isso porque toda a relação semântica da linguagem vai depender não só da relação entre o signo e o objeto, mas do contexto conjuntural em que a relação entre eles é estabelecida. Deveria buscar-se a correspondência (não no sentido da ciência moderna) entre linguagem e a mostraçãõ do Ser. Em outras palavras, o sentido não se encerra naquilo que está explícito, apontando para algo além de si mesmo, não se esgotando naquilo que expressa.³⁷⁰ A exemplo disso, a linguagem como experiência hermenêutica envolveria também o não-dito³⁷¹ e o encoberto³⁷², como questões

³⁶⁶ Cf. GADAMER, *Verdade e Método II*, op. cit., p. 60.

³⁶⁷ Cf. Id., *Ibid.*, p. 60.

³⁶⁸ Cf. Id., *Ibid.*, p. 227.

³⁶⁹ Cf. WARAT, *O direito de sua linguagem*, op. cit., p. 40.

³⁷⁰ Cf. Id., *Ibid.*, p. 238.

³⁷¹ O não-dito releva a importância do campo da ocasionalidade e sua influência na constituição do sentido. Gadamer ressalta que a ocasionalidade significa a dependência da ocasião, da circunstância e situação, em que se usa a expressão. Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: complementos e índices*. Trad. Enio de Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 210. Somente na ocasionalidade da sua fala é que o enunciado pode alcançar o máximo de objetivação. Sendo o enunciado uma constituição lingüística-lógica, a sua universalização faz com que o sentido perca a univocidade. Cf. GADAMER, *Verdade e Método II*, op. cit., 211. Para que se tenha a univocidade semântica é necessário que ele não seja desconectado da sua motivação contextual. Todo o discurso é resultado de uma certa motivação contextual, isto é, o seu sentido depende do contexto da ação. Gadamer apresenta enunciados que guardam a impossibilidade de redução à univocidade, isto porque o seu sentido está intimamente guardado com um contexto de ação. O sentido somente é apreendido em razão de uma determinada configuração de tempo e espaço, impossíveis de predeterminação. Cf. ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, p. 239. O exemplo trazido por Gadamer é a maldição ou a benção, em ambos, “o sentido de todas essas formas de enunciado [...] só pode ser preenchido quando recebe de um contexto de ação sua determinação de sentido.” Cf. GADAMER, *Verdade e Método II*, op. cit., 211.

³⁷² O encoberto pela linguagem se refere aos pré-juízos acrícos e dimensão de universalidade que, silenciados pela semântica, são esquecidos, enquanto a hermenêutica mantém a pergunta sobre tais questões.

importantes a serem compreendidas, apesar de não se encontrarem explicitamente na semântica. Aliás, a própria semântica sempre representará parte do fenômeno, mas não a sua totalidade.

O problema é que a semântica, ao ser tomada pelo modelo científico moderno, finca-se na estreita noção de que o juízo ou a proposição corresponde à verdade, perdendo, de certa forma, da sua vista a correlação na mostraçã das coisas como realmente são. A ciência moderna e a sua concepção de linguagem – discurso, argumentação – marcam o direito conduzido entre os já anunciados paradigmas metafísicos, fincados na razão metódica da certeza, formulando enunciados tão exatos que expressariam inequivocamente o Ser.³⁷³ A razão – não como logos que anuncia o Ser, mas como o próprio Ser pronto e acabado – acaba por fazer da linguagem um instrumento, longe de representar a sua essência (filosófica).³⁷⁴

Procurou-se apresentar, mesmo que rapidamente, alguns elementos da Hermenêutica Filosófica gadameriana que servirão como aportes para o confronto, no terceiro capítulo, para discutir questões como a discricionariedade judicial e a argumentação na utilização da proporcionalidade por Robert Alexy.

3.2.3 A teoria do direito dworkianiana

A própria intenção de estabelecer elementos filosóficos no pensamento de Ronald Dworkin já poderia ser o objeto de uma pesquisa específica, cujos pressupostos poderiam ser extensamente explorados. Entretanto, procurando delimitar a abrangência da exposição, em virtude dos objetivos do presente trabalho, explorar-se-á parte do pensamento do jurista

Os pré-juízos acríticos dirigem a compreensão. A interpretação é dirigida por certos preconceitos e por pré-compreensões no discurso, permanecendo eles encobertos, necessitando-se de uma ruptura para que a orientação no discurso os apresente como tais. Diz Gadamer que tal ruptura “gera uma nova experiência, que torna o preconceito insustentável.” Cf. GADAMER, *Verdade e Método II*, op. cit., 213. Alerta Gadamer que tal tarefa é hercúlia. “Os preconceitos básicos são poderosos” (Cf. GADAMER, *Verdade e Método II*, op. cit., 213), pois reclamam para si uma certeza evidente ou procuram se mostrar isentos de preconceitos.

³⁷³ Cf. GADAMER, *Verdade e Método II*, op. cit., p. 60-63.

³⁷⁴ Cf. HEIDEGGER, Martin. A essência da linguagem. In: HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 157: “Nela (*Saga*) presumimos a essência vigorosa da linguagem. *Saga*, *sagan* significa mostrar: deixar aparecer, liberar clareando-encobrendo, ou seja, pro-piciando o que chamamos de mundo.” A limitação da linguagem na ciência moderna – modelo para a argumentação jurídica, por exemplo – acaba por esquecer que o sentido está no mundo e com a relação que se estabelece com ele. O sentido (Ser) só é apreendido (parcialmente e na sua condição contingente) pelo ser-no-mundo.

norte americano que são requisitadas pela Nova Crítica do Direito, principalmente, por identificar a compatibilidade da sua exposição com a matriz Hermenêutica Filosófica.

Ronald Dworkin ganhou visibilidade no cenário da teoria do direito ao discutir um modelo de positivismo jurídico próprio, idealizado por Hebert Hart,³⁷⁵ como um sistema de regras que, em determinados casos, descambaria para o exercício de um poder discricionário do intérprete na solução de casos difíceis. Assim, um primeiro esclarecimento que pode ser feito é que Dworkin permite a leitura de que a sua distinção entre casos fáceis e casos difíceis somente é empregada no contexto da discussão com Hebert Hart. Para se dialogar com alguém é necessário assumir pressupostos, e, para tanto, Dworkin compartilha o pressuposto de Hart para discutir as questões que acabariam por surgir na diferenciação entre os casos fáceis, solúveis mediante esquemas de subsunção da regra ao caso, e os casos difíceis que envolveriam um ato interpretativo no qual seria exercido um poder discricionário.

Para Dworkin, o positivismo que pretende atacar tomaria o conceito de direito como um conjunto de regras utilizado pela comunidade e que determinariam o comportamento que seria coagido pelo poder público.³⁷⁶ Essas regras não seriam consideradas normativas somente pelo fato da autoridade poder obrigar o seu cumprimento, mas porque seriam um padrão de comportamento aceitável como obrigatório para aqueles que se submetem a ela, mediante esquemas de reconhecimento.³⁷⁷ Esse conjunto de regras implicaria o próprio direito, sendo que, na existência de um caso não contemplado por elas, seria possível uma autoridade pública decidir sem recorrer ao direito.³⁷⁸ Seria este o âmbito de textura aberta, em que os juízes poderiam atuar como um novo legislador na criação de uma nova regra.³⁷⁹

Colocando-se em oposição ao direito como um modelo de regras, Dworkin afirma que quando se discute a respeito do direito ou da obrigação jurídica, condição mais freqüente nos chamados casos difíceis, os juristas operariam com *padrões normativos diferentes* que não funcionam como regras.³⁸⁰ Seriam eles princípios, conceituado na sua

³⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad.. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

³⁷⁶ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 28

³⁷⁷ Id., Ibid., p. 32-33.

³⁷⁸ Id. Ibid., p. 28.

³⁷⁹ Id., Ibid., p. 35; Cf. HART, *O conceito de direito*, op. cit., p. 190.

³⁸⁰ Cf. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 36.

singularidade como “um padrão que deve ser observado (...) porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”³⁸¹

Analisando decisões nos casos de *Riggs contra Palmer* e *Henningsen contra Blomfield Motors, Inc.*,³⁸² o tribunal teria identificado um padrão normativo diferente de regras, que fundamentaram as suas decisões. Assim, diz Dworkin que as regras seriam aplicadas à maneira do tudo-ou-nada.³⁸³ Ocorrendo os fatos que a regra prevê, sendo ela válida, a resposta que ela fornece deve ser aceita.³⁸⁴ A regra ainda poderia ter exceções da sua aplicação, razão pela qual, as cláusulas de exceções deveriam ser enumeradas.³⁸⁵ Quer dizer, a regra já deve contemplar a sua exceção. Pensando no direito brasileiro, a Constituição da República possui regras próprias no sentido apresentado por Dworkin. Veja-se, por exemplo, a regra prevista no Art. 5º, LI que dispõe: “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.” A regra da proibição da extradição de brasileiro já contempla a exceção para o brasileiro naturalizado, nas condições determinadas como exceções.

O princípio, por sua vez, enunciaria uma razão que conduziria a um argumento em certa direção, mas necessitaria ser particularizado.³⁸⁶ O princípio seria uma razão relevante que as autoridades públicas sempre deveriam levar em conta no momento de sua decisão, inclinando-as ao reconhecimento da importância ou peso dele para o sistema jurídico.³⁸⁷ Um exemplo de princípio a partir da Constituição da República Federativa do Brasil seria aquele previsto no Art. 5º, LIV, podendo ser apresentado no seguinte enunciado: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Aqui ficaria a pergunta: em que situações? Ela abarcaria, informaria, daria sentido a uma série de situações. Veja-se uma, por exemplo: no direito brasileiro existe uma praxe na apreciação pela instância recursal, principalmente nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais Cíveis de fundamentar por adesão. Ou seja, a sentença recorrida por muitas das vezes é confirmada por seus próprios fundamentos, deixando a Turma Recursal de apreciar

³⁸¹ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 36.

³⁸² Caso em que o herdeiro nomeado em testamento teria assassinado seu avô para receber a herança. Tendo decidido que ninguém pode lucrar com a sua fraude ou beneficiar-se pela prática de atos ilícitos. Cf. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 37.

³⁸³ Cf. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 39.

³⁸⁴ Id., *Ibid.*, p. 39.

³⁸⁵ Id., *Ibid.*, p. 40.

³⁸⁶ Id., *Ibid.*, p. 42.

³⁸⁷ Id., *Ibid.*, p. 42.

os pontos em que a sentença foi atacada, pelos quais, implicaria a sua reforma. Assim sendo, deixando a Turma de analisar os motivos pelos quais a sentença é imprópria, expondo-os, estaria violando o princípio do devido processo legal.³⁸⁸

Quer dizer, os princípios teriam uma dimensão cuja importância poderia ser aferida, dimensão esta não presente genericamente nas regras. Haveria, sim, a consideração de regras funcionalmente mais importantes que outras,³⁸⁹ por exemplo, as normas constitucionais comparadas às infraconstitucionais, reservando-se àquelas a previsão da competência e procedimentos referentes à produção normativa no sistema jurídico brasileiro, de acordo com o Art. 59 e seguintes da Constituição.

Entretanto, Dworkin estabelece a distinção, sendo a regra inválida, ela é afastada do sistema jurídico³⁹⁰ – a exemplo das regras de solução de antinomias normativas previstas pelos Art. 2º e parágrafos da LICC – ao passo que o princípio não seria afastado do sistema jurídico, somente deixaria de ser aplicado naquele determinado caso, podendo, entretanto, num caso diferente, ser aplicado. Ou seja, o princípio por não ser aplicado não seria excluído da ordem jurídica, podendo ser aplicado em outra situação.³⁹¹

Vale referir que, para Dworkin, a aplicação de determinadas regras, que comportassem termos abrangentes, passaria a depender, de certa forma, da aplicação dos princípios.³⁹² Dworkin entende que a consideração de princípios jurídicos como padrões de conduta diferentes das regras está presente em toda ordem jurídica e, nos casos difíceis, passaria a desempenhar um papel decisivo nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicas.³⁹³ Seriam, portanto, os princípios padrões obrigatórios a serem enfrentados nas decisões judiciais.³⁹⁴

Ao procurar responder a crítica de que os princípios não teriam a mesma validade exigida pela lei – principalmente por terem autoridade e importância controversas –

³⁸⁸ É ínsito ao princípio do devido processo legal, no seu viés substancial, que o tribunal aprecie todas as questões relevantes afirmadas pela parte no seu recurso como motivos para reforma da sentença. Entretanto, costumeiro se ver a negativa de provimento do recurso sem qualquer fundamentação. Exemplificativamente:

³⁸⁹ Cf. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 43.

³⁹⁰ Id., *Ibid.*, p. 43.

³⁹¹ Id., *Ibid.*, p. 57.

³⁹² Id., *Ibid.*, p. 45.

³⁹³ Cf. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 46. Dworkin apresenta como a falta de obrigatoriedade uma das mazelas que o positivismo atribui aos princípios. No entanto, contra tal argumento, Dworkin vai dizer que se um juiz, por exemplo, deixasse de aplicar determinado princípio, um crítico não se contentaria em apenas reconhecer a falta de atenção, mas criticaria a decisão como equivocada. Cf. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 56.

³⁹⁴ Id. *Ibid.*, p. 47.

Dworkin expõe que essas qualificações não poderiam ser demonstradas, no entanto, os princípios permitiriam que a sua autoridade e importância fosse apresentada mediante argumentos que os implicariam na história legislativa e judiciária, sintetizando práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade.³⁹⁵ A hipótese de se considerar que os princípios não fossem obrigatórios pelos juízos – e no seu conjunto determinassem a decisão – também poderia pesar para que as regras perdessem o seu caráter de obrigatoriedade. Isso porque as regras são interpretadas e reinterpretadas constantemente, inclusive havendo a possibilidade de deixar de aplicá-las.³⁹⁶ Nesse caso, existe um padrão, obrigatório, que estabelece a possibilidade de mudança. Dworkin vai chamá-lo de princípio. Pois a mudança de uma regra poderia ser justificada em determinado princípio, visto que a mudança acabaria favorecendo a satisfação dele.³⁹⁷

Dworkin vai ressaltar que não seria qualquer princípio que determinaria a possibilidade de mudança de uma regra, mas princípios importantes, não suscetíveis a esboçar padrões extrajurídicos ou preferências pessoais do juiz, por exemplo, mas um conjunto de princípios que vinculam o juiz a uma concepção partilhada de direito, a um padrão determinado.³⁹⁸ Assim, quando alguém afirmasse que uma regra é obrigatória, estaria implicitamente presente a sua sustentação por um conjunto de princípios que o juiz ou o tribunal não poderiam desconsiderar.³⁹⁹ Não haveria qualquer teste como o de *pedigree*⁴⁰⁰ - regra de reconhecimento – que pudesse identificar se o princípio faz ou não parte do direito, bem como seria impossível arrolar todos os princípios em vigor.⁴⁰¹

O conceito de princípio tomado sem atenção ao desenvolvimento do pensamento do autor em outras obras, como *Levando os direitos a sério*, pode deixar de revelar a efetiva contribuição que o princípio pode proporcionar ao direito, principalmente, naquilo que diz respeito ao exercício do poder discricionário no ato judicativo. A exemplo disso, Dimoulis

³⁹⁵ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 58.

³⁹⁶ Id., *Ibid.*, p. 59.

³⁹⁷ Id., *Ibid.*, p. 60.

³⁹⁸ Cf. Id., *Ibid.*, p. 60: “Os juízes, no entanto, não têm liberdade para escolher entre os princípios e as políticas que constituem essas doutrinas (padrões que podem ser compartilhados mediante um conjunto de princípios obrigatórios) – também neste caso, se eles fossem livres, nenhuma regra poderia ser considerada obrigatória.”

³⁹⁹ Cf. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 61: “(Essa linha de raciocínio) trata um corpo de princípios e políticas como leis (direito), no mesmo sentido em que as regras são leis (direito); trata os princípios e políticas como padrões obrigatórios para as autoridades de uma comunidade, padrões que regulam suas decisões a propósito de direitos e obrigações jurídicas.”

⁴⁰⁰ Id., *Ibid.*, p. 64.

⁴⁰¹ Id., *Ibid.*, p. 70.

afirma que a recepção brasileira do pensamento de Dworkin geralmente leva em consideração a diferenciação entre regras e princípios, mas que não estende o argumento, deixando de relacionar a concepção dos princípios com o conceito de direito – que vincula o direito como integridade – incompatível com o reconhecimento da discricionariedade judicial no seu sentido forte.⁴⁰² Abordagem que será suspensa para apresentar a ideia de moralidade política que sustenta a concepção de princípios – ou argumentos de princípio – incompatíveis com a discricionariedade judicial.

A formulação do conceito de direito para Dworkin implicaria uma interpretação criativa e construtiva, que se preocuparia em impor um propósito a uma prática, como a melhor forma que represente o direito.⁴⁰³ Uma das perguntas que guiaria essa noção do direito seria: qual o propósito considerado pela comunidade que abrigaria uma prática social como o direito?

Isso implicaria, necessariamente, pensar numa moralidade política ou pública. Através dessa concepção, o propósito do direito deveria ser justificado por uma teoria política que representasse a teoria do direito que melhor apresenta o compromisso de uma dada comunidade com direitos e deveres, ao longo da história até o presente.⁴⁰⁴ Essa moralidade política de que fala Dworkin não seria apenas um resguardo de valores – axiomática –, mas o desenvolvimento de uma instituição compartilhada pela comunidade ao longo da história, apresentando uma perspectiva evolutiva.⁴⁰⁵ Esse compartilhamento envolveria os ideais de uma estrutura política imparcial e justa na distribuição de recursos e oportunidades, bem como incorporaria um processo equitativo que regulasse o vigor e a aplicação das regras e regulamentos estabelecidos.⁴⁰⁶ Dworkin sintetizaria que a moralidade a que se refere demandaria equidade, justiça e devido processo legal adjetivo, que, junto com a integridade, seriam virtudes a serem consideradas.⁴⁰⁷

Uma das virtudes da moralidade pretendida por Dworkin estaria na necessidade do direito adotar instrumentos que impedissem o ingresso de preferências externas ao sistema jurídico, ou que permitissem a retirada de decisões que apresentam tal mácula, o que

⁴⁰² DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 97.

⁴⁰³ Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 63-64 e 76.

⁴⁰⁴ Id., *Ibid.*, p. 121.

⁴⁰⁵ Id., *Ibid.*, p. 199.

⁴⁰⁶ Id., *Ibid.*, p. 200.

⁴⁰⁷ Id., *Ibid.*, p. 200-201.

possibilitaria a construção de uma instância de moralidade política diferenciada da privada.⁴⁰⁸ Dever-se-ia reconhecer, portanto, um grau de autonomia ou independência do sistema de direitos em comparação com as preferências pessoais – morais. Seguindo, ao procurar desenvolver a ideia de moralidade dissociada de preferências pessoais, ou garantindo instâncias de liberdade para os cidadãos, poderia chegar-se à ideia de integridade legislativa.⁴⁰⁹

Para tanto, cabe expor a idealização de Dworkin quanto à existência de uma comunidade de princípios, isto é, as pessoas assumiriam a condição de viverem sobre determinados ideais (virtudes) que comandariam as suas ações. Assim, sempre que agissem estariam levando em conta um determinado conjunto de princípios que justificassem os seus atos.⁴¹⁰ O conjunto de princípios que coordenariam determinada comunidade deveriam sempre justificar a resolução nas decisões públicas, sejam elas legislativas ou judiciárias.

No que diz respeito à ação legislativa, Dworkin sustenta que a comunidade de princípios exige uma integridade legislativa, válida para justificar as decisões políticas particulares. A integridade legislativa vem a ser o dever imposto ao legislador para que no exercício de sua atividade deliberativa se esforce para produzir leis que reflitam uma moralidade pública. Melhor dizendo, as leis devem guardar coerência com o sistema

⁴⁰⁸ Em virtude disso, como expõe o autor, a sua concepção liberal esbarra na ideia conservadora de que faria parte do jogo político democrático, o fato de que as preferências externas dos participantes fossem convertidas em moralidade pública. Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 298. Exemplo prático é dado pelo autor, sobre a perseguição ou criminalização da diferença, no caso de prática sexual e exercício de liberdade de expressão, como instância de liberdade do indivíduo. Cf. DWORKIN, op. cit., p. 300.

⁴⁰⁹ A ideia se mostra útil, pelo menos, para demonstrar a possibilidade de buscar no sistema da *Civil Law* uma ideia de moralidade pública e de integridade, afastando possíveis críticas que vinculam as teorias de Dworkin ao estrito modelo da *Common Law*. Isto é, a decisão política que produz a legislação deve guardar respeito a uma moralidade pública, que pode ser identificada no sistema brasileiro, por exemplo, pelos objetivos traçados pelo texto constitucional. Tendo isto como paradigma, a produção legislativa não pode ser desenvolvida simplesmente de maneira autônoma, esquecendo de manter uma coerência com as normas então produzidas. Na sociedade atual e complexa, onde as relações sociais são facilmente normatizadas, deve-se atentar para uma coerência legislativa de princípio, permitindo que os cidadãos atuem, pelo menos, numa determinada direção, formando uma comunidade sobre princípios.

⁴¹⁰ Dworkin expressa que a comunidade de princípios implica que as pessoas aceitem que são governadas por princípios comuns. A partir deste ponto, as decisões políticas serão uma arena de debate sobre quais princípios a comunidade deve assumir no seu sistema. Será através dos princípios adotados que se poderá perceber os ideais de justiça, equidade e devido processo legal. E mais, Dworkin sustenta que nesta comunidade os direitos e deveres não se limitam a decisões políticas particulares, tanto no âmbito legislativo como judicial, mas, precipuamente, que conjunto de princípios que tais decisões pressupõem e endossam. Cf. DWORKIN, *O império do direito*, op. cit., p. 254-5.

jurídico considerado como um todo,⁴¹¹ isto é, devem refletir os princípios consagrados pelo sistema.

A imposição da integridade como um dos substratos da moralidade pública nada mais seria que a necessidade de que as decisões públicas apresentassem uma organização coerente entre si,⁴¹² permitindo que a expectativa dos cidadãos pudessem se fundar num conjunto de princípios consistentes que enraizariam institucionalmente o direito. Poderia pensar-se, aqui, a função dirigente e compromissória da Constituição Brasileira que, ao assumir os Direitos Fundamentais como orientação do sistema jurídico, demandaria tanto do legislador como do julgador o dever de guardar a integridade (e coerência) com esse conjunto de princípios consagrados.

Conforme a perspectiva de Vila, a integridade como uma virtude da moralidade política possuiria características metodológicas e substanciais. Metodologicamente, serviria como um critério para identificar e expressar um significado à prática jurídica que, na sua qualidade substancial, por sua vez, apresentar-se-ia como a melhor forma de justificar a coerção estatal dentro da concepção de uma dada comunidade.⁴¹³

Nesse momento poderia ser retomada a discussão quanto aos princípios e à discricionariedade judicial, assuntos estes que figuram como principais no presente trabalho. Na verdade, as duas questões guardariam uma íntima relação. A assunção de princípios como reconstruções de padrões histórico-institucionais da estrutura jurídica da comunidade direcionaria a um descarte da possibilidade do exercício de um poder discricionário no seu sentido forte.⁴¹⁴ Quer dizer, em casos como os “difíceis” – denominação empregada na diferenciação estabelecida por Hart entre casos determinados

⁴¹¹ Dworkin vai dizer: “O princípio legislativo da integridade exige que o legislativo se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade.” Cf. DWORKIN, *O império do direito*, op. cit., p. 266.

⁴¹² Cf. CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. In: *Doxa: Cuadernos del Filosofia del Derecho*. n. 21. Alicante, 1992.

⁴¹³ Cf. VILA, Marisa Iglesias. *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 152.

⁴¹⁴ Dworkin apresenta que a discricionariedade pode ser empregada em sentidos diferentes, identificando que o positivismo jurídico por ele comentado, quando se depara com os casos difíceis, acabaria por reconhecer um poder discricionário ao julgador, do tipo forte, reconhecendo a inexistência de qualquer padrão jurídico para a tomada de decisões. Em contraposição, Dworkin afirma que o reconhecimento de princípios como padrões obrigatórios para a tomada de decisões implicaria na limitação do poder do juízo, não podendo mais ele ser utilizado no seu sentido forte. Sintetizando, os princípios seriam padrões que limitariam o exercício discricionário do juiz. Importa esclarecer que a utilização do termo discricionariedade no presente trabalho mantém relação com a noção do seu sentido forte, quando o juiz ou intérprete, nos casos difíceis, teria a possibilidade de decidir sem estar vinculado a qualquer tipo de padrão jurídico. Cf. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op.cit., p. 53-55.

de antemão como fáceis – Dworkin opõe contra a concepção do positivismo jurídico representado por Hart, a possibilidade de sua resolução de acordo com as preferências pessoais do julgador. A concepção da integridade como parte do conceito de direito surge, assim, como uma alternativa entre as concepções convencionalistas, pelas quais, o direito estaria posto, tendendo para o conservadorismo; e as pragmáticas, em que o direito se aproximaria de um realismo, no qual o juiz teria o poder de decidir sobre a melhor forma de fazer a justiça,⁴¹⁵ independentemente das decisões já tomadas no passado.

Assim, a integridade responderia à necessidade de vinculação com as convenções do passado, entretanto, reconhecendo uma possibilidade de ruptura de acordo com as situações exigidas pelo caso em apreço. Conhecendo as necessidades do caso atual, na sua individualidade, o direito ganha força como uma prática interpretativa que se mantém ligada às decisões fundamentais do passado, mas não petrificado por elas.

Parece que Dworkin reconhece a vinculação do intérprete com o passado, com a historicidade do direito, não de uma maneira estática, mas tomando-a como importante para as decisões que devem ser realizadas no presente, procurando, assim, descobrir os princípios que estariam inscritos na prática institucionalizada. A partir desse diálogo com o passado (trazendo a tradição à fala junto com o presente), seria possível encontrar padrões que guiassem ou direcionassem novas decisões. Talvez seja por isso que o autor vai dizer que os princípios direcionam a argumentação ou as razões. Isto não significaria que os argumentos (de princípio) estivessem livres do seu comprometimento prático, cujo conteúdo seria marcado pela história institucional da comunidade.

Portanto, nos casos mais difíceis – como também nos fáceis – seria implícita a necessidade de reconstrução da história institucional do direito, devendo o intérprete, como refere Casalmiglia “perguntar-se quais são os princípios, ou a estrutura coerente de princípios que melhor justificariam as decisões públicas.”⁴¹⁶ Estaria, assim, diria a Hermenêutica Filosófica, tentando pensar os efeitos da história na compreensão do intérprete, buscando reconhecer os influxos da tradição (jurídica) a que pertence.

⁴¹⁵ Vera Karam de Chueiri vai dizer que o exercício da jurisdição é uma questão de princípios que expressam a moralidade pública, obrigando aquele que venha a interpretar tais princípios tenha o cuidado de não fazê-lo de maneira arbitrária, com as suas preferências pessoais ou gostos, mas interpretando de forma consistente e coerente a história institucional da comunidade a que pertence. Cf. CHUEIRI, Vera Karam de. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?* n. 6. Porto Alegre, IHJ, 2008, p. 424-425.

⁴¹⁶ Cf. CALSAMIGLIA, *El concepto de integridad en Dworkin*, op. cit., p. 168.

Seria possível, assim, diante de uma determinada tradição responder os problemas jurídicos, até mesmo os casos difíceis. Essa hipótese ficou conhecida como a resposta correta. Falar-se de casos difíceis implica, na teoria do direito, assumir a discussão quanto à possibilidade de respostas corretas ou não. Boa parte da dogmática jurídica entende que não são possíveis respostas corretas, pois as consideram como um produto da certeza científica. Ou seja, confundem a resposta correta com uma resposta exata e mecânica à solução dos problemas jurídicos.⁴¹⁷ O grande problema está em, não reconhecendo a possibilidade de resposta correta, abdicar da resolução das questões jurídicas por existirem várias interpretações ao mesmo caso, criando um sistema jurídico inconsistente ou incoerente. Melhor dizendo, abandonar-se-ia a procura de critérios jurídicos à resolução dos problemas, passando a servir qualquer critério. Certamente, não é isso que se pretende com a resposta correta, pois, se fosse possível qualquer resposta, estar-se-ia diante de um poder discricionário no seu sentido forte.

O caminho para a resposta correta deve necessariamente trilhar um compartilhamento da tradição de determinada comunidade (jurídica). Aquela pessoa que faz parte da comunidade jurídica, vivenciando as suas convicções ao longo do tempo, acaba por adquirir um conhecimento – ontológico-existencial - daquilo que é considerado correto e legítimo. Acaba assumindo uma postura de participante, conseguindo diferenciar quando uma decisão é boa e possui bons argumentos (de princípio) ao seu favor e quando assim não o é.

O direito como integridade implicaria uma interpretação abrangente da prática jurídica como sua fonte de inspiração⁴¹⁸, dando especial importância à história-institucional como transmissora de um conteúdo explícito ou implícito de princípios necessários que justifiquem um determinado propósito.⁴¹⁹ Dworkin vai dizer que o participante sempre teria razões para preferir uma resposta à outra, como decorrente de uma coerência narrativa que encontraria assento na comunidade (jurídica) a que pertence.⁴²⁰

Essa coerência narrativa mencionada surge numa analogia que Dworkin procura promover entre direito como um empreendimento interpretativo e a literatura. Ambos

⁴¹⁷ Por exemplo, concepção assumida por Alexy, tendo como representantes no direito brasileiro autores como Luis Roberto Barroso, Rogério Gesta Leal, para ficar apenas nestes.

⁴¹⁸ Cf. DWORKIN, *Uma questão de princípio*, op. cit., p. 273.

⁴¹⁹ Cf. Id., *Ibid.*, p. 274-275.

⁴²⁰ Cf. Id., *Ibid.*, p. 207.

reclamam interpretação, cada um na sua especificidade. O direito como um todo ao se reportar a um determinado propósito reclamaria que as decisões individuais guardassem uma coerência com essa tarefa. Aliás, ante essa comparação, o sentido jurídico seria o produto de um jogo entre a decisão individual e o empreendimento jurídico como um todo, este, ainda, em processo de desenvolvimento.⁴²¹ Colocar-se-ia a relação holística entre o todo e as partes. Mas como se faria isso? Ora, diria Dworkin, tomando a lição do romance em cadeia. A assunção dessa postura permitiria considerar o direito como uma “prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.”⁴²² Cada decisão judicial deve ser uma nova etapa do desenvolvimento da política – moralidade pública – guardando, portanto, uma coerência entre essas etapas. A cada etapa não se poderia simplesmente abandonar aquilo que já foi desenvolvido sem uma justificativa forte o bastante para tanto. Dworkin vai dizer que se um conjunto de romancistas procura escrever um romance em série, não poderia esquecer do que já foi desenvolvido no capítulo anterior.⁴²³ Ou seja, vai desenvolver a sua parte a partir do material que recebeu, possibilitando que, também a partir da consideração de sua parte, os escritores posteriores possam continuar a escrever.⁴²⁴ Assim, um juiz que vai decidir determinado caso (difícil) deve recorrer àquilo que já foi produzido, para que a sua decisão guarde coerência ao sistema jurídico como um todo. A noção do romance em cadeia nada mais seria que exigir do intérprete/jurista conhecer a prática em que se insere (romance) para, somente assim, fazendo parte dela, saber aquilo que é importante e não pode ser abandonado na sua interpretação.

Existiria, de acordo com Dworkin, a possibilidade de submeter a interpretação do direito à prova. Isto se daria quando a interprete buscasse identificar se a sua interpretação se adéqua ao conjunto de princípios consagrados pelo sistema jurídico.⁴²⁵ Especula-se que essa condição seria mais uma oportunidade de alteridade conferida ao sistema jurídico do que propriamente uma etapa interpretativa – no sentido de um método. Havendo mais de uma interpretação, teria o intérprete que preferir aquela que melhor espelhasse o conjunto

⁴²¹ Cf. DWORKIN, *Uma questão de princípio*, op. cit., p. 271.

⁴²² Cf. Id., *Ibid.*, p. 271.

⁴²³ Cf. Id., *Ibid.*, p. 276.

⁴²⁴ Cf. Id., *Ibid.*, p. 276.

⁴²⁵ Cf. Id., *Ibid.*, p. 277.

de princípios consagrados pelo sistema.⁴²⁶ Ou seja, não se admitiria qualquer resposta, mas aquela que se apresentasse como a melhor.⁴²⁷

Dworkin ao falar do direito como um empreendimento interpretativo,⁴²⁸ permite que se obtenha consenso sobre quais são as práticas que devem ser reconhecidas como jurídicas. Isso não quer dizer que em todos os casos os juristas estarão de acordo sobre as práticas, mas ao ingressar numa determinada prática interpretativa, como o direito, existe a aderência a uma estrutura estabelecida, portanto, é necessário compartilhar o entendimento quanto ao conjunto das instituições que formam o sistema jurídico.⁴²⁹

Por isso, a resposta somente poderá ser considerada como correta quando se puder afirmar que a decisão se ajusta à teoria política que justifica da melhor maneira possível as proposições do Direito já instituídas.⁴³⁰ Isto é, sempre uma das respostas oferecidas reclamará para si a condição de resposta correta que melhor venha a justificar o Direito como um todo. Seria impossível querer encontrar uma resposta correta se não fosse fixada uma determinada finalidade, um valor, um interesse ou um princípio. Como diz Dworkin, a interpretação sempre acabará por ser o relato de um propósito, melhor dizendo, ela deverá ser influenciada pela escolha de uma meta,⁴³¹ obrigando que se tome um determinado caminho.

Cogita-se, assim, que o propósito que move a interpretação do direito (brasileiro) é a concretização dos Direitos Fundamentais arrolados na Constituição, exigindo uma nova compreensão do papel da jurisdição constitucional, sendo ela promotora e garantidora de tais direitos. Todavia, no Brasil, a deficiência no cumprimento das promessas da modernidade implica um congestionamento de pretensões junto ao Poder Judiciário, exigindo que os efeitos da história sejam denunciados – inefetividade das normas

⁴²⁶ Cf. DWORKIN, *Uma questão de princípio*, op. cit., p. 278.

⁴²⁷ Chueiri vai dizer que a tese da resposta certa no direito implica a possibilidade do juiz fundamentar a sua decisão num princípio consagrado pelo sistema jurídico. Isso porque “os princípios proporcionam uma ampla descrição e justificação da estrutura jurídica, política e moral da comunidade. A construção da resposta certa sugere a analogia da prática jurídica com o exercício literário, consubstanciando a ideia de *chain of law* (cadeia do direito), a qual constitui-se no *turning point* para a consideração do Direito como um conceito interpretativo.” Cf. CHUEIRI, Vera Karam de. Ronald Dworkin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p. 261.

⁴²⁸ Cf. DWORKIN, *Uma questão de princípio*, op. cit., p. 113.

⁴²⁹ Cf. Id. *Ibid.*, p. 113.

⁴³⁰ Cf. Id., *Ibid.*, p. 203: “[...] os participantes afirmam (ou negam) proposições que se ajustam melhor (ou pior) à teoria política que oferece a melhor justificativa para proposições de Direito já estabelecidas.”

⁴³¹ Cf. DWORKIN, *O império do direito*, op. cit., p. 71: “Quero dizer que uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra.”

constitucionais –, mas também é que se construam critérios normativos que sirvam de orientação para a sociedade. Se não houver a preocupação com a criação desses critérios, será cada vez mais difícil buscar respostas corretas. Por isso, Streck vai reclamar um nível de generalização das decisões ou uma entificação minimamente necessária da interpretação jurídica,⁴³² que venha a surgir como critério a ser observado em decisões posteriores.

Dworkin revela que a controversa sobre a resposta correta pode facilmente ultrapassar um exame dos fatos concretos, levando a discussão para um âmbito moral, denominado pelo autor como fatos morais.⁴³³ Estes fatos morais têm a ligação com uma ideia de coerência narrativa,⁴³⁴ o que permite que se justifique a controvérsia sobre a questão mediante a utilização de argumentos que se apresentem⁴³⁵ como a convicção que melhor representa o propósito do Direito.

É utilizando-se da coerência narrativa que se pode dizer, por exemplo, que uma resposta é correta, e a outra, não. E mais, a coerência narrativa impõe ao intérprete um sentido prévio a sua interpretação. Ou seja, a resposta correta sobre determinada proposição jurídica está ligada ao ajuste de sua interpretação à coerência narrativa, pois esta lhe impõe um determinado horizonte interpretativo proporcionado pela atividade que instrui os participantes a agir e identificar a correção de determinadas decisões.⁴³⁶

Assumindo o intérprete a postura de participante de uma determinada atividade, poderá identificar razões melhores que outras, ou a resposta correta entre duas possíveis, porque a sua percepção das coisas se mostra comprometida com um determinado ideal, um determinado propósito, inscrito em seus atos como participante daquela comunidade.⁴³⁷

⁴³² Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, op. cit., p. 320-321.

⁴³³ Cf. DWORKIN, *Uma questão de princípio*, op. cit., p. 206.

⁴³⁴ A coerência narrativa permite que o intérprete se insira numa determinada comunidade na condição de participante. Assim, ele conseguiria perceber quais os argumentos utilizados pela comunidade para preferir determinada posição à outra. Cf. DWORKIN, *Uma questão de princípio*, op. cit., p. 207: “Os participantes realmente têm razões para preferir uma proposição à outra, ou pelos menos acham que têm, e, mesmo quando discordam, cada um deles pensa que pode distinguir casos em que seus oponentes têm razões genuínas a seu lado de casos em que eles não tem”. Ainda, diz Dworkin: “Em alguns casos, o argumento a favor de uma proposição será tão forte, sem dúvida, que diremos que qualquer participante que não concorde com essa proposição é incompetente para o exercício.”

⁴³⁵ Pode-se destacar a contraposição de uma racionalidade instrumental, demonstrável, da qual se pode deduzir a interpretação das preposições jurídicas. E outra, justificativa ou argumentativa, pela qual a correção da asserção jurídica se dá pela demonstração e aceitabilidade das suas razões. Para aprofundamento: DWORKIN, *Uma questão de princípio*, op. cit., p. 204-6.

⁴³⁶ Cf. Id., *Ibid.*, p. 207.

⁴³⁷ A participação pode ser especulada como o treino e a vivência em determinada comunidade jurídica, fomentando a capacidade do intérprete em analisar as interpretações jurídicas de acordo com as instituições daquela comunidade. Conclusão pode ser inferida de DWORKIN, *Uma questão de princípio*, op. cit., p. 207: “(os participantes seriam) [...] instruídos a submeter suas respostas às disciplinas da reflexão e da coerência e,

Adotando esta postura, será possível dizer que uma interpretação é verdadeira, ou correta, se a conclusão tomada por ela fornece a melhor justificativa do conjunto do direito institucionalizado, estabelecendo, assim, a possibilidade de identificar o melhor argumento (de princípio) que a sustente.

Essa ideia de argumentação principiológica seria uma forma de limitação da discricionariedade judicial, obrigando que a decisão judicial particular sempre busque razões em direitos institucionalizados, identificados por princípios. Dworkin entende que a identificação de casos difíceis não poderiam ser álibis para que o juiz viesse a exercer um poder discricionário no seu sentido forte, decidindo de acordo com as suas próprias convicções, mas teria uma responsabilidade de consistência ou equidade (*fairness*). Isto é, o direito forneceria princípios, cujos argumentos conformariam a decisão, numa atitude holística do intérprete, colocando em relação o argumento com base num princípio com uma concepção de consistência histórico-institucional do direito.

O direito, como uma instituição, forneceria elementos para o reconhecimento de princípios. Com base em tais princípios, seria possível desenvolver um esforço argumentativo hábil para encontrar uma resposta consistente com a história-institucional do direito. Seria possível, assim, lançar-se na busca da resposta correta como uma atitude responsável. Essa responsabilidade poderia ser traduzida por um dever do intérprete em encontrar (trazer à linguagem) argumentos que sejam condizentes com a noção de integridade e coerência do sistema jurídico.⁴³⁸

Por isso, a arbitrariedade residirá sempre quando as questões jurídicas deixarem de reproduzir o conjunto de princípios que melhor justificam direito, quebrando-se, em virtude disto, o elo da corrente narrativa.⁴³⁹ A decisão contradiz a ideia de integridade, reclamada pelo projeto dworkiniano de direito democrático, quando deixa de assumir o

depois, a fazer certas afirmações que a instrução que receberam os autoriza a fazer com base na autoridade dessas respostas assim disciplinadas.”

⁴³⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15: “Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado.” Da mesma forma: DWORKIN, *O império do direito*, op. cit., p. 272: “O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.”

⁴³⁹ Vale assumir a ideia de coerência narrativa guardada pela metáfora do romance em cadeia. Cf. DWORKIN, *O império do direito*, op. cit., p. 276.

dever de adequação e justificação.⁴⁴⁰ Pelo primeiro, obriga-se que a interpretação se mostre adequada com o conjunto de princípios jurídicos consagrados no sistema.⁴⁴¹

É com base na justificação que o direito acaba por se aproximar da argumentação jurídica. Enquanto boa parte da doutrina jurídica aposta numa abertura do sistema jurídico proporcionado pela subjetividade que os princípios jurídicos dão à interpretação, Dworkin afirma que é possível encontrar a resposta correta.⁴⁴² Isto porque ele acredita que a resposta é correta, ou o argumento utilizado entre os conflitantes é o melhor, sempre que oferecer uma justificativa melhor sobre a prática jurídica como um todo, mesclando a equidade, justiça e o devido processo legal com o tempero da integridade.⁴⁴³ Esse é o caminho da resposta correta e só se chega nela após cumprir um determinado ônus argumentativo imposto pelas razões que criticam a interpretação. Quando são levantados argumentos contra a interpretação pretendida, deve-se demonstrar argumentativamente que a postura sustentada é aquela que representa a melhor concepção do direito, de forma íntegra e coerente. Só assim, será possível dizer que uma resposta é correta e a outra não.

3.3 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COM RESPONSABILIDADE HERMENÊUTICA

A Nova Crítica do Direito – cujas bases repousam na Filosofia Hermenêutica e na Hermenêutica Filosófica – se aventura nesse momento histórico a nadar contra a maré, não

⁴⁴⁰ Cf. DWORKIN, *O império do direito*, op. cit., p. 291: “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segunda as mesmas normas.” Cf. Id., p. 294: “O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntado-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo.”

⁴⁴¹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.154.

⁴⁴² Defesa também feita ao se pensar a Hermenêutica Filosófica no direito, de tal maneira que os teoremas da diferença ontológica e do círculo hermenêutico proporcionam a indispensabilidade das condições ontológica, existencial e compreensiva com as condições ôntica, apofântica e discursiva, fazendo-se da leitura do princípio na regra e da regra no princípio, dentro de uma determinada tradição, como possibilitadores da resposta correta. Para mais que a breve síntese, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

⁴⁴³ Aponta-se como efeito prático que a resposta correta é guiada pelo direito como integridade. Isto é, a integridade serve como um condutor metodológico à resposta correta porque estabelece restrições e equilíbrios aos três principais princípios que marcam o direito moderno: a equidade (respeito do juiz as decisões deliberativas dos representantes populares), a justiça (pensado como a distribuição de recursos e respeito aos direitos individuais) e devido processo legal (garantia aos procedimentos legislativos e judiciais). Cf. VILA, *El problema de la discreción judicial*, op. cit., p. 152.

se conformando com os argumentos do positivismo jurídico – principalmente na equiparação entre texto e norma ou na crença em essências das coisas – bem como não admite que os argumentos jurídicos sejam um apoio inicial para outros argumentos do tipo político ou moral, como defende parte da teoria da argumentação. O direito pode oferecer algo mais.

O ponto de partida está na interpretação. Precisa-se interpretar. Já não é mais possível admitir a equivalência entre texto e norma. Há algum tempo a doutrina já tem reconhecido que a norma é um produto da interpretação.⁴⁴⁴ A doutrina do positivismo jurídico que ainda pretende igualar essa relação é diariamente desmoralizada pela criação/interpretação jurisprudencial do direito. Apesar disso, alguns segmentos ainda procuram relegar a interpretação somente nos casos em que se encontram vaguezas, ambiguidades, lacunas ou contradições – condição tipicamente assumida pelo positivismo de Hart – concedendo à jurisprudência a tarefa de atribuir clareza e certeza a esses casos.

Essa postura não leva em consideração o modo-de-ser-do-direito no Estado Democrático de Direito, onde a construção da instituição jurídica demanda uma postura intersubjetiva e, por isso, democrática. Quer dizer, o controle do poder é um dos pilares da democracia. Para tanto, não pode o intérprete tratar o direito como um ente metafísico, fazendo a sua própria leitura do que venha a ser. O direito é um ente com um determinado modo-de-ser, e o que comprova isso é a sua tradição.

O modo-de-ser do direito é representado por uma cadeia construída a cada decisão que obriga a (re)ler a sua estrutura, buscando luminosidade na doutrina, jurisprudência, legislação, enfim, na sua tradição. Assim, quando o hermeneuta busca a norma, instaura um processo hermenêutico, trabalhando de forma circular as suas antecipações de sentido legadas pela tradição.

O ponto de estofó é a *applicatio*, quando o intérprete reclama para o seu momento histórico factual o sentido do direito no caso concreto.⁴⁴⁵ É a faticidade do intérprete que dá o tempo do direito.⁴⁴⁶ É nela que a lógica da pergunta e resposta – proporciona a

⁴⁴⁴ Cf. GRAU, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, op. cit., p. 79 e sgs.

⁴⁴⁵ Como diz Gadamer na compreensão ocorre uma atualização do texto à situação do interprete pela aplicação. A aplicação provoca um deslocamento do intérprete para a condição de destinatário do texto. Cf. GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 407 e 437.

⁴⁴⁶ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 317: “Negar que a norma é produto da interpretação do texto e que o interpretar é sempre um ato aplicativo (*applicatio*), implica negar a temporalidade. Os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma ocorre na incidência do tempo.”

reconstrução do contexto do perguntar, revelando a univocidade do sentido da coisa, possibilitando a apreensão do sentido do evento/fenômeno - ⁴⁴⁷ permite desvelar a estrutura do “como” (*etwas als etwas*),⁴⁴⁸ marcando o horizonte hermenêutico do intérprete.

A postura da Nova Crítica do Direito impede que se deposite sobre o processo compreensivo cisões, como se fosse possível ao intérprete ao deparar-se com o caso concreto estabelecer, desde já, a complexidade envolvida, designando uma forma de interpretar para o caso fácil – subsunção – e outra para o caso difícil – ponderação –, escolhendo, de forma parecida, quando se deveria utilizar as regras ou os princípios. O momento de aplicação do direito – *applicatio* – coloca o intérprete sempre na posição de compreender um texto. O caso concreto acaba por ser um texto⁴⁴⁹ que necessita da interpretação para que surja o seu sentido jurídico como o momento máximo da *applicatio*. Para tanto, a interpretação não se dá em etapas, de forma que compreendo, depois interpreto e somente por fim aplico (*subtilitas intellegendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*).⁴⁵⁰ Concebendo essa forma de interpretação subentende-se a possibilidade do intérprete controlar a sua compreensão, podendo racionalizar as condições jurídicas antes de deparar-se com o caso concreto. As teorias da argumentação, em geral, trabalham com essa possibilidade, cogitando que ao conhecerem o direito, todos os casos – os fáceis – já seriam resolvidos de antemão. De outra forma, no caso difícil, o sistema já teria apresentado o seu limite, outorgando ao intérprete, por isso, a tarefa de decidir de acordo com as suas convicções morais e políticas.⁴⁵¹ Em nenhuma das hipóteses se pensa na constante tarefa de (re)construção do sentido.

⁴⁴⁷ Cf. GADAMER, *Verdade e Método I*, p. 490.

⁴⁴⁸ Cf. HEIDEGGER, *Ser e Tempo I*, op. cit., p. 205: “O que se abre na compreensão, o compreendido, é sempre de tal modo acessível que pode explicitar-se em si mesmo “como isto ou aquilo”. É possível identificar na síntese do “como” a relação que a coisa compreendida é articulada com um conjunto de remissões simbólicas que correspondem a uma totalidade de sentido.

⁴⁴⁹ Cf. STEIN, *Aproximações sobre hermenêutica*, op. cit., p. 111: “Todos os objetos, todos os fatos, todos os casos são textos.”

⁴⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e applicatio jurídica: a concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante*. Separata de *Ars Iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Antônio Castanheira Neves*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v.1, p. 1113.

⁴⁵¹ Veja-se como o desapego a uma (re)construção da tradição do direito, de maneira íntegra e coerente, acaba por remeter a convicções políticas/morais do juízo, como por exemplo demonstra o caso do “Mudinho de Coité/BA” onde o juiz, com base no “caso concreto” entendeu que o mudinho protagonista de prática de furto qualificado, conforme artigo 155, § 4º, incisos II e IV, c/c o artigo 14, II, do Código Penal, não condena o acusado à prisão, mas também não o absolve – sequer cogitou em fazer uma interpretação conforme a constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) –, utilizando como fundamentação: “É o Juiz entre a cruz e a espada. De um lado, a consciência, a fé cristã, a compreensão do mundo, a utopia da Justiça. Do outro lado, a Lei. Neste caso, prefiro a Justiça à Lei. Assim, B.S.S., apesar da Lei, não vou lhe mandar para a

Partindo de uma posição completamente diferente, a hermenêutica reconstrói a cada momento a sua compreensão sobre as coisas na aplicação, levando à evidência a diferença ontológica. A diferenciação entre ser e ente permite ao hermeneuta a tomada de consciência da sua situação, descobrindo os níveis de racionalidade. É através da consciência desses níveis de racionalidade e a unidade necessária entre eles que o intérprete pode denunciar a instância apofântica e a hermenêutica.⁴⁵² Quando se põe a compreender determinado caso concreto diante da tradição jurídica estar-se-á procurando estruturá-lo na condição “como” (*etwas als etwas*), para logo, apresentá-lo. Esta apresentação se desenrola na linguagem. Por isso, diz-se que a tarefa mais difícil do intérprete é levar à explicitação o compreendido. Pela linguagem, no nível de racionalidade apofântico, o intérprete procura explicitar a sua compreensão num esquema causal-explicativo. É traduzir em linguagem uma condição ontológico-existencial, pela qual as coisas ganham significação para o intérprete de acordo com a relação que assumem na totalidade simbólica do conhecer.⁴⁵³ É explicitar os pressupostos da compreensão. Por fim, é reconhecer a força que a linguagem exerce sobre o homem, colocando-o na sua condição existencial de finitude.

Por exemplo, quando a teoria da argumentação parte a hermenêutica jurídica em duas, relegando aos casos difíceis o poder argumentativo do intérprete na utilização de recursos morais e políticos, abdica da tarefa de demonstrar todo o pressuposto estruturante que fundamenta – sem fundo – o seu conhecimento. Transita-se, então, somente numa

Penitenciária. Também não vou lhe absolver. Vou lhe mandar prestar um serviço à comunidade. Vou mandar que você, pessoalmente, em companhia de Oficial de Justiça desse Juízo e de sua mãe, entregue uma cópia dessa decisão, colhendo o “recebido”, a todos os órgãos públicos dessa cidade – Prefeitura, Câmara e Secretarias Municipais; a todas as associações civis dessa cidade – ONGs, clubes, sindicatos, CDL e maçonaria; a todas as Igrejas dessa cidade, de todas as confissões; ao Delegado de Polícia, ao Comandante da Polícia Militar e ao Presidente do Conselho de Segurança; a todos os órgãos de imprensa dessa cidade e a quem mais você quiser. Aproveite e peça a eles um emprego, uma vaga na escola para adultos e um acompanhamento especial. Depois, apresente ao Juiz a comprovação do cumprimento de sua pena e não roube mais! Expeça-se o Alvará de Soltura. Conceição do Coité- Ba, 07 de agosto de 2008, ano vinte da Constituição Federal de 1988. Bel. Gerivaldo Alves Neiva. Juiz de Direito.” (Processo Número 1863657-4/2008, tramitando na Comarca de Conceição do Coité/BA)

⁴⁵² Cf. STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004, p. 151-170.

⁴⁵³ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 197: “O sentido articula-se simbolicamente. Encontramos o *Dasein* na estrutura simbólica do mundo. O *Dasein* se comporta compreendendo. A compreensão do ser pertence ao modo de ser deste ente que denominamos *Dasein*.”

instância apofântica. Aproveitando-se de Heidegger, poderia-se dizer que a teoria da argumentação leva-se pelo falatório,⁴⁵⁴ deixando escondido algo mais originário.⁴⁵⁵

A Nova Crítica do Direito não concebe a cisão entre casos fáceis e difíceis, regras e princípios ou a discricionariedade do intérprete num sentido forte que recorre à argumentação. A hermenêutica proposta por Streck introduz a diferença na unidade entre regras e princípios. A diferença apenas poderá ser percebida no plano apofântico, quando, mediante a criação de condições causais-explicativas – mínimo de entificação necessária - poder-se-á transmitir o compreendido pelos princípios.

Por isso, os princípios trazem consigo a carga do mundo prático, onde as coisas antes de serem enunciadas apresentam um modo-de-ser, altamente contingencial, variável de acordo com o contexto que circunstanciam o ser-no-mundo.⁴⁵⁶ A percepção do princípio faz com que ele, ao mesmo tempo, se desvele e se oculte na compreensão da regra. A regra encobre o princípio em dois níveis: em virtude da sua relação causal-explicativa; e pela má compreensão do princípio através de uma atividade explicativa, visto que a compreensão dele já se deu antecipadamente no nível ontológico-existencial.⁴⁵⁷

No caso das regras, a suficiência ôntica do processo compreensivo permite que a tensão de levar à representação o compreendido desapareça. Por isso, ela pode se apresentar de modo causal-explicativo à interpretação, representado o caso como “fácil”. De outra forma, ao falar dos casos difíceis, estar-se-ia diante do desafio de superar a suficiência ôntica, colocando a dificuldade em foco, ao fazer com que a tensão entre o processo compreensivo marcado pelo princípio (como condição ontológico-existencial) e a sua explicitação venha a desaparecer pela linguagem.⁴⁵⁸

Nas mãos da teoria da argumentação os princípios viram instrumentos, manipuláveis de acordo com as circunstâncias do caso concreto – álibi para a prática de

⁴⁵⁴ Cf. HEIDEGGER, *Ser e Tempo I*, op. cit., p. 228-229: “O falado no falatório arrasta consigo círculos cada vez mais amplos, assumindo um caráter autoritário. As coisas são assim como são porque delas se fala assim. [...] O falatório não tem o modo de ser em que apresenta conscientemente algo como algo. Porque o que é sem solo ou fundamento já lhe basta para transformar a abertura em fechadura.”

⁴⁵⁵ Antes da explicação causal existe algo mais originário que é a sua condição de possibilidade. Seriam as pré-compreensões, que antecipam o sentido, limitando o processo de atribuição de sentido a um determinado horizonte hermenêutico. Essa dimensão é forjada na facticidade, no mundo prático. Isso ocorre numa totalidade da realidade do ser-no-mundo, envolvendo, conseqüentemente, a conjunção de múltiplos aspectos existenciais que o determinam (facticidade, historicidade e temporalidade). Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, 2. ed., op. cit., p. 253.

⁴⁵⁶ STRECK, *Verdade e Consenso*, 2. ed., op. cit., p. 256.

⁴⁵⁷ Id., *Ibid.*, p. 258.

⁴⁵⁸ Id., *Ibid.*, p. 251.

todas as espécies de arbitrariedade – esquecendo-se da sua vinculação com a estrutura existencial-ontológica-compreensiva. Na teoria da argumentação sustentada por Alexy, por exemplo, a utilização do método de ponderação esconde⁴⁵⁹ os pressupostos do compreender sobre o signo do princípio da proporcionalidade, fazendo com que a linguagem passe a velar o ser no ente.⁴⁶⁰

Uma proposta de argumentação jurídica com responsabilidade, e nesse sentido caminha a Nova Crítica do Direito, seria fazer com que o intérprete se preocupasse (*Sorge*) com a explicitação dos pressupostos do seu compreender. Esse compreender, como modo-de-ser-do-direito, implica a (re)construção fenomenológica da tradição jurídica diante do caso concreto, de maneira íntegra e coerente,⁴⁶¹ procurando, através da argumentação, trazer a representação o fenômeno compreendido. A responsabilidade hermenêutica está em assumir a condição histórica e finita do compreender, deixando aberto o espaço para que, diante da compreensão de outro fenômeno, seja possível decidir de maneira diferente, trazendo à fala, assim, aspectos da estrutura hermenêutica até então não desencobertos.

Deve ficar claro que o direito não é argumentação (nem mesmo filosofia) exigindo uma especificidade própria que, neste momento, pode ser assumida na postura de Dworkin como uma empresa coerentemente organizada que exerce o seu poder de coação legitimada num conjunto de princípios. É na necessária consideração de tais princípios que o dever de integridade é satisfeito e que a interpretação do Direito mostra a sua particularidade.

⁴⁵⁹ STRECK, *Verdade e Consenso*, 2. ed., op. cit., p. 181.

⁴⁶⁰ Situação que surge, por exemplo, quando se utiliza de ementas jurisprudências como fundamento da decisão sem o devido cuidado de analisar a sua íntegra. Assim, as decisões que serviram de precedente para a edição da Súmula Vinculante nº 11 pelo Supremo Tribunal Federal não contemplam o mesmo contexto da decisão que provocou a edição da súmula – HC 91.952. Pior, é que sem uma postura hermenêutica responsável, o enunciado da Súmula Vinculante envia a uma compreensão abstrata e niveladora, impossibilitando a utilização de algemas em prisões. Todavia, os casos concretos tidos como paradigmáticos nos remetem a um contexto de univocidade. Quer dizer, os casos concretos analisados pelo Supremo Tribunal Federal contextualizam que a utilização de algemas analisada se deu em réu preso durante todo o seu julgamento, e não na possibilidade (ou não) de serem utilizadas algemas para a prisão de acusados. Imagine-se o risco de não manter o réu perigoso algemado após uma prisão em flagrante, por exemplo. É nesse momento que o caráter ôntico dos fenômenos encobre as suas condições ontológicas. Dizendo de outra forma, a estrutura hermenêutica que dá a compreensão é escondida, esquecida, e, por algumas vezes, corrompida.

⁴⁶¹ Converte aqui a preocupação de Dworkin quando afirma que as posturas positivistas fincadas sobre ilusões metafísicas fariam com que o juiz perdesse o interesse pela legislação e precedente – leia-se, também, tradição jurídica – quando a extensão explícita dele se tornasse deveras conhecido. Esquece-se a condição fenomenológica do conhecer, do movimento de velamento/desvelamento da coisa em si mesma. Seria possível afirmar, com isso, que o direito não existe, e, portanto, não haveria qualquer necessidade de coerência com o passado. A partir de então, o intérprete estaria autorizado a elaborar o novo direito, indagando-se como a lei seria estabelecida pelo legislador ou que interesse representa a vontade popular. Cf. DWORKIN, *O império do direito*, op. cit., p. 159.

4 CRÍTICA HERMENÊUTICA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY E DE SUA RECEPÇÃO PELO SENSO COMUM TEÓRICO BRASILEIRO

4.1 A CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO DE ROBERT ALEXY E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM A NOVA CRÍTICA DO DIREITO

Uma das questões que encontra o seu suporte no senso comum teórico dos juristas, principalmente na doutrina, é a concepção da norma jurídica como uma categoria das quais as espécies regras e princípios derivariam. Essa classificação possui diversas consequências na teoria do direito, sendo possível apontar, pelo menos, que a consideração dos princípios como normas ideais ao passo que as regras seriam normas reais, deixaria de considerar a sua derivação da condição prática no direito ou, como refere Streck, o espaço do direito no mundo prático.

A concepção de princípio que vem sendo tratada pela Hermenêutica Filosófica difere substancialmente daquilo que o senso comum teórico do direito reconhece como princípio. A distinção estaria no fato de que para o senso comum os princípios acabam sendo reduzidos a velhas noções positivistas como noções gerais, guias epistemológicos ou pragmáticos, dissociando-os da prática. Entretanto, assumindo a sua concepção prática, a Hermenêutica Filosófica procura reconhecer aos princípios a possibilidade de transformação da atividade jurisdicional, dotando-lhes, inexoravelmente, de uma condição prática, conforme esclarece Oliveira.⁴⁶²

Apesar de Alexy situar-se como um teórico que propõe a conceituação dos princípios como elementos que abririam o direito mediante a prática jurisdicional, a sua noção acaba por se vincular a uma concepção idealizada de princípio e, como sua principal consequência, dissociada do mundo prático. Isso porque, tomando-se os princípios como mandamentos de otimização seria imposto ao intérprete a sua concretização somente mediante esquemas de sopesamento, no qual um princípio nunca poderia ser aplicado se não fosse transformado numa regra. A regra de precedência condicionada. Até que o princípio seja operado pelo intérprete – veja-se a carga de arbitrariedade e subjetivismo delegado ao intérprete –, ele é considerado por Alexy como uma noção indeterminada,⁴⁶³ que se situaria num mundo ideal. Assim, com Alexy a passagem do mundo ideal para o

⁴⁶² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 45-64.

⁴⁶³ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 139.

mundo real⁴⁶⁴ abriria um espaço⁴⁶⁵ para que o intérprete preenchesse o conteúdo dos princípios com as mais variadas coisas. Fica claro, assim, que o intérprete, neste caso, o juiz, seria o responsável por estabelecer as regras para que os princípios fossem aplicados. Na verdade, parece que Alexy acaba transformando os princípios em regras. Isso pode ser afirmado sustentando-se na seguinte condição apontada pelo autor: os princípios deveriam ser colocados na fórmula de precedência, transformados em regras e aplicados pelo método da subsunção.

Na verdade, o direito se resumiria à subsunção, sendo a ponderação um ato preparatório para o processo de dedução. Parece que não haveria o rompimento com o velho esquema de fixar premissas e uma síntese necessária entre elas, mediante esquemas lógicos na aplicação do direito. Partindo dessa constatação, não seria possível falar mais em concretização de direitos, mas tão somente, em sua subsunção, pois esta implica uma limitação lógico-racional já superada pelos novos paradigmas filosóficos que apontam para a intersubjetividade.

Ao taxar os princípios de idealidade, Alexy ignora toda a revolução constitucional que estabeleceu as constituições como centro de validade do direito, nas quais a legitimidade do sistema se mantém suportada pelo acolhimento dos Direitos Fundamentais, normas de limitação do poder político e o exercício do poder contramajoritário pela jurisdição constitucional. A marca do neoconstitucionalismo não pode ser apenas a possibilidade de escolha de princípios ideais que representam dois lugares na discussão para soluções de casos concretos, mas reclama a aproximação dos textos constitucionais pós-segunda guerra entre a sociedade e o direito.

Pode-se dizer, assim, em contraposição a Alexy, que os princípios são marcados por uma condição deontológica, superficialmente taxada por sua idealidade, mas também são conhecidos como formadores da sociedade, quando representam valores éticos e morais incorporados à Constituição. Esses valores éticos e morais foram formados na sociedade e, pela sua importância, como condições mínimas que se poderiam esperar nas relações sociais, passaram a integrar a Constituição. Por isso, não se pode admitir mais

⁴⁶⁴ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 139.

⁴⁶⁵ Cf. Id., *Ibid.*, p. 139: “Mas mais importante que a referência a essa diversidade é a constatação acerca de sua indeterminação. No espaçoso mundo dos princípios já lugar para muita coisa. Esse mundo pode ser chamado de um mundo do dever-ser ideal. Colisões ou, para empregar algumas expressões frequentemente utilizadas, tensões, conflitos e antinomias surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real.”

afirmações de que princípios integrem um mundo ideal, a menos que se reconheça o vínculo de tal concepção com a influência positivista apoiada no modelo de regras que sempre atribuiu aos princípios uma condição meramente pragmática.

Opondo-se a essa concepção rasa dos princípios, Streck refere que a marca deles é reclamar o mundo prático para o direito, fazendo com que esse desafio acabe esbarrando em problemas teóricos próprios – como teoria das fontes, normas e interpretação – pelo fato de não se saber lidar com essa novidade, fato este, inclusive, que se limita a transformá-los (os princípios) em sistema. Essa seria a principal característica da postura positivista, pois, ao não conseguir lidar com o desafio do mundo prático, acaba por reduzi-lo ao sistema, fazendo de princípios, regras e de concretização, subsunção. O problema poderia ser sintetizado da seguinte forma: o mundo prático perde a sua condição concreta, pragmática, sendo transformado em abstrações próprias do sistema.⁴⁶⁶

Quando Alexy maneja o tipo de argumento como o de que os princípios estariam localizados num mundo ideal, retira-os do mundo real. Ao contrário do que pensa o autor, a Nova Crítica do Direito reconhece que os princípios estão no mundo (“real”, como se houvesse outro!), sendo eles compartilhados na vivência comunitária. Nesse ponto de sua abordagem, Alexy sucumbe à Hermenêutica Filosófica.

Procurando ir mais adiante, poderia surgir a seguinte pergunta: que relações jurídicas se sustentariam hoje sem princípios? O diagnóstico fulminante parece ser que Alexy, apesar de produzir vários tipos de cisões estruturais para estabelecer a natureza dos princípios, acaba por tratá-los da mesma maneira que as regras. As regras sempre foram consideradas como o engessamento do direito, colocando-o num mundo virtual, completamente dissociado de outras perspectivas do fenômeno jurídico. Vale aqui, novamente, referir a Teoria Pura do Direito de Kelsen. As normas jurídicas mostraram a sua deficiência quando foram pensadas isoladamente, e a solução para isso foi buscar, nos princípios, a revolução. A hermenêutica tomou o “regime jurídico” quando conseguiu demonstrar que os princípios superam as regras, proporcionando uma conexão ontológica entre direito, moral e ética.

Com isso, não se quer dizer que os princípios permitem que razões morais e éticas passem de um lugar externo para serem utilizadas no direito, mas que razões morais e

⁴⁶⁶ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, 2. ed., op. cit., p. 178. (grifado).

éticas já são consideradas no direito, consistindo em elementos da sua autonomia.⁴⁶⁷ O que não se pode conceber é que o direito seja dissociado do mundo prático, pois, afinal de contas, o direito faz parte da vida, sendo, por excelência, um modo prático de ser no mundo.

A revolução provocada pelos princípios implica no enfrentamento de novos desafios. Um deles seria lidar com a concepção de que os direitos abrem a interpretação. Na verdade, com base na Nova Crítica do Direito, a interpretação sempre é aberta num âmbito de antecipação de sentido que marca o ser-no-mundo. Por isso, a abertura não seria qualidade exclusiva dos princípios, mas também das regras que, no constante enfrentamento dos problemas concretos, reclamam a sua interpretação. Quando se procura interpretar, seja a aplicação de regras ou princípios, já se parte de pré-compreensões. Vale ressaltar que a Nova Crítica do Direito foge dos chavões teóricos como “os princípios abrem a interpretação!”. Os princípios ao mesmo tempo que abrem, fecham a interpretação. Como isso é possível? Ora, a abertura é a possibilidade de sentido. Não a abertura pensada analiticamente por muitos autores, fincados no esquema sujeito-objeto. Mas uma abertura ontológica. Uma clareira que permite ao intérprete captar o acontecimento do sentido, apropriando-se dele na sua interpretação do direito.

Vale referir o pioneirismo na teoria do direito brasileiro da Nova Crítica do Direito ao pensar o direito na revolução linguística-ontológica (*ontologische Wendung*) do Século XX. A mudança de concepção provoca uma enxurrada de linguagem no direito. Faz com que o direito não seja um simples produto epistemológico que, costumeiramente, agrega uma mistura incompreensível dos paradigmas metafísicos platônico-aristotélico, cartesiano-criticista, nos quais a *adequatio intellectus et rei* não mais se sustenta, pois não dá conta da complexidade das questões jurídicas.

Por isso, tanto se postula uma mudança de perspectiva. Ela implicaria reconhecer, por exemplo, que os princípios não podem ser pensados sem as regras. As regras são importantes porque, de certa forma, já organizam a relação entre os princípios.⁴⁶⁸ Nessa

⁴⁶⁷ Vale aqui lembrar da condição co-originária entre direito e moral sustentada por Habermas. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 254.

⁴⁶⁸ Cf. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 121: “Na verdade, uma das minhas razões foi exatamente mostrar quão costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso – que toma essa forma – entre princípios concorrentes e como esse ponto pode perder-se ou submergir, quando falamos muito imprecisamente sobre como as regras conflitam com princípios.”

questão, o pensamento de Alexy se aproxima muito com o que Dworkin sustentou, e com aquilo que a Nova Crítica no Direito vem afirmando.

O problema é que na analiticidade considera-se, muitas vezes, que as regras são aplicadas mediante esquemas próprios de subsunção de premissas gerais aos fatos concretos, relegando à interpretação uma condição secundária ignorada pela ciência. Entretanto, para a Nova Crítica do Direito, até as chamadas subsunções – método de nítida influência da ciência moderna – demandam interpretação, visto que o sentido não pode ser dominado por um esquema científico normativo. Mesmo nos chamados casos de subsunção, a tarefa do jurista – intérprete – é de concretizar a lei em cada caso, conforme Gadamer, o intérprete sempre estaria aplicando. O que marca, assim, a interpretação é a *applicatio*.⁴⁶⁹

Isso porque o texto – como uma regra jurídica, uma premissa maior à subsunção – não contém, em si mesmo, o sentido. Não existe por si mesma, mas tão somente interpretada, eis que a significação somente é obtida no contexto conjuntural em que a palavra foi empregada.⁴⁷⁰ É por esse motivo que alerta Streck que as regras não se sustentam numa suficiência ôntica. Isto é, elas não possuem o seu sentido independente da condição ontológica que é a sua condição de possibilidade.⁴⁷¹ Por isso, antes mesmo de uma tentativa de subsumir-deduzir o sentido das regras, algo se antecipa. Este algo é a compreensão. E na compreensão, como condição ontológica-existencial, os princípios já se fazem presentes.

Assim, a relação entre regras e princípios, assumida pelo senso comum como uma cisão estrutural, implicaria um reconhecimento da unidade e da diferença. Isso porque ambas as espécies normativas estão envolvidas pelo mesmo meio, quer dizer, pela linguagem, como condição de possibilidade do seu sentido. Ao contrário do que acredita Alexy, a diferença entre regras e princípios não se situa na sua condição estrutural-analítica, mas ontológica. É a diferença ontológica. É ela que permite reconhecer o sentido do direito entificado semanticamente numa regra, mas, indissociável da sua condição existencial-ontológica. Seria esta diferença a condição de possibilidade da relação entre

⁴⁶⁹ Cf. GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 432.

⁴⁷⁰ Cf. BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992, p. 173.

⁴⁷¹ STRECK, *Verdade e Consenso*, 2. ed., op. cit., p. 178. (grifado).

direito (positivado mediante a lei ou a jurisprudência) e mundo prático, como produtos de uma vivência concreta.

A diferença ontológica permite compreender os princípios como algo mais originário que conceitos vazios e abstratos, passíveis de serem preenchidos com os variados conteúdos significativos. Ora, essa afirmação é feita porque quando se sopesa é possível encher os princípios com o conteúdo desejado. Mas, o conteúdo dos princípios não pode ser livremente preenchido pelo intérprete, isto porque eles envolvem questões que ultrapassam uma decisão individual, marcando uma determinada decisão fundamental coletiva. Ao tomar-se essa decisão fundamental, os princípios começam a ganhar ares de institucionalização toda vez que as decisões posteriores no sistema jurídico se rendem ao seu conteúdo. Os princípios, ao serem reconhecidos como de-ontológicos, implicam na assunção da sua força normativa. Força essa não idealizada, mas institucionalizada. Nas palavras de Streck, a “*institucionalização de um princípio demanda a constituição de uma tradição.*”⁴⁷² É possível decompor etimologicamente a expressão “de-ontológica”, apontando, a partir daí, duas direções. A primeira delas é a força deontica dos princípios, devendo considerá-los como um imperativo do dever-ser, uma normatividade forjada no mundo prático que não pode ter a sua força gradualmente controlada mediante ponderações.⁴⁷³ A segunda, condição ontológica, direciona a compreensão jurídica porque condiciona as pré-compreensões sobre a norma jurídica, permitindo que a interpretação do padrão de conduta esteja sempre em referência à tradição, há uma institucionalização ontológica-existencial.

Isso porque o conteúdo dos princípios não é preenchido pelo intérprete, mas tão somente compreendido por ele, eis que, desde-já-sempre, é determinado pela sua condição ontológica-existencial. O intérprete como ser-no-mundo se compreende, compreendendo os princípios que marcam a sua condição ontológica hermenêutica. Assim, os princípios passam a ser considerados como determinadas virtudes⁴⁷⁴ de um sistema jurídico, fazendo com que o intérprete do direito compreenda o papel de tais virtudes num sistema jurídico

⁴⁷² STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 530. (grifado).

⁴⁷³ Lembre-se nesse momento da crítica que Habermas faz a Alexy quanto à perda da força deontológica dos princípios se concebidos como mandamentos de otimização. Cf. HABERMAS, *Direito e democracia*, op. cit., p. 258.

⁴⁷⁴ STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 540. Streck vai dizer que o princípio acabaria por transcender o texto tomando forma no mundo prático, e mais, que o princípio representaria um condicionamento deontológico determinado pelo todo da experiência jurídica, oferecendo, assim, a legitimidade da normatividade instituída. Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 537.

democrático. Como explica Streck, os princípios tomados como virtudes devem estar presentes em todas as interpretações, pois eles permitem a filtragem constitucional do sistema.

Cai por terra, também, para a Hermenêutica Filosófica, a distinção estrutural entre princípios e regras. Impõe, aqui, a partir da Nova Crítica do Direito, dizer que o esquema causal das regras não comporta a compreensão do padrão normativo sem o auxílio dos princípios, compreensão que se passa a ter do direito numa integração entre o pensamento de Dworkin com a Hermenêutica Filosófica. Aliás, a interlocução teórica com Dworkin é feita por Streck, ao procurar consolidar uma teoria do direito que dê conta do desafio neoconstitucionalista que reconhece a força normativa dos princípios consagrados pelo sistema jurídico, sem, no entanto, desqualificar as regras.

A regra possui uma característica própria que seria a sua suficiência ôntica. O que isto quer dizer? Que aquilo que a teoria do direito vem concebendo como regra permite que a onticidade da compreensão do seu padrão normativo não dê espaço para a pergunta sobre o seu suporte ontológico. Nessa condição ôntica, o sentido da regra sempre remete a um contexto significativo - ontológico existencial – que não deixa dúvida quanto a sua aplicação, todavia, nem sempre percebido, pois não se faz perceptível ao encobrir-se pela claridade significativa proporcionada pela regra.

Entretanto, essa proposta formulada por Streck não consegue ser compreendida sem que se promovam rupturas, principalmente, colocando em cheque um porto seguro do positivismo jurídico, como a delegação de um poder discricionário ao intérprete. Os princípios podem provocar a revolução – *princípio turn*⁴⁷⁵ - desvelando o sentido e exaltando a sua importância à concretização dos Direitos Fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito. Talvez uma das suas inspirações teria sido a indicação dada por Dworkin de que os princípios acabam por suportar as regras, aspirando-lhes validade, tanto que, se um conjunto de princípios justificar a mudança da regra, ela deverá ser modificada.⁴⁷⁶ Streck vai dizer que os princípios acabam por institucionalizar o mundo prático no direito, na medida em que somente através de tal institucionalização se pode pensar em Estado Democrático de Direito.⁴⁷⁷ Faria parte do Estado Democrático de

⁴⁷⁵ A expressão é utilizada por Streck para demonstrar a necessária virada paradigmática na concepção dos princípios. Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 539.

⁴⁷⁶ Cf. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 61.

⁴⁷⁷ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 539-540.

Direito, por exemplo, esperar-se um conjunto de virtudes, estas compartilhadas como necessárias por uma determinada comunidade, que implicariam um compromisso político e democrático com a institucionalização de padrões reconhecidamente obrigatórios. Por isso, Streck vai dizer que “*os princípios não existem sem a historicidade do direito.*”⁴⁷⁸ Quer dizer, os princípios implicam uma comunidade de padrões e superam simplesmente um plano ôntico, marcando uma dimensão ontológica existencial. A comunidade jurídica democrática somente existe, porque está fundada num conjunto de princípios necessários à sua existência, como representantes de um determinado modo-de-ser. Isso fica claro quando Streck pergunta se seria possível imaginar uma Constituição legítima que não contemplasse o princípio da legalidade ou o devido processo legal e, até mesmo, deixasse de prever as garantias processuais constitucionais historicamente construídas.⁴⁷⁹ Esses princípios, ou melhor, essa condição ontológica-existencial, é que dá suporte ao Estado Democrático de Direito.

Por isso, cogita-se que a noção que Alexy tem de princípio como um valor, realizado gradualmente, é incompatível com aquilo que pensa a Nova Crítica do Direito, porque esta reconhece a dimensão ontológica-existencial do princípio, notadamente como um padrão normativo constringente, pensado pela Hermenêutica Filosófica.

A exemplo disso, para Alexy, a concretude de um princípio passa por um esquema de subsunção que organiza a relação entre princípios colidentes. O autor vai falar em colisão de princípios que devem obedecer à ordem de uma lei de precedência condicionada. Em outras palavras, a aplicação de um princípio parece depender da existência de um princípio contrário, para formar a colisão, tendo como seu momento ápice a transformação da relação dos princípios numa regra.

O problema apresenta-se à medida que a regra que conduz a relação entre os princípios é produzida pelo intérprete, integrando as suas convicções morais no direito mediante um procedimento pré-estabelecido que dotaria o ato como racional. Apesar de Alexy dizer que o direito, ou melhor, a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral (moral), no fim, parece que os problemas jurídicos – pelo menos, os mais difíceis – acabariam recorrendo a uma complementação mediante as convicções morais do intérprete, como uma pretensão de correção. Quando o direito se

⁴⁷⁸ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 537.

⁴⁷⁹ Id., Ibid., p. 540.

esgotasse admitir-se-ia o recurso da moral do intérprete,⁴⁸⁰ reproduzindo a hipótese de discricionariedade judicial no sentido forte, aos moldes de Hart.

E o que mais seria essa liberdade do intérprete ao recorrer as suas convicções morais do que uma postura cética e pragmática? E, aliás, ela estaria legitimada por um procedimento, produto de uma convenção. Tal questão lembra aquilo que Dworkin objetou contra o pragmatismo como uma concepção pós-interpretativa do direito,⁴⁸¹ na qual o juiz teria a liberdade de decidir desvinculado de uma coerência com as decisões do passado, justificando a sua decisão tão somente na sua concepção de justiça, questão parecida quando a pretensão de correção de Alexy é justificada no direito mediante um canal procedimental em que as convicções morais pessoais ganham validade jurídica.⁴⁸²

Novamente, os avanços da virada ontológica não permitem esse tipo de postura. O intérprete, como ser-no-mundo, está desde sempre preso na sua facticidade e historicidade. Essas condições marcam a sua participação numa dada tradição (jurídica) e impedem que os seus juízos sobre o sentido das coisas se deem separados ou descolados do seu mundo.

Como os princípios, na concepção da Hermenêutica Filosófica, marcam o modo de ser (do-direito) no mundo pela sua condição ontológica existencial, permitem que, na compreensão conjuntural dos padrões de conduta, seja possível reconhecer o padrão correto sem recorrer a uma moral externa.

Ao invés do recurso a uma moral externa, “apela-se” à moralidade pública,⁴⁸³ aos padrões de conduta marcados na tradição (jurídica) que podem justificar o uso da coerção pelo direito sem reconhecer a atividade criativa – pragmática – do intérprete. Portanto, nesta quadra da história, a concepção de princípios como um conjunto de normas que estão inscritos na tradição do Estado Democrático de Direito inovam por negar a possibilidade de uma discricionariedade judicial típica do positivismo jurídico combatido, sem, no entanto, deixar de reconhecer o seu poder de concretização dos Direitos Fundamentais.

Parece, portanto, que o pensamento de Robert Alexy na formulação dos princípios jurídicos não consegue se afastar daquilo que sempre orientou o positivismo jurídico – mundo das regras – que é a discricionariedade judicial como seu ponto final. Para tanto,

⁴⁸⁰ ALEXY, La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho, op. cit., p. 68.

⁴⁸¹ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 170 e sgs.

⁴⁸² Id., *Ibid.*, p. 185.

⁴⁸³ As aspas foram empregadas tão somente para chamar atenção quanto à indisponibilidade do apelo à moralidade pública – no conjunto de padrões que determinam uma dada comunidade –, marcando ontologicamente o intérprete de tal forma que não seria possível deixar de apelar a ela.

pode-se notar a tentativa de estabelecer metodologias próprias para resolver essa questão que, no final, acabam por recorrer a dicotomias (im)próprias que cindem o mundo, de maneira metafísica, como no esquema sujeito-objeto, questão esta que será abordada na próxima secção.

4.2 CASOS FÁCEIS E DIFÍCEIS, REGRAS E PRINCÍPIOS: A (IM)POSSIBILIDADE DE DIVISÃO METODOLÓGICA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

A hermenêutica jurídica, refém do senso comum teórico, tem sucumbido à ideia de que os princípios jurídicos teriam a sua forma de aplicação mediante ponderações, notadamente, influenciada pela concepção de princípio de Robert Alexy. Essa opção metodológica se finca numa diferenciação estrutural da norma jurídica entre regras e princípios, reservando a cada uma dessas espécies normativas a metodologia própria de aplicação.

Na base dessa diferenciação metodológica, reside a classificação do mundo (jurídico) em duas partes. Parte do mundo seria contemplado por regras, onde o seu esquema causal daria conta dos desafios previstos pelo legislador. Nesses casos, os mais fáceis, seriam resolvidos pelo simples método da subsunção. A outra parte do mundo, no entanto, seria aquela do desconhecido, do imprevisto, do estranho, onde o sentido necessitaria de um complemento hermenêutico, recorrendo-se aos princípios jurídicos como normas ideais que gradualmente poderiam ser adaptados aos desafios do mundo real. Esses casos mais difíceis, acabariam por liberar o intérprete para determinar a norma aplicável mediante o método da ponderação.

Contudo, a partir da Nova Crítica do Direito, torna-se difícil sustentar uma dicotomia estrutural na aplicação entre regras e princípios, principalmente, considerando a revolução ontológica proporcionada pela Hermenêutica Filosófica, na qual o sentido é constituído mediante uma unidade compreensiva, existencial e ontológica, cuja antecipação se dá independentemente da escolha de uma forma específica de aplicação.

Sinteticamente, pela unidade de sentido determinada pela compreensão - tomando isso como possibilidade do sentido das coisas no mundo -, torna-se inócuo querer separar a forma de aplicação do direito, de tal maneira que as regras deveriam ser subsumidas, enquanto que os princípios responderiam à ponderação.

Veja-se a concepção dos princípios como mandamentos a serem otimizáveis de um lado e o mundo prático de outro – onde as possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto estão presentes – implicam na divisão do mundo em duas partes, condição típica de uma postura metafísica que ainda não conseguiu se desvencilhar do esquema sujeito-objeto de compreensão do mundo.⁴⁸⁴

Se aquilo que é conhecido no mundo é dividido em duas partes, seria possível o sujeito conhecê-lo? A resposta a esta questão surge a partir do paradigma da ciência moderna e da eleição do método como certificador do conhecimento científico.

Acontece que o método utilizado pela ciência moderna e importado para as ciências do espírito não resolve sozinho o problema da aplicação das normas. Aliás, a questão é que o método encobre um dos elementos que determina a interpretação, qual seja, o sujeito que compreende. E, por sua vez, o próprio fenômeno ontológico da compreensão.⁴⁸⁵ Pelo método, sempre se pretendeu preestabelecer um caminho a ser utilizado pelo cientista, garantindo antecipadamente o resultado, sem qualquer corrupção subjetiva.⁴⁸⁶ Entretanto, o seu efeito é o contrário. Com o método, acaba-se esquecendo do intérprete como um dos pontos de apoio do sentido – tendo como segundo ponto a coisa. Gadamer pode ser considerado o principal crítico do método utilizado pela ciência moderna. Isso porque a experiência hermenêutica, própria do sentido, não pode desconsiderar a participação do intérprete e da sua condição histórica na interpretação.

Essa divisão metódica da hermenêutica jurídica é uma das principais características apresentadas pela doutrina brasileira que recepcionou a discussão sobre as normas de Direitos Fundamentais, principalmente, a incorporação dos princípios jurídicos como fonte imediata do direito. É nesse sentido que Streck vai dizer que “no âmbito da dogmática jurídica, os métodos interpretativos ou técnicas de interpretação são definidos como instrumentos/mecanismos rigorosos, eficientes e necessários para o alcance do conhecimento científico do direito.”⁴⁸⁷ Em poucas palavras, o método – ponderação – garantiria a cientificidade do resultado. Assim, a crítica que é feita à teoria de Alexy vaza

⁴⁸⁴ Cf. STEIN, *Exercícios de fenomenologia*, op. cit., p. 141: “Os motivos profundos pelos quais a metafísica define, assim, por meio da apresentação de um ente, o conceito de ser de cada ente, se enraízam na marca essencial da metafísica, o dualismo, que consiste na separação de dois mundos e na introdução da relação sujeito-objeto. Ela não é capaz de pensar a manifestação do todo a não ser com o surgimento de um conceito de ente que o explique.”

⁴⁸⁵ Cf. GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 16.

⁴⁸⁶ Cf. HEIDEGGER, Martin. *Que é uma coisa?* Doutrina de Kant dos princípios transcendentais. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 105.

⁴⁸⁷ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica (e)m crise*, op. cit., p. 106.

ao senso comum teórico brasileiro, repercutindo da reflexão desses juristas, como se passará a apresentar.

Steinmetz é um dos juristas que acolheu a teoria do Alexy, procurando dar-lhe vigência no Brasil e, conseqüentemente, acabou por assumir as dicotomias próprias já anunciadas como consequência da integração de normas de Direitos Fundamentais no sistema jurídico. Entende o autor que os direitos colidem porque não estão determinados uma vez por todas,⁴⁸⁸ fazendo com que sua concretização se dê de uma maneira móvel e aberta, variável de acordo com a contingência da vida social. Para fugir do perigo de uma ontologia clássica, assim como Alexy, defende o autor que as normas de Direito Fundamental, e os princípios de um modo geral, devem ser hierarquizados mediante as circunstâncias particulares do caso concreto.

Para o autor, a previsão de um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizado seria o maior responsável pela colisão de princípios, visto que a sua amplitude poderia cruzar direitos, situações perceptíveis *in concreto*.⁴⁸⁹

Difícilmente, quando se fala em ponderações, deixa-se de traçar a referida distinção entre os casos fáceis e difíceis. A exemplo disso, Steinmetz ao se movimentar na dicotomia casos fáceis e difíceis, configura os fáceis como aqueles que ocorrem em massa, nos quais as decisões se dão de forma mecânica ou quase mecânica. Continua o autor, “*na maioria das vezes, um simples enquadramento, uma simples subsunção, uma simples interpretação de disposições normativas são o suficiente para a decisão final.*”⁴⁹⁰ O mais surpreendente são os exemplos apresentados como caracteristicamente fáceis: aplicação de multa por infração de trânsito, retenção do Imposto de Renda de Pessoa Física, desconto da Contribuição Previdenciária, cobrança judicial de títulos de crédito, *maior parte das demandas trabalhistas*, ação de despejo por falta de pagamento de alugueis, execução de pensão alimentícia.⁴⁹¹ A crítica que a Hermenêutica Filosófica faz da distinção de casos fáceis e difíceis é ferrenha, conforme Oliveira, há “*impossibilidade de se determinar, aprioristicamente, se nos encontramos diante de um caso fácil ou de um caso difícil; ou se, no caso apresentado, estamos aplicando uma regra ou um princípio.*”⁴⁹²

⁴⁸⁸ STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*, op. cit., p. 63.

⁴⁸⁹ Id., Ibid., p. 63.

⁴⁹⁰ Id., Ibid., p. 67.

⁴⁹¹ Cf. Id., Ibid., p. 68.

⁴⁹² OLIVEIRA, *Decisão judicial e o conceito de princípio*, op. cit., p. 178.

Será que realmente nos casos fáceis não se faria necessário a interpretação, resolvendo-o como uma simples subsunção? Mostra-se, novamente, a difícil tarefa de se romper o paradigma que informa o positivismo jurídico.

Apesar da cisão entre casos fáceis e difíceis, vale dizer que Steinmetz acerta ao declarar que “*o contexto, as circunstâncias relevantes e a eleição das normas a serem aplicadas é que vão indicar se o caso é fácil ou difícil.*” A correção se dá, mesmo na imprópria cisão estrutural, pois o chamado “caso fácil” é compreendido já na sua suficiência ôntica diante das circunstâncias contextuais que permitem o intérprete compreendê-lo como fácil. Isso porque as pré-compreensões são confirmadas, não gerando nenhum tipo de estranhamento. Poderia dizer-se que o mesmo horizonte (hermenêutico) estaria sendo interpelado. Por que o caso é fácil? Porque o intérprete acaba de compreendê-lo de maneira clarividente, visto que a situação como um todo já é conhecida. A cotidianidade da situação permite que o intérprete simplesmente compreenda, sem perguntar por outra coisa. O caso difícil, noutra perspectiva, assim se configura até o momento em que se torne fácil, a exemplo de quando se pretende fazer um juízo sobre um caso antes não conhecido. É o estranhamento, a necessidade de fusão de horizontes, de mediação do sentido, de acordo com a Hermenêutica Filosófica de Gadamer. É necessário compreendê-lo, fator que coloca o intérprete diante da sua finitude.

Steinmetz, ao explorar a dicotomia dos casos, afirma que “embora sejam infinitamente menos frequentes que os rotineiros, em todos os ramos do direito há casos duvidosos. Surgem, de modo especial, no direito constitucional, por causa, entre outras coisas, da singularidade das normas constitucionais.”⁴⁹³ Aqui, o autor não apresenta a mesma coragem de arrolar alguns exemplos de casos difíceis, demonstrando que, já é difícil distinguir quando um caso é fácil ou difícil. É difícil conformar a distinção porque não é assim que se compreende as coisas. Ou se compreende, sendo familiar, ou não se compreende, tornado-se estranho. Mas o caráter estranho sempre é acessível através da mediação da pré-compreensão, assinalando para a estrutura de algo como algo. Quando se compreende já não fica mais a pergunta pelo que é ou como é. Mas simplesmente é. A compreensão é um dos existenciais que determina o modo-de-ser-no-mundo. É por esse modo-de-ser que se compreende as coisas.

⁴⁹³ Cf. STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*, op. cit., p. 69.

A divisão metodológica parece confundir muitos juristas hoje em dia. Colhe-se como exemplo o paradoxo em que se coloca Daniel Sarmiento. O autor, ao postular a constitucionalização do direito e a importância dos princípios constitucionais, acaba caindo na velha dicotomia, típica das posturas metafísicas, como a subsunção e ponderação.⁴⁹⁴ Isso porque quem acredita em subsunções autofundantes e ponderações estruturadas por *standards* abstratos parece ainda se mostrar refém da postura epistemológica da modernidade, sustentada sobre o esquema sujeito-objeto. O problema é que essa dicotomia vela uma deficiência hermenêutica na compreensão das normas jurídicas. O que fazer com a compreensão? Com a antecipação de sentido? Mesmo na “subsunção” como um método, o intérprete somente tem acesso ao sentido do silogismo partindo da tradição (jurídica) que o sustenta. É assim que o mais claro silogismo poderá não possuir sentido algum se não for possível compartilhar da tradição (conjuntura significativa) que lhe envolve. O texto (lei) e o caso concreto somente alcançarão o seu sentido de norma quando mediados pelo intérprete. A mediação (sentido) pelo jogo das pré-compreensões e compreensões, fusões de horizontes e da diferenciação ontológica são as condições de possibilidade do sentido (jurídico). Da mesma maneira, qualquer estrutura abstrata que pretenda reger a ponderação também bate com o envolvimento do intérprete no processo metodológico. É impossível controlar a compreensão, sendo o desafio do hermenauta reconhecer essa sua condição de finitude, tomando distância temporal e denunciados os efeitos da história sobre si.

Ainda, entre os juristas brasileiros existem aqueles que se utilizam da ponderação e proporcionalidade para analisar as restrições aos Direitos Fundamentais – diga-se de passagem, a maior tendência -, entretanto, acabam na latente dicotomia entre regra e princípio, como é o caso de Virgílio Afonso da Silva. Como as regras costumeiramente seriam dispostas na legislação infraconstitucional, seriam elas suscetíveis de provocar a indagação quanto à restrição dos Direitos Fundamentais.⁴⁹⁵ Aqui se colocaria uma relação em que os Direitos Fundamentais (e os princípios) expressam aquilo que é devido *prima face*, enquanto que as regras estipulam de que forma é devido. Esse dar forma poderia assumir o caráter de restrição ou limitação em correlação a uma condição *prima face* que

⁴⁹⁴ Cf. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 113-148.

⁴⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 141.

diz aquilo que é devido de forma expansiva e irrestrita. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva afirma que “em geral a aparente colisão entre um princípio e uma regra nada mais é que o resultado de um processo de restrição ao princípio, cuja expressão é a regra.”⁴⁹⁶

Essa condição poderia ser exemplificada no hipotético conflito entre a regra disposta na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança), art. 76, que estabelece a exigência de que as emissoras de TV, durante o horário reconhecido ao público infantil e juvenil, exibam programas que promovam o conhecimento informativo, artístico, educativo e cultura; poderia entrar em colisão com o princípio da liberdade de imprensa.⁴⁹⁷ O autor advoga, na verdade, que a regra estabelecida pelo Estatuto da Criança é suportada pelo princípio da proteção da criança e do adolescente que, ao colidir com o princípio da liberdade de imprensa, ganharia uma condição de precedência. Essa condição de precedência nada mais seria do que a ponderação feita pelo legislador entre os dois princípios, que ganharia a sua expressão na regra.⁴⁹⁸

Fala Virgílio Afonso da Silva que a relação entre a regra apresentada e o princípio, conflito hipoteticamente considerado, seria que “a regra impõe uma restrição à liberdade, não colidindo propriamente regra e princípio; a colisão ocorria antes, entre os dois princípios mencionados, cuja solução se expressaria na regra.”⁴⁹⁹ Essa concepção admitiria que as regras “legislativas” são os resultados de ponderações legislativas, expressadas em enunciados de regra, o que poderia fazer com que o juízo também “ponderasse” princípios para afastar a regra (princípio que suporta a regra, quando dá lugar na precedência diante de outro princípio) formulando, assim, outra regra de precedência. Parece que, aqui, estar-se-ia diante de duas regras de precedências de colisões entre princípios. Como que é possível resolver então? Mediante outras regras para soluções de antinomias? Corre-se o risco de, ao migrar-se à ponderação como método de solução dos conflitos entre princípios, acabar retornando aos velhos dogmas do positivismo jurídico que consideravam o direito um sistema de regras. É uma das características reconhecidas ao positivismo a desconsideração ou redução da importância dos princípios para o direito, igualando-os ontologicamente às regras.

⁴⁹⁶ SILVA, *Direitos fundamentais*, op. cit., p. 141.

⁴⁹⁷ Id., *Ibid.*, p. 141.

⁴⁹⁸ Id., *Ibid.*, p. 142.

⁴⁹⁹ Id., *Ibid.*, p. 142.

Além do modelo de restrição baseado em regras, existiria a possibilidade de restrição dos Direitos Fundamentais promovidos por princípios. Virgílio Afonso da Silva destaca que, materialmente, as restrições que sofreriam os Direitos Fundamentais seriam por causa de princípio, isso porque a tomada de posicionamento dos princípios como mandamentos de otimização implicaria a adoção de uma teoria do suporte fático amplo, e assim, como consequência da sua amplitude, provocaria sempre uma colisão entre princípios.⁵⁰⁰ Se materialmente a restrição dos Direitos Fundamentais é proporcionada por princípios, formalmente ela seria obra de regras inscritas na legislação infraconstitucional. Quando uma regra desse tipo não vem a disciplinar a relação de colisão entre princípios, ou melhor, quando o legislador deixa de ponderar determinada situação que envolveria a colisão de princípios, estaria o juiz legitimado para realizar a ponderação no caso concreto.⁵⁰¹ Sempre que o juiz tiver que ponderar para resolver a questão não disciplinada no caso concreto estará ele promovendo uma restrição aos Direitos Fundamentais através de princípios, fazendo prevalecer aquele que possui a maior importância.

Veja-se que a divisão entre regras e princípios não consegue dar conta do problema da concretização dos Direitos Fundamentais sem esquemas metodológicos superficiais que, no final das contas, colocariam o juiz como aquela pessoa legitimada para resolvê-lo. Mostra-se, assim, o velho recurso à discricionariedade feito pelo positivismo jurídico.

Na ânsia de um método interpretativo seguro, a própria proporcionalidade acaba servindo como um método que certifica a aplicação do direito. Nesse sentido, Virgílio Afonso Silva, ao considerar a proporcionalidade como uma regra, composta de sub-regras (adequação, necessidade e sentido estrito), reclama uma inter-relação entre elas que não dispensaria uma ordenação analítica pré-definida.⁵⁰² Quer dizer, existiria uma ordem na utilização das regras da proporcionalidade para alcançar o efeito reclamado de controle constitucional entre os meios e os fins.

Com isso, o autor quer dizer que a regra da proporcionalidade obriga que se siga uma ordem pré-determinada. Primeiro se deve constatar a adequação. Estando o teste da adequação presente, poder-se-ia falar em necessidade. De forma parecida, após verificada a necessidade, é que se poderia perscrutar a proporcionalidade em sentido estrito. Teriam as sub-regras da ponderação uma aplicação subsidiária, nem sempre necessitando a

⁵⁰⁰ SILVA, *Direitos fundamentais*, op. cit., p. 142.

⁵⁰¹ Id., *Ibid.*, p. 143.

⁵⁰² SILVA, *O proporcional e o razoável*, op. cit., p. 34.

verificação de todas elas.⁵⁰³ Veja-se que a forma como o autor expõe a aplicação da regra da proporcionalidade parece estruturar, efetivamente, o processo de ponderação. Em última análise, nessa concepção, a ponderação acaba sendo um método de interpretação.⁵⁰⁴

A orientação da ordem sucessória das sub-regras da proporcionalidade como exames da constitucionalidade das normas é um recurso interpretativo já utilizado pelo Supremo Tribunal Federal. Por ocasião da análise do Recurso Extraordinário nº 511.961,⁵⁰⁵ o Ministro Gilmar Mendes considerou o Artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/69, inconstitucional por violação à proporcionalidade. Diz o Ministro que a exigência de diploma de jornalismo para o exercício profissional não passaria pelo teste da adequação (*Geeisgnetheit*), não podendo considerar a formação profissional como um meio idôneo para evitar riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros. Assim, o dispositivo era desproporcional e, portanto, inconstitucional. Mas será realmente que na compreensão da inconstitucionalidade da norma o jurista já não teria antecipado um sentido da incoerência dela em apreciação com a tradição (jurídica)? Parece que sim! Pois

⁵⁰³ SILVA, O proporcional e o razoável, op. cit., p. 34.

⁵⁰⁴ Exemplo da função do sopesamento como (meta)critério, ou melhor, um método para definir as principais questões sobre os direitos fundamentais pode ser reconhecido na doutrina brasileira representada por Dimoulis e Martins, para os quais, seria possível reconhecer que uma intervenção é permitida quando responder ao seguinte teste que contém quatro perguntas, sendo elas: (1) quando o comportamento não se situar na área de proteção do direito fundamental ou quando a pessoa afetada não é titular daquele direito; (2) quando a intervenção representar uma concretização de um limite constitucional derivado do chamado direito constitucional de colisão; (3) sempre que a norma infraconstitucional restrigente esteja autorizada pela Constituição através da chamada reserva legal; e (4) quando dois direitos fundamentais ou um direito fundamental do indivíduo colide com um princípio de interesse geral em virtude da aplicação da legislação infraconstitucional. Entendem os autores que, apesar do direito fundamental estar protegido pela área de proteção do direito fundamental, haveria uma *tensão entre dois bens jurídicos constitucionais*. (grifado). Isto porque *a atividade legiferante infraconstitucional do Estado, ao perseguir a proteção de bens jurídicos constitucionais, acaba tendo que limitar o exercício de um direito fundamental*. Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 149-151. Parece, aqui, que os Direitos Fundamentais não terão nunca um núcleo essencial que lhe permita ser oposto ao Estado. Quase sempre será possível indicar num ato legiferante estatal a tentativa de preservar um bem jurídico colidente. Veja-se só, como exemplo privilegiado, aquele utilizado pelo autor onde o diretor de um presídio abre a correspondência dos detentos por razões de segurança pública. A questão já foi abordada pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 70.814-5/SP, efetivamente, permitindo a violação da correspondência do preso nas condições estritas permitidas pela Lei nº 7.210/84, Art. 41, mediante decisão motivada do diretor do estabelecimento. Não seria a simples possibilidade de colisão de um direito individual com um direito coletivo – interesse público-, mas a autorização legal estabelecida para tanto, estritamente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal e mediante ordem judicial. Quer dizer, não possuiria o diretor do estabelecimento prisional a liberdade de intervenção no direito fundamental de sigilo de correspondência a menos que recebesse autorização judicial, nas hipóteses previstas em lei. Não seria possível, como se poderia pensar, na hipótese do diretor sopesar os interesses e deliberar para intervenção no direito fundamental.

⁵⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Recurso Extraordinário nº 511.961/SP. Exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalismo. Rel. Min. Gilmar Mendes. Recorrente: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo – SERTEP e outros. Recorrido: União e outros. Brasília, 17-06-2009. DJe 13-11-2009.

o Ministro apresenta indícios disso quando passa a analisar a importância institucional da liberdade de expressão desenvolvida pela imprensa historicamente, inclusive, como sendo um dos pilares da transparência e publicidade necessária à democracia. Essa compreensão, certamente, não seria produto do método da ponderação, mas da consciência dos efeitos da história (importância da liberdade de imprensa para uma sociedade democrática) sobre a sua compreensão/interpretação, reconstruídos argumentativamente no seu voto.

Também sofrendo os influxos da divisão estrutural entre regras e princípios (e, portanto, de casos fáceis e difíceis), Ávila procura resolver esses problemas lançando mão de uma nova espécie normativa. Ao desenvolver a sua Teoria dos Princípios, o autor reclama a ideia de *postulado normativo* como um dever estrutural à aplicação do direito, isto é, “deveres que estabelecem a vinculação entre elementos e impõe determinada relação entre eles.”⁵⁰⁶ Os postulados, na concepção de Ávila, poderiam ser inespecíficos ou específicos. Os primeiros implicariam numa estruturação meramente formal na aplicação do direito, enquanto os segundos demandariam a assunção de critérios materiais orientadores da aplicação.⁵⁰⁷

A partir da classificação apresentada Ávila diz que a ponderação deve ser reconhecida como um postulado inespecífico, em que se atribuiria peso a determinados elementos que se entrelaçam, independente a uma referência substantiva,⁵⁰⁸ podendo ser eles bens jurídicos, interesses, valores ou princípios.⁵⁰⁹ Em razão da sua condição estrutural formal, a ponderação deveria ser orientada materialmente, com a inserção de critérios avaliativos, como por exemplo, na sua conjugação com o postulado específico da proporcionalidade, mediante a utilização de princípios constitucionais.⁵¹⁰ O resultado dessas classificações seria a possibilidade de envolver dois postulados (inespecífico e específico) para se ter uma ponderação intensamente estruturada.⁵¹¹

⁵⁰⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 93. Em outro trabalho, Ávila se concentra na investigação da igualdade como o postulado (metacritério), analiticamente superior, que estrutura a aplicação das demais normas jurídicas. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 134-135. Assim, parece que a igualdade surgiria como um teste aplicado pelo sujeito ao seu objeto de investigação, para reconhecer a validade do resultado. Isso exemplificaria porque as cisões acabariam por retomar o esquema sujeito-objeto como o modelo epistemológico a ser seguido pelo direito.

⁵⁰⁷ Id., *Ibid.*, p. 93-94.

⁵⁰⁸ Id., *Ibid.*, p. 94.

⁵⁰⁹ ÁVILA, *Teoria dos princípios*, op. cit., p. 95.

⁵¹⁰ Id., *Ibid.*, p. 94-95.

⁵¹¹ Como refere o autor uma ponderação intensamente estruturada, além de envolver os postulados específicos, a exemplo da proporcionalidade, deveria contemplar as seguintes etapas: (1) preparação da ponderação (*Abwägungsvorbereitung*): analisar extensamente os elementos e argumentos envolvidos,

O aparente problema no desenvolvimento de postulados normativos, de acordo com Ávila, é o seu enraizamento no modelo científico moderno que estabelece previamente regras ou métodos para certificar a interpretação. Seria um recurso a uma metalinguagem, ou melhor, a uma metanorma. A pergunta a Ávila seria: os postulados são regras (métodos) para estruturar a aplicação dos princípios? Considerando os indícios apresentados pelo autor, parece que sim. O primeiro grande indício seria a própria concepção de postulado normativo como uma forma de estruturar os elementos e as relações entre eles – ou seja, a relação entre princípios colidentes. Isso implicaria esquecer que o método não consegue segurar a compreensão que se tem sobre as coisas. É impossível regar a interpretação senão mediante a tentativa constante de perguntar pelos seus pressupostos, para que, mediante tal ato, procure-se denunciar os efeitos da história sobre o intérprete. Ou seja, reconhecer que em todo o objeto de análise está implicado, necessariamente, o intérprete e a sua condição historial, a sua tradição, as suas pré-compreensões.

Quando Gadamer fincou as bases da sua hermenêutica da ideia de *applicatio*, ponto de estofo do círculo hermenêutico, impôs à hermenêutica jurídica uma desconstrução aos métodos de interpretação clássicos como regras que orientavam o sentido jurídico. A compreensão do direito no caso concreto aparece como fenômeno impossível de ser regado ou orientado por etapas mecânicas de interpretação. A *applicatio* implica, inexoravelmente, a mediação do interprete no jogo entre as pré-compreensões diante de cada aplicação do direito. A confirmação ou não das pré-compreensões somente será admitida se for possível migrar para uma postura fenomenológica hermenêutica, reconhecendo a finitude do intérprete diante de uma história que está sempre determinando a sua compreensão das coisas.

A proporcionalidade, tomada no seu sentido de equivalência à ponderação, vem sendo estudada pela doutrina brasileira como uma forma de determinar a modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

indicando quais que são os objetos a serem sopesados (ponderados), como condição derivativa da necessária fundamentação das decisões judiciais; (2) realização da ponderação (*Abwägung*): em que se irá fundamentar a relação estruturada entre os elementos ponderados, e, no caso de serem princípios, indicar a relação de primazia de um sobre outro; (3) reconstrução da ponderação (*Rekonstruktion der Abwägung*): formular-se-ia regras de precedência, com a pretensão de validade universal. Cf. ÁVILA, *Teoria dos princípios*, op. cit., p. 96. Vale referir, ainda, que a idéia de postulados normativos vem ganhando visibilidade na jurisdição constitucional brasileira, principalmente, sendo utilizado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, como se pode referenciar o voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-0/DF que, expressamente, reconheceu a condição de metanormas dos postulados normativos.

Abordando essa perspectiva, Ana Paula Ávila assume como pressuposto a tese de que os Direitos Fundamentais teriam que ter o seu conceito alargado, reconhecendo-lhes a sua condição de princípio e, como tal, deveriam ser caracterizados como valores, tendentes à colisão. Essa condição levaria à necessidade de ponderação para determinação de uma prevalência de um princípio (valor, bem) sobre outro.⁵¹² A ponderação seria a forma de colocar os bens constitucionais em relação, sendo, inclusive, possível descobri-los por trás das normas aplicadas nos casos analisados. Quer dizer, toda norma possibilitaria a sua vinculação a princípios constitucionais e, ao identificá-los, relacioná-los a valores constitucionais que deveriam ser ponderados.⁵¹³

Parece que a autora vem a seguir a linha já pretendida por Sarmiento quando, ao analisar o mesmo assunto, entende que os efeitos da nulidade de uma lei ao serem apreciados pelo Supremo Tribunal Federal implicaria uma ponderação de interesses,⁵¹⁴ situando-se na balança, de um lado, o princípio implícito da nulidade da lei inconstitucional e, do outro, o interesse de uma segurança jurídica. Assim, quando os efeitos temporais do controle da constitucionalidade pudessem sacrificar outros bens jurídicos constitucionais, abrir-se-ia a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal ponderasse interesses, entretanto, com parcimônia e moderação desta sua *faculdade*.⁵¹⁵

Quer dizer, no final das contas, impera o paradigma positivista de delegação ao julgador do poder de decisão. Poder-se-ia dizer que o julgador está lá para isso, para decidir! Certamente, esta concepção remonta o pensamento de discricionariedade como um ato de vontade – Kelsen – ou como um modelo forte – idealizado por Hart. O julgador está lá para isso, mas essa condição não isentaria a existência de uma dogmática jurídica forte, que deveria ser diferenciada por uma postura propositiva e não meramente reprodutiva.⁵¹⁶ Aliás, essa condição não se resume ao senso comum teórico brasileiro, pois, como se pode verificar, Alexy desenvolve as suas teorias com base nas decisões do Tribunal Constitucional Alemão, sem identificar polêmicas ou maiores críticas a tais decisões.

⁵¹² ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 94.

⁵¹³ Id., *Ibid.*, p. 95.

⁵¹⁴ Cf. SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 41-42.

⁵¹⁵ Cf. Id., *Ibid.*, p. 41-42.

⁵¹⁶ Crítica esta reiteradamente apresentada por Streck. Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 61-75.

Parece que o senso comum teórico brasileiro não consegue superar a velha metodologia hartiana. Isso, pois, até hoje, o senso comum teórico acaba dividindo o direito entre casos fáceis e difíceis. Hart entendia que o direito era composto por um sistema de regras que fomentavam a atividade judicativa. Existiriam, portanto, dentro do sistema jurídico regras claras a serem aplicadas. Também, todo o ordenamento jurídico guardaria uma zona de penumbra, na qual a aplicação do direito poderia ser delegada ao juiz, pois o caso concreto colocava o aplicador diante de um limite que somente poderia ser ultrapassado pelo seu poder discricionário. Quando o sistema não fornecesse elementos para o juiz resolver a questão, lhe outorgava liberdade para decidir. Quando se afirma que inexistindo ponderação por parte do legislador, com o estabelecimento de regras infraconstitucionais, estaria o juiz com a competência para ponderar a colisão de princípios no caso concreto, seria o mesmo que dizer que quando o sistema de regras não dá uma solução explícita, deve reconhecer o poder outorgado ao juiz para decidir. Todavia, a Nova Crítica do Direito tem assumido a condição de que, em linguagem utilizada no debate entre Hart, Dworkin e Alexy, nos casos “difíceis”, o juiz não poderia escolher ou ponderar entre os princípios jurídicos para decisão no caso concreto, mas os princípios jurídicos marcariam o juiz de tal forma que ele, no momento da sua decisão, já estaria condicionado pela compreensão principiológica proporcionada pelo caso concreto. Em outras palavras, quando o caso concreto não está previsto pelo sistema de regras, o sistema jurídico amparado por um conjunto de princípios deixaria clara a conexão existente entre o direito e o mundo prático.

O mundo prático é ontológico (existencial) e se faz ausente na presença do sistema jurídico onticamente montado num esquema de regras. Quando as regras, de certa forma, apresentam a sua deficiência diante do mundo prático, se faz evidente a conexão entre os “dois mundos”. Quando se aplica determinada regra “clara”, o mundo prático se esconde no interior dessa operação. Mas, no momento em que a clareza da regra se perde, o caso concreto reclama do mundo prático uma iluminação do sentido normativo.

Considerando o mundo prático um modo-de-ser-no-mundo, ele desde sempre já condiciona o intérprete. Quando se delega a tarefa de ponderação ao juiz para que resolva o caso concreto, ao deparar-se com a situação, a compreensão dele “no mundo prático” se anteciparia de tal forma que seria impossível estabelecer uma cisão metodológica que lhe desse o poder de ponderar os princípios. Assume-se, aqui, como pressuposto, o fato de que

os princípios marcam o modo-de-ser-no-mundo-prático e por esta condição não poderiam ser manipulados em ponderações que os resumiriam a uma condição ôntica “rasa” do fenômeno.

Assim, quando se compreende um princípio, aplica-o (*applicatio*), antecipando qualquer etapa de distinção metodológica entre regras e princípios, casos fáceis e difíceis, pré ou pós ponderação, sub-regras da proporcionalidade – posturas próprias da vigência do paradigma sujeito-objeto,⁵¹⁷ pois quando se aplica, se reconhece o sentido na tradição do intérprete, no seu momento histórico e na sua própria dimensão ontológica-existencial (normativa) com os limites e desafios que isso implica.⁵¹⁸ Daí a necessidade de se pensar a questão da discricionariedade judicial que, por vezes, fica velada pelo álibi metodológico.

4.3 A ARGUMENTAÇÃO COMO FUNDAMENTO MODERNO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: SER E ENTE E OS NÍVEIS DE RACIONALIDADE JURÍDICA

A argumentação jurídica proposta por Robert Alexy procura servir de meio para dotar de racionalidade as decisões judiciais, apresentando fundamentos que sustentem a sua pretensão de correção exaurida na utilização da proporcionalidade. Especula-se que esse fundamento de buscar uma racionalidade estaria vinculado com a perspectiva de um conhecimento científico, em que o domínio da ciência moderna orienta normativamente a interpretação (compreensão explicitada) dos fenômenos. Ou seja, o que pode ser conhecido é orientado pela racionalidade que marca a ciência moderna.

Conforme a apresentação do pensamento heideggeriano feito por Oliveira quanto ao modelo matemático da ciência moderna, é possível reconhecer-se a perspectiva lançada por ela em todo o conhecimento para dotá-lo de uma característica científica, interpelando-o com uma objetividade calculável, chamada de projeto matemático,⁵¹⁹ cujo âmbito da pergunta pelas coisas é determinada por sua meta, já pre-dis-posta a promover determinado conhecimento. Heidegger vai dizer que a essência da ciência moderna é a técnica, ficando marcada pelo dispositivo (*Ge-stell*), destinando-se à com-posição, como um modo de

⁵¹⁷ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 363.

⁵¹⁸ Nesse sentido se poderia falar com Streck da importância da argumentação jurídica tomada como explicitação da compreensão e as suas bases sustentadores como uma tarefa da denúncia dos efeitos da história. Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 355.

⁵¹⁹ OLIVEIRA, *Decisão judicial e o conceito de princípio*, op. cit., p. 112-113.

desencoberto.⁵²⁰ Por sua vez delimitado, pois o experimento da ciência é “estabelecido e interpretado sob a luz de uma determinação prévia do ser do ente”.⁵²¹ A ciência de modelo matemático acabaria por tomar de antemão a constituição ontológica da coisa que, ao deixar de ser questionada, passa para um âmbito de interrogação estritamente ôntico. Ou melhor, já se parte do âmbito do questionamento predefinido ou da resposta como guia da colocação da pergunta.

Em outras palavras, o ser do ente que se abriu ontologicamente é tomado como algo manifesto, passando a fundar todo o modelo científico. Arrisca-se a dizer que há uma ruptura entre a constituição ôntica-ontológica das coisas (perceptível pela diferença ontológica), ficando o conhecimento na forma como o ser se mostrou no ente, como algo pronto e acabado, em que o conhecimento científico pode fundar-se. Isso poderia ser identificado como uma dimensão unicamente ôntica.⁵²²

Heidegger vai dizer que a ciência moderna passa a se caracterizar por aquele conhecimento que consegue circunscrever previamente a constituição essencial do ente.⁵²³ O conhecimento das horas através do relógio seria um exemplo disso. A constatação que fizemos do relógio é a marcação do tempo, cujo pressuposto é o posicionamento do sol. Assim, quando se investiga a hora, está-se procurando constatar aquilo que de antemão é fixado, isto é, o posicionamento do sol.⁵²⁴

Entretanto, a compreensão do ser é precedente a qualquer experiência com o ente, como uma compreensão prévia, pré-conceitual que, ao ser representada cientificamente fica delimitada a conceitos. Ou seja, a ciência define os conceitos fundamentais e as ideias universais, como uma caracterização (razão) suficiente, determinando os limites e as regras para investigação do ente.⁵²⁵ O modelo físico matemático toma como conceitos fundadores o tempo e o espaço que, para o conhecimento, torna-se a base inquestionável de ordenação das coisas, do campo ôntico. São eles, conceitos fundamentais como representações que baseiam todo o conhecimento do ente, tomando-o como um conhecimento positivo, sem considerar, contudo, que a pré-concepção do ente se funda num comportamento já

⁵²⁰ Cf. HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: HEIDEGGER, Martin. *Ensaio e conferências*. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2006, p. 27.

⁵²¹ Cf. HEIDEGGER, *Introdução à filosofia*, op. cit., p. 200.

⁵²² Abordagem feita tão somente, pois deixa de colocar a pergunta pela sua condição de possibilidade, ontológica.

⁵²³ Cf. HEIDEGGER, *Introdução à filosofia*, op. cit., p. 201.

⁵²⁴ Cf. Id., *Ibid.*, p. 202.

⁵²⁵ Cf. Id., *Ibid.*, p. 207.

existente em relação a ele.⁵²⁶ O ente depende de um ser-com, um ser-em, cuja determinação é o ser-no-mundo.

Heidegger questiona a ciência moderna, apesar de fundar-se na compreensão do ser, mantém-se como um conhecimento direcionado ao ente, mais especificamente, a um determinado âmbito do ente.⁵²⁷ A ciência toma a manifestação do ente como verdade, uma verdade ôntica, sem considerar que tal manifestação somente é possível porque é fundada ontologicamente, mediante um modo-de-ser do ser-aí, ou seja, o modo descobridor.

A ciência moderna ao abraçar o modelo matemático, na sua essência, procurou configurar novos modelos de fundamentação do saber como tal, estabelecendo seus próprios princípios. Esse princípio é assumido como essência, como fundamento de si mesmo e, a partir daí, fundamento de todo o saber, tendo como sua marca um fundamento sólido.⁵²⁸ Por conta disso, o fundamento moderno influenciado pelo projeto matemático guarda relação com a busca de um fundamento sólido das coisas, das quais se pode amparar o conhecimento.

Tratando sobre a busca do conhecimento e seu fundamento, Hans Albert denuncia que o problema da teoria do conhecimento – do conhecimento científico ou da ciência moderna – estaria justamente na procura da certeza baseada em fundamentos como expressão do princípio da razão suficiente (*principium rationis sufficientis*). O conhecimento partiria de um axioma lógico, formulado, hodiernamente, como um princípio metódico, que implica a concepção de realidade (verdade) sustentada por juízos sobre fundamentos sólidos.⁵²⁹ Assim, aqueles enunciados fundamentados têm um reconhecimento geral, cuja verdade é produzida sobre a orientação metódica, tendo como um dos seus efeitos a exclusão das demais possibilidades, quando não harmonizadas com aquele conhecimento geral fundamentado. Diz o autor, assim, que “realidade a ser analisada tem que ser adquirida e suficientemente fundamentada, de maneira que se possa estar certo da sua verdade.”⁵³⁰

Hans Albert vai dizer que a razão suficiente, apoiada numa fundamentação, teria a pretensão de conduzir a ciência, procurando fazer a análise dos argumentos utilizados em

⁵²⁶ Cf. HEIDEGGER, *Introdução à filosofia*, op. cit., p. 211.

⁵²⁷ Cf. Id., *Ibid.*, p. 234.

⁵²⁸ Cf. HEIDEGGER, *Que é uma coisa?*, op. cit., p. 100-101.

⁵²⁹ Cf. ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Tradução Idalina Azevedo da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, p. 23.

⁵³⁰ Cf. Id., *Ibid.*, p. 24.

razão da sua validade, relação esta que marcaria o campo da lógica, mais especificamente da lógica formal, como argumentos dedutivos válidos.⁵³¹

Por exemplo, um enunciado – regra de precedência ou lei de colisão – poderia, mediante um esquema argumentativo de dedução, encontrar a sua validade numa remissão ao fundamento seguro. Veja-se, esse campo lógico deduzível não é negado pela Hermenêutica Filosófica e expressa-se pelo nível de racionalidade apofântico. Entretanto, percorrer um caminho marcado somente pela lógica formal, dedutiva, conduziria ao seguinte problema apresentado por Hans Albert: “quando se exige uma fundamentação para tudo, então terá que se exigir, também, uma fundamentação para os conhecimentos aos quais foi remetida a concepção – ou seja, o referido conjunto de enunciados – a fundamentar.”⁵³² Estar-se-ia diante daquilo que Hans Albert chamou de *Trilema de Münchhausen*, dessa forma, restaria como alternativa um regresso infinito, círculo lógico na dedução e uma interrupção pelo procedimento.⁵³³

Parece que Robert Alexy vai beber na fonte da fundamentação suficiente, produto da busca de uma razão suficiente que fundamente a pretensão de correção de seus enunciados sobre a relação de precedência obtida por meio da ponderação, tendo, por fim, como seu fundamento último, um procedimento que arbitrariamente suspenda a fundamentação suficiente.⁵³⁴

Mas a tentativa da fundamentação procurada por Alexy não alcança a sua condição de possibilidade, aquilo que antecede a pergunta pelo fundamento (científico), fundando-o, que é a condição ontológica existencial que está na base da pergunta científica, que ultrapassa o modelo matemático de conhecimento fundamentalista.

O fundamento, retornando ao trilema de Münchhausen passa a ser o círculo lógico, contudo, na concepção ontológica hermenêutica. É a fenomenologia hermenêutica como a colocação da pergunta ontológica, na busca do ser do ente. É a diferença ontológica. É o reconhecimento de que quando se interpreta algo, é porque esse algo já foi compreendido, podendo ser explicitado. O intérprete, ao partir das suas pré-compreensões forjadas na tradição, já tem uma projeção de sentido sobre aquilo que pretende compreender,

⁵³¹ ALBERT, *Tratado da razão crítica*, op. cit., p. 25: “Um argumento dedutivo válido – uma dedução lógica – é uma sequencia de enunciados, de premissa e conclusões, entre os quais existem determinadas relações lógicas, isto é: uma conclusão é deduzível das premissas em questão com a ajuda de regras lógicas.”

⁵³² Cf. Id. Ibid., 26.

⁵³³ Cf. Id. Ibid., p. 26-27.

⁵³⁴ Cf. Id., Ibid., p. 27.

colocando a compreensão da coisa no movimento circular, onde a finitude do intérprete é assumida como a sua condição de possibilidade para a ampliação do seu horizonte hermenêutico. A argumentação como uma cadeia dedutiva, cortada pelo procedimento, mas comprometida com a apresentação do sentido, serve como um trampolim para que o intérprete possa alçar novos voos, pois lhe possibilita tomar aquilo que se mostra na argumentação como um sentido prévio que poderá ou não se confirmar numa nova compreensão/interpretação.

Na verdade, pode-se assumir que o hermenêutico do Ser-aí é a sua condição de habitar o mundo, podendo, mediante a diferença ontológica, fazer distinções entre o ser e o ente. Para habitar o mundo, o Ser-aí está constantemente pressupondo uma totalidade que é antecipada, podendo ser explicitada numa “parada metodológica”⁵³⁵ onde a co-originariedade entre compreensão, disposição e discurso permite que as coisas sejam explicadas. É a partir desse ponto que a analítica do Ser-aí permite que a explicitação das “coisas como coisas” ganhe uma forma derivada na proposição ou na argumentação.

Assim, a argumentação pode deixar de ser concebida como o produto de uma certeza científica para procurar mostrar, num compartilhamento intersubjetivo, as condições de possibilidade da compreensão. A partir daí, a argumentação salta de uma subjetividade que propõe as proposições como corretas,⁵³⁶ para mostrar o ser do ente – a coisa de que se trata – de maneira compartilhada.

É a argumentação, portanto, como forma derivativa da interpretação, que vem a assumir uma vinculação com o ser do ente, com a verdade, após o banho filosófico dado por Heidegger, retirando-a da concepção de *adequatio intellectus et rei*. Verdade como desvelamento do ser do ente, que pode ser abrigado pela linguagem. No entanto, esse abrigo é algo precário, pois não representa o ente na sua totalidade, no seu ser, necessitando da mediação do Ser-aí para que, novamente, se apresente como desvelamento. É por isso que se pode dizer com Heidegger que a linguagem somente

⁵³⁵ Cf. STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “Ser e tempo”*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 67. Stein vai falar que a forma de fugir do problema do regresso ao infinito, problema que poderia afetar a relação circular própria do “método” fenomenológico hermenêutico – círculo de compreensão entre ser como totalidade e ente como singularidade – seria fazendo uma parada. É nesta parada que surge a possibilidade de explicitação provisória da compreensão, podendo ser tomada como um momento operativo de caráter epistemológico, onde se explicita o compreendido. Cf. STEIN, *Sobre a verdade*, op. cit., p. 49.

⁵³⁶ Com Heidegger, é possível dizer que a proposição como parte de uma cadeia argumentativa sempre deve conter e conservar aquilo que as coisas são, preocupação essa esquecida quando a argumentação procura estabelecer-se sobre um *fundamentum absolutum inconcussum*, do qual se pode deduzir, mediante proposições a sua condição de verdade.

assume a sua essência quando indica o caminho do ser, isto porque a linguagem abriga o ser, condição que lhe permite apresentar-se. Heidegger vai dizer que a linguagem é saga, como aquilo que deixa dispor-se recolhedoramente naquilo que é vigente em sua vigência.⁵³⁷

A essência da linguagem também é uma obsessão de Gadamer, como se pode notar quando ele procura encontrar o modo-de-ser-linguagem (*Sprachlichkeit*) como meio onde a experiência hermenêutica se dá. Onde se coloca o jogo entre a objetividade e especulação, onde o horizonte da compreensão é determinado, mas não reduzido como pretende a ciência da linguagem ou a filosofia analítica. Onde a tradição é compreendida, mediada e aplicada.

Pode-se especular, assim, que essa mediação – função tradicionalmente reconhecida à hermenêutica, principalmente, como um elemento de tradução, de algo como algo – é a possibilidade ínsita do Ser-aí manter-se na diferença ontológica. É a condição do Ser-aí compreender o ser daquele ente que é abrigado pela linguagem, remontando um mundo que suporta a proposição. Heidegger vai dizer que “o lugar da verdade não é a proposição, mas ao contrário: a proposição tem seu lugar, sua possibilidade interna na “verdade” *qua* desvelamento do aí. Não é a proposição que é o lugar da verdade, mas sim a verdade que é o lugar da proposição. O “lugar” é aquilo por meio do que a possibilidade interna de algo é determinada.”⁵³⁸ É o seu mundo. Somente pela linguagem, na argumentação preocupada com o mundo, é que o ser pode apresentar-se.

Outra abordagem seria reconhecer a fenomenologia hermenêutica como o jogo de dois *standards* de racionalidade, um apofântico e o outro hermenêutico.⁵³⁹ A compreensão que o Ser-aí possui de si e do mundo é fincada no *standard* de racionalidade hermenêutica, que estrutura e organiza o significado. A partir dessa condição, por exemplo, poderia o interprete estruturar a sua compreensão das coisas através da linguagem. Este é o *standard* de racionalidade lógico, causal, explicativo, ou, ainda, argumentativo, pelo qual o modo-de-ser das coisas e do ser humano poderia ser descrito.⁵⁴⁰

É por isso que a argumentação jurídica não pode ser confundida com fundamentação, visto que esta se mantém presente na dimensão ontológica-existencial,

⁵³⁷ Cf. HEIDEGGER, Martin. Logos (Heráclito, fragmento 50). In: HEIDEGGER, Martin. *Ensaios e conferências*. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2006, p. 201.

⁵³⁸ HEIDEGGER, *Introdução à filosofia*, op. cit., p. 166.

⁵³⁹ Cf. STEIN, *Exercícios de fenomenologia*, op. cit., p. 162-169.

⁵⁴⁰ Id., *Ibid.*, p. 167.

enquanto que a argumentação está vinculada a uma dimensão causal-explicativa, dependente da condição anterior. Mas, poderia surgir a pergunta: no que se funda a dimensão ontológica-existencial? No Ser-aí, cuja compreensão das coisas no mundo se dá fenomenologicamente, fazendo parte de sua historicidade e, portanto, sem possuir um fundamento último. É por isso que, para a Hermenêutica Filosófica, o fundamento é sem fundo.

A argumentação jurídica poderia ser concebida como o grande desafio do jurista de passar a sua compreensão/interpretação do direito do plano ontológico-existencial para o lógico-argumentativo, como um compartilhamento do sentido, cumprindo com o dever de transparência no exercício do poder – que é um argumento de princípio ínsito ao regime democrático.

Assumir esse tipo de postura proporciona ao direito a oportunidade fecunda de rompimento de posturas dogmatizantes e objetificantes, que tomam o texto normativo (lei, jurisprudência, sentença) como algo fundado em si próprio, cujo sentido poderia dar-se independentemente da relação com a conjuntura jurídica que lhe dá significado. Aliás, referindo-se à conjuntura, a própria compreensão do caso concreto acaba mantendo a sua vinculação com a conjuntura jurídica. Que dizer, somente existe caso concreto quando o seu significado jurídico é sempre antecipado nas pré-compreensões, fazendo com que ele, desde sempre, venha a ser compreendido como um caso jurídico. Essa postura, inevitavelmente, é reconhecer o poder que a linguagem exerce sobre o intérprete.

Vale nesse momento retomar a noção de argumento de princípio de que fala Dworkin, contrapondo-a ao uso argumentativo de princípio por Alexy. Começando por Alexy, parece que o autor utiliza os argumentos jurídicos como uma forma de fundamentar – no sentido de dar-lhe fundamento – a decisão, dotando-lhe de racionalidade e, conseqüentemente, no seu pensamento, de legitimidade. Para tanto, viu-se que a sua fórmula de peso serviria como um esquema preparatório da fundamentação da decisão, permitindo identificar o que deveria ser transposto para uma lei de colisão. Feita a lei de colisão - regra de precedência condicionada – seria possível, mediante à adoção de regras argumentativas⁵⁴¹ caminhar sobre um procedimento que garantiria a racionalidade da decisão judicial. Se fosse possível sintetizar, diria-se que a pretensão de correção formulada pela lei de colisão é o *topoi* que deve ser fundamentado, sustentando-o durante o

⁵⁴¹ Cf. Capítulo primeiro, secções 2.4.5 e 2.4.6.

procedimento discursivo montado pelas regras de argumentação. Se ultrapassasse esse desafio, a decisão deveria ser considerada como fundamentada.⁵⁴² Parece que, nessa concepção, os princípios estão afastados dos argumentos, existindo um independentemente do outro. Caberia ao jurista, de fora dos princípios, mediante a sua pretensão de correção, conectar categorias distintas mediante o seu juízo moral, de tal forma que, se bem argumentado, poderia ser considerado como válido. A argumentação faria da linguagem um instrumento pelo qual os princípios – como objetos – são organizados pelo sujeito que, num segundo momento, buscará a racionalidade da sua pretensão mediante argumentos.

Entretanto, com Dworkin, a relação entre princípios e argumentos é diferente. Um está insitamente determinado pelo outro. Poder-se-ia dizer que são co-originários. Como princípio é um compartilhamento de padrões institucionalizados na comunidade jurídica - que representam a historicidade do direito - os argumentos de princípio não seriam uma produção externa, uma terceira coisa entre o sujeito e objeto, mas seriam a possibilidade do intérprete apresentar a sua colocação na história institucional da comunidade jurídica.⁵⁴³ Nesse sentido, seria possível arriscar a afirmação de que os argumentos de princípio representam a reconstrução argumentativa da compreensão que o intérprete tem de si e da sua relação com os demais, servindo como uma condição epistemológica necessária que explicita o modo-de-ser-do-direito, do qual o intérprete é participante.⁵⁴⁴ Essa distinção entre os autores é que surge como a condição de possibilidade da resposta correta.

Poderia dizer-se, assim, que a resposta correta procura uma raiz ontológica (existencial), não se conformando com a condição meramente retórica (argumentativa) do direito. Alexy ao pensar a argumentação como fundamentação acaba por situar-se no paradigma filosófico da dicotomia sujeito-objeto – influência do cientificismo moderno – procurando uma esca para a racionalidade e legitimidade do direito. Todavia, a sua pretensão (de racionalidade e legitimidade) se dá artificialmente pelo procedimento. Como

⁵⁴² A fundamentação como validade e legitimidade da decisão não deriva, exclusivamente, de um procedimento formal que conduz a argumentação. É nesse sentido que Alexandre da Maia aponta o limite das “fórmulas” de Alexy ao afirmar que: “a necessária implicação da racionalidade às regras justificadoras, como se a racionalidade fosse o resultado necessário da soma de tais e quais ingredientes, que misturados e se interpenetrando, como num liquidificador teórico, encontraríamos “o pote de ouro atrás do arco-íris”: a racionalidade.” Cf. MAIA, Alexandre da. Dogmática jurídica e multiplicidade – uma análise da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: A filosofia no direito e a filosofia do direito*. n. 5. Porto Alegre, IHJ, 2007, p. 34.

⁵⁴³ Inclusive, corroborando essa ideia, Streck vai dizer que para a Hermenêutica Filosófica o sentido é um, existencial do *Dasein*, não podendo ser esquecido que “o intérprete e os argumentos fazem parte de uma dada linguisticidade.” Cf. STRECK, Hermenêutica e applicatio jurídica, op. cit., p. 1133.

⁵⁴⁴ Cf. DWORKIN, *Uma questão de princípio*, op. cit., p. 207.

o procedimento acaba por possibilitar várias respostas, não existe a resposta correta. No entanto, a postura de Dworkin permite que se pergunte pelo ser do direito, ou melhor, o modo-de-ser-do-direito e como ele se mostra (*aletheia*) diante da resolução de um caso concreto. Assim, a resposta deixa de ser um mero produto do embate de argumentos orientados por um procedimento, mas reclama uma condição substancial, existencial-ontológica. Essa seria a vantagem da resposta correta. Pois, como fala Dworkin, sempre será possível ao participante de uma determinada prática escolher entre duas possibilidades, aquela que melhor represente-a.⁵⁴⁵ Ao exigir uma (re)leitura da historicidade do direito, para que a resposta (correta) seja aquela que melhor se adéque ao conjunto de princípios consagrados institucionalmente pelo sistema. A resposta correta é, portanto, a melhor entre aquelas disponíveis, porque guarda coerência com o conjunto de princípios do sistema, condição que acaba por justificá-la. Em outras palavras, a resposta correta (nos moldes propostos por Dworkin) só é possível porque mantém vinculação com a verdade (*aletheia*) “jurídica”, quer dizer, mostra que o sentido (resposta) é aquele que respeita e representa os critérios institucionalizados no sistema jurídico.

Sob essas condições, a argumentação jurídica assume a sua função de fundamentação autêntica. Quer dizer, não aquela fundamentação (*inconcussum*) do conhecimento, mas o desafio de mediante o discurso fazer com que o Ser venha a fenômeno, apareça, se mostre. O ideal da argumentação jurídica é apresentar que o sentido de uma determinada interpretação/compreensão espelhe a estrutura do direito democrático, cuja tradição (jurídica) tenha a sua autoridade respeitada mediante o dever de integridade e coerência.

4.4 SUPERACÃO DA PROPORCIONALIDADE: A AMBIVALÊNCIA DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE (*UNTERMASSVERBOT*) E A PROIBIÇÃO DE EXCESSO (*ÜBERMASSVERBOT*) COMO CONDUTORES À RECONSTRUÇÃO INTERPRETATIVA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

A noção de princípio pensada a partir da Hermenêutica Filosófica implica a assunção da condição ontológica-existencial que marca o direito numa dada comunidade,

⁵⁴⁵ Cf. DWORKIN, *Uma questão de princípio*, op. cit., p. 203.

fazendo com que os seus participantes reconheçam os padrões próprios normativos que se institucionalizam.

Streck vai dizer que os princípios implicam um compartilhamento de mundo (direito), existindo uma determinação recíproca entre esse mundo e os princípios jurídicos.⁵⁴⁶ Isto é, os princípios são normativos porque o mundo lhe consolidou esse sentido.

Assim, o desafio do direito, diante de cada caso concreto, estaria na aplicação desses padrões que determinam a conduta – que dariam o sentido para a obrigação jurídica, para o que é o direito, por exemplo – reconstruindo uma determinada tradição jurídica institucionalizada.

Como apresentado, a proporcionalidade teria o seu ápice na procura de estruturar o conflito de direitos – princípios, bens e valores – no caso concreto, pecando, entretanto, por sua idealidade construída numa perspectiva de metanorma. Procurando evitar os problemas identificados, acredita-se ser possível superar a proporcionalidade, no mesmo empenho que Heidegger procurou superar a metafísica.

Aqui, o termo superação é utilizado tão somente no sentido que Heidegger lhe atribuiu para cumprir a sua tarefa de abrir o ser da sua entificação através do curso histórico da metafísica. Isto é, tendo a filosofia se concentrado na indagação pelo ente, esquecera a pergunta pelo ser deste ente.

Heidegger vai dizer que a superação da metafísica somente será digna de ser pensada, quando puder transmitir-se a metafísica na sua verdade, ou seja, refere-se à questão da sustentação.⁵⁴⁷ Sustentação aqui pode ser tomada como aquilo que fundamenta o conhecimento das coisas. Stein vai dizer que é preciso pensar o imaginário do nosso tempo e o imaginário do fim da metafísica como produto da entificação do ser, tendo Heidegger superado a metafísica, ou a desconstruído, ao pensar o acontecer da diferença entre ser e ente.⁵⁴⁸

Já se expôs, também influenciado pela marca heideggeriana, que a proporcionalidade poderia ser pensada como o princípio epocal que sustenta o direito nessa marca da história. Ela seria o fundamento último da interpretação jurídica. Isso porque a

⁵⁴⁶ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 499.

⁵⁴⁷ HEIDEGGER, Martin. A superação da metafísica. In: HEIDEGGER, Martin. *Ensaio e conferências*. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2006, p. 68.

⁵⁴⁸ STEIN, *Diferença e metafísica*, op. cit., p. 89.

remissão à proporcionalidade como aquilo que funda uma decisão judicial que pondera princípios acaba por calar a pergunta pelo sentido mais originário desse processo – que poderia desencobrir a questão da discricionariedade judicial da ponderação.

Então, a superação da proporcionalidade não seria o seu simples abandono, mas a busca de algo originário que lhe marca. Poder-se-ia dizer, pretensiosamente, a busca pelo seu ser. E o que se vê nesse momento é que o ser, o sentido da proporcionalidade não pode ser discutido sem abordar a questão da discricionariedade.

Mas necessariamente a proporcionalidade tem a sua essência como discricionariedade? É pensando sobre essa questão que se retoma a ideia de proporcionalidade, não como um fundamento último que sustenta o conhecimento ou o sentido, mas como um condutor da reflexão quanto à discricionariedade da interpretação judicial. Isto é, a proporcionalidade na sua originariedade implica necessariamente a discricionariedade?

Diferente do que pensa Alexy sobre a proporcionalidade, como um metacritério para a resolução dos problemas jurídicos mais difíceis, originariamente a proporcionalidade foi idealizada sobre a ambivalência da proteção deficiente (*Untermassverbot*) e da proibição do excesso (*Übermassverbot*).

Essa ambivalência da proporcionalidade passa a ter uma concepção diferenciada quando associada à proteção como uma tarefa do Estado. Deve, portanto, o Estado fazer o possível para proteger os Direitos Fundamentais como bens jurídicos que devem ser preservados contra violações e ameaças antijurídicas,⁵⁴⁹ não se conformando somente aos tradicionais direitos liberais negativos de proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), mas assumindo, como diz Mendes, um postulado de proteção (*Schutzgebote*), implicando tanto na proibição do excesso (*Übermassverbot*), quanto na proibição de omissão (*Untermassverbot*).⁵⁵⁰ Complementa Mendes, com vista na doutrina e jurisprudência alemã, que o dever de proteção envolveria o dever de proibição (*Verbotspflicht*) de uma determinada conduta; dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), protegendo os direitos do cidadão mediante instrumentos que coíbam atos de terceiros; dever de evitar riscos

⁵⁴⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 278.

⁵⁵⁰ MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, op. cit., p. 209.

(*Risikopflicht*), protegendo o cidadão por medidas preventivas quanto ao desenvolvimento tecnológico.⁵⁵¹

No alerta de Streck, seria uma característica própria do Estado Democrático de Direito a consideração dos Direitos Fundamentais como normas constitucionais, pelas quais, a moral institucionaliza-se no direito, indicando ideais de vida boa garantidos mediante um aparato de instrumentos processuais próprios a favorecer a sua concretização através da jurisdição constitucional, o que caracteriza um *plus* normativo.⁵⁵² Assim, verificada violação aos Direitos Fundamentais, seja por ação ou omissão do Estado numa relação direta com os cidadãos ou, indiretamente,⁵⁵³ protegendo os cidadãos nas suas relações privadas, nasce a pretensão do cidadão de ter o seu direito de proteção efetivado.

Nesse contexto, a atuação ou omissão do Estado – aqui considerado nos seus mais diversos órgãos – seja por atos de seus próprios agentes ou de cidadãos implica a assunção de efetivar o dever de proteção (*Schutzpflicht*), que nada mais é do que reconhecer a condição compromissória e dirigente da Constituição. Assumiu-se um compromisso com os Direitos Fundamentais, inclusive, dotando o sistema jurídico de instrumentos processuais apropriados que garantam essa concretização através do Poder Judiciário, tomando-os como compromissos que dirigem o Estado e a Sociedade.

O problema está no fato de que os Direitos Fundamentais não subsistem por si mesmos, ou melhor, não possuem sentido sem um ato de mediação feito pela interpretação. Assim, quando se perquire a violação do dever de proteção assumido pelo Estado, está-se, ao mesmo tempo, reclamando pelo sentido ou alcance desse dever.

Para enfrentar a questão sobre a satisfação do dever de proteção, mediante as verificações de proibição de excesso e proteção insuficiente, a proporcionalidade pode tornar-se fecunda como um impulso de vinculação do intérprete com a integridade e

⁵⁵¹ MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, op. cit., p. 210.

⁵⁵² Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, 3.ed., op. cit., p. 172.

⁵⁵³ Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão a construção doutrinária possui um imperativo de tutela de proteger os Direitos Fundamentais do cidadão nas suas relações privadas. Sinteticamente, proteger um cidadão do outro. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e direito privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 58 e sgs. O efeito horizontal dos Direitos Fundamentais já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ, podendo ser identificado como um marco da irradiação das normas constitucionais ao direito privado como do dever de proteção que elas demandam mesmo nas relações privadas entre os cidadãos.

coerência da atuação estatal, com o reconhecimento de proteção aos Direitos Fundamentais que se pode esperar.⁵⁵⁴

Nesse sentido, Streck vai falar que a proporcionalidade pode servir como uma metáfora, ou melhor, um modo de explicitar que a interpretação de determinado caso cumpriu com a necessária tarefa de reconstrução integrativa do direito,⁵⁵⁵ contribuindo para enfrentar a questão da discricionariedade judicial oculta nas entranhas pragmáticas da aplicação da proporcionalidade.

A proporcionalidade, concebida dessa maneira, obriga ao intérprete reconhecer a sua condição de ser-no-mundo, cujo significado das coisas se faz dependente do compartilhamento de uma determinada tradição, mais especificamente, lembra-o da responsabilidade que o trato com o direito reclama, qual seja, a limitação do poder e das arbitrariedades provenientes dele.

A postura hermenêutica (filosófica) de utilização da proporcionalidade na sua ambivalência (*Übermassverbot/Untermassverbot*) é o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 418.376, que dizia respeito à extensão do *favor legis* da extinção da punibilidade dos crimes contra os costumes na hipótese de casamento da vítima com o réu, para o caso de união estável, considerando a equiparação desta ao casamento, o que fundou na Constituição, artigo 226, § 3º. O voto de desempate do Ministro Gilmar Mendes levantou a impossibilidade de admitir-se o *favor legis*, eis que configurava uma proteção deficiente do Estado à situação fática repugnada pela sociedade. Mesmo havendo expressa disposição legal sobre a extinção da punibilidade ao momento do ocorrido, ela não poderia ser aplicada, pois seria confrontante aos princípios jurídicos consagrados na Constituição, que dariam suporte ao caráter ôntico da regra, como apresenta Streck.⁵⁵⁶ Em outras palavras, a regra sozinha – suficiência ôntica - não subsiste sem um princípio que dê a ela o suporte ontológico. A regra, portanto, é dependente do princípio.

Ainda com a análise de Streck sobre o caso supra, pode-se reconhecer uma ruptura paradigmática, estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal na qual o legislador ordinário

⁵⁵⁴ A expectativa que possui o cidadão tanto no status negativo quanto positivo, reclamado pelos Direitos Fundamentais, cujo sentido somente é determinado mediante o contexto histórico-econômico de cada sociedade. Nesse sentido: GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 149-165.

⁵⁵⁵ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, 3.ed., op. cit., p. 186.

⁵⁵⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. A (primeira) aplicação da *Untermassverbot* pelo Supremo Tribunal Federal: comentário ao Recurso Extraordinário n. 418.376. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. IDP, Brasília, ano 2, out. 2008.

não poderia legislar contra bens jurídicos (Direitos Fundamentais) contemplados pela Constituição e, por este motivo, estes deveriam ser protegidos (*Schutzpflicht*).⁵⁵⁷ A decisão permite reconhecer uma (re)leitura da tradição jurídica, procurando uma solução que seja íntegra e coerente com o conjunto de princípios consagrados pelo sistema.

Diga-se de passagem, a arbitrariedade – ou discricionariedade – é um dos grandes problemas não superados do positivismo jurídico pelo direito brasileiro. Um exemplo disso é a concepção de que os princípios representam uma abertura à interpretação, não espantando, que “surjam”, diariamente, cada vez mais princípios “criados” pelos intérpretes para sustentar a sua interpretação. Nesse sentido, Streck identifica um panpricipiologismo⁵⁵⁸ no sistema jurídico brasileiro de tal forma que a inflação por eles provocada, como pensa o senso comum teórico, não poderia ser outro do que a existência de constante colisão entre os princípios, principalmente, considerando-os refratários a sua concepção como mandamentos de otimização. Como a hermenêutica jurídica poderia resolver a questão? Ora, já foi indicada a solução adotada, quer dizer, recorre-se ao princípio epocal que conforma a comunidade jurídica: o princípio da proporcionalidade. O referido princípio é lançado a uma condição de plenipontenciariedade principiológica,⁵⁵⁹ servindo como solução a todos os problemas provocados pelo congestionamento de princípios. A consequência não poderia ser outra senão a utilização da metarregra proporcionalidade para conformar a anarquia provocada pelos demais princípios.

Só que o princípio da proporcionalidade entendido como uma fórmula hermenêutica descolada da realidade ontológica-existencial não possui qualquer sentido que não uma referência retórica que encobre os critérios utilizados pelo julgador para resolver os problemas trazidos pelo caso concreto. Por isso, pode-se especular, por exemplo, que Streck refere que o princípio da proporcionalidade está sempre presente na *applicatio*.⁵⁶⁰ Parece, assim, que a concepção sobre o princípio da proporcionalidade, utilizada pelo autor, rompe com o encobrimento do sentido que as estratificações do seu uso cotidiano despreocupado provocam. A utilização do princípio da proporcionalidade,

⁵⁵⁷ Cf. STRECK, A (primeira) aplicação da *Untermassverbot* pelo Supremo Tribunal Federal, op. cit. Vale referir que a proteção insuficiente (*Untermassverbot*) também foi um dos fundamentos do Ministro Gilmar Mendes para reconhecer a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, no julgamento da ADIN n. 3.510/DF, considerando que a lei protegia de forma deficiente as consequências imprevisíveis da pesquisa em células-tronco.

⁵⁵⁸ Situação exemplarmente apresentada por Streck no posfácio da sua obra *Verdade e Consenso*.

⁵⁵⁹ STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 490.

⁵⁶⁰ Id., *Ibid.*, p. 490.

tanto na doutrina como da jurisprudência, escondem no não-dito, o seu critério dialógico,⁵⁶¹ proporcionado por análises quanto à proibição do excesso (*Übermassverbot*) ou a proteção deficiente (*Untermassverbot*) de determinado ato estatal diante do reclame de coerência narrativa com a tradição jurídica. Parafraseando o autor, o princípio da proporcionalidade pode ser conhecido no seu “sentido de desproporção – seja negativo (*Übermassverbot*) ou positivo (*Untermassverbot*) – somente poderá ser dado mediante a obediência à integridade do direito.”⁵⁶²

O argumento parece simples, mas da sua simplicidade emerge a genialidade. Ou seja, quando se compreende o princípio da proporcionalidade como uma necessidade de por em diálogo a interpretação, como *applicatio*, do problema jurídico diante de uma leitura coerente com a integridade do sistema jurídico, seria possível identificar as falhas no exercício do poder, sejam elas por excesso ou deficiência. Essa clareza na reflexão provocada pelo critério duplo da proporcionalidade coloca o intérprete diante de uma responsabilidade junto ao sistema jurídico, devendo apontar argumentativamente que a sua compreensão evidenciou falhas quanto ao dever de proteção do Estado. Pode-se dizer que essa postura proporciona um salto democrático qualitativo ao fazer com que o intérprete apresente a falha do ato impugnado diante de uma obrigação do Estado consagrada no sistema jurídico. Nessa postura, a utilização decisionista do princípio da proporcionalidade é substituída por uma publicidade e transparência democrática decorrente da necessidade de demonstração intersubjetiva da violação do dever de proteção.

A argumentação, justificção, ou, para ser melhor compreendido, o dever de fundamentação (CF, Art. 93, IX), permite que a jurisprudência cumpra o seu papel de reprodutor da tradição jurídica, denunciando as deficiências do dever de proteção do Estado, auxiliando na institucionalização dos limites do sentido jurídico constitucional à autonomia do direito,⁵⁶³ preocupação esta, que não atinge os hermeneutas adeptos ao princípio da proporcionalidade, sem os cuidados apontados. Nem mesmo a cisão metodológica do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e sentido estrito) pode servir para

⁵⁶¹ No sentido do diálogo dialógico hermenêutico sustentado por Gadamer.

⁵⁶² STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 491.

⁵⁶³ A construção de uma norma atribuída ao texto constitucional como resultado da ponderação de princípios, sem levar em consideração a integridade e coerência do direito acaba por descartar os limites semânticos da Constituição, pois estaria baseado nos valores consagrados por ela. Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 493: “[...] os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto “programa normativo-vinculante”, mas, sim, em um conjunto de enunciados criados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*), que travestidos de princípios, constituem uma espécie de “supraconstitucionalidade”.”.

resolver o problema do decisionismo denunciado pela *applicatio* dialogada com o dever de integridade com a tradição jurídica. Novamente, a cisão da interpretação provoca problemas.

De forma parecida, as contribuições de Cruz na reflexão para o descarte da utilização da proporcionalidade como um juízo de ponderação, na aplicação dos Direitos Fundamentais, seria, na análise reflexiva, propiciada pela proibição de excesso (*Übermassverbot*) ou pela proteção insuficiente (*Untermassverbot*). Isso porque seria possível deslocar de uma leitura pessoal do intérprete⁵⁶⁴ sobre os valores envolvidos no caso concreto – como costumeiramente se faz na análise de proporcionalidade – para uma condição intersubjetiva que privilegia a tradição (jurídica). Apesar do autor não explicitar a questão, ela abre caminho à seguinte reflexão: quando o juízo, ao invés de apelar para a proporcionalidade da aplicação dos Direitos Fundamentais no caso concreto – e esconder os juízos de decisão para si, de forma solipsista –, percorrer a tradição jurídica, de forma que a sua (re)leitura forneça elementos quanto à falha do Estado nos seus deveres, apontando onde a atuação é excessiva e onde é deficiente, estaria preocupando-se tanto com os elementos próprios do caso concreto quanto ao limite no exercício do seu poder em observância ao sistema jurídico. A abertura provocada pela proposição de Cruz é: o juiz é jogado contra a tradição do sistema jurídico, imprimindo-lhe uma condição intersubjetiva, predicação já feita, como acima referido.

Outra questão apresentada por Cruz seria que o juízo quanto à proibição do excesso e a proteção deficiente romperia com as dicotomias estabelecidas pela teoria do direito como a subsunção e ponderação, próprias da filosofia da consciência.⁵⁶⁵ Novamente, o autor deixa aqui a questão em aberto, sendo possível especular, que a análise das questões não pode ser escondida por métodos de aplicação do direito. Assim, a interpretação fica livre das amarras artificiais dicotômicas criadas pela teoria do direito que estabelecem, de antemão, aquilo que deve ser resolvido mediante subsunções e ponderações. Como fala Streck, antes mesmo de se perguntar por qual método foi utilizado para interpretar já se interpretou, pois a pergunta epistemológica sempre chega tarde. Parece clarear, assim, que a análise quanto à proibição do excesso e à proteção insuficiente proporciona um salto diante da influência do pensamento científico-mecanicista que certifica as interpretações

⁵⁶⁴ Cf. CRUZ, *Hermenêutica jurídica (e)m debate*, op. cit., p. 359.

⁵⁶⁵ Cf. Id., *Ibid.*, p. 363.

pelo emprego do método, para uma perspectiva de adequação da interpretação aos princípios consagrados diante de uma determinada tradição jurídica.

Interessante, ainda, é a análise feita por Cruz quanto à aproximação que se faz da interpretação de conceitos indeterminados que se referem à satisfação de Direitos Fundamentais com a noção de ponderação. Isto é, alguns conceitos indeterminados como: “mínimo existencial”, até mesmo a “proporcionalidade” seriam difundidos “tão-somente a partir de noções ligadas à ponderação de valores.”⁵⁶⁶ Como refere o autor, o desafio seria reconstruir os *standards* desses conceitos indeterminados, afastando-os da perspectiva axiológica de Alexy, da ponderação de valores.⁵⁶⁷ Seria porque o autor, a partir de uma outra matriz teórica, também reconhece que a ponderação de valores (ou de princípios ou Direitos Fundamentais) ao invés de contribuir à eficácia dos Direitos Fundamentais acabaria por permitir que o Poder Judiciário dispusesse do sentido institucionalizado deles, de acordo com suas preferências pessoais.

Pelo já referido, é possível assumir a perspectiva de que o princípio da proporcionalidade como uma categoria em si mesma não possui valor positivo ou negativo. Da forma como foi exposto, a sua utilização sem critério responsável, somente contribui para esconder o problema remanescente do positivismo jurídico, qual seja, a delegação de discricionariedade ao intérprete, questão que ganha contornos diferentes na assunção da ambivalência da proporcionalidade como um fio condutor para (re) leitura da integridade e coerência da decisão com a tradição do sistema jurídico.

4.5 PROPORCIONALIDADE, ARGUMENTAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE: (DES)CAMINHOS QUE (IN)VIABILIZAM A RESPOSTA CORRETA

A grande parte da doutrina jurídica brasileira, apesar de se autodeclarar vinculada a um paradigma pós-positivista ou neoconstitucionalista, não conseguiu se desvencilhar das amarras discricionárias típicas do positivismo jurídico. Exemplo gritante dessa concepção seria o fato de se reconhecer a condição qualitativa diferente dos princípios, mas não conseguir elaborar uma compreensão da concretização deles sem o recurso a técnicas positivistas que marcaram a interpretação das normas jurídicas antes da revolução proporcionada pela Constituição. Os princípios constitucionais, apesar de serem postulados

⁵⁶⁶ Cf. CRUZ, *Hermenêutica jurídica (em debate)*, op. cit., p. 364.

⁵⁶⁷ Cf. Id., *Ibid.*, p. 364.

como qualitativamente diferenciados das regras, acabam por serem transformados nos antigos princípios gerais do direito, mantendo-se vinculados aos velhos paradigmas positivistas da teoria da interpretação.

A saída de grande parte da doutrina brasileira sobre a matéria foi conceder o “voto de minerva” ao intérprete, concedendo a ele a liberalidade de preencher a forma dos princípios do conteúdo que lhe bem apetecesse. A consequência seria que a interpretação nos mais diversos pós (positivismo/constitucionalismo) do direito seguiria um esquema da teoria do conhecimento, de tal forma que o avanço ontológico hermenêutico, proporcionado pelos princípios, seria reduzido a uma questão epistemológica. Quer dizer, o direito forneceria, através dos princípios, uma forma *a priori* que poderia ser livremente preenchida pela consciência do intérprete.

É rumo a essa possibilidade que Barroso deixa transparecer a sua concepção de princípios como cláusulas gerais,⁵⁶⁸ velando, assim, a função deles no novo campo hermenêutico inaugurado pela Constituição. E, no complemento, o autor explicita que a solução transformou o novo em velho, pois utiliza o velho olhar. Isto é, de como os princípios são compreendidos, mesmo após a revolução promovida pela sua inserção nas Constituições Democráticas pós-guerra, como cláusulas gerais que fazem do intérprete senhor do tempo (aquele que é senhor do tempo, ou que comanda o tempo, é aquele que o determina e não é determinado por ele. Não sofre os efeitos da sua finitude. Não se localiza no mundo, mas “fora” dele. É aquele que possui o conhecimento ilimitado, infinito e atemporal. E, portanto, pode dizer a verdade como *adequatio intellectus et rei*. Ou seja, o intérprete tem a possibilidade de adequar o princípio (*intellectus*) ao conteúdo (*rei*), e por ser ele que controla esta ação, teria a consciência livre como garantia da operação).

O problema da discricionariedade volta a assombrar o direito, talvez, com força maior que antes. Pois agora, reconhecendo-se que o direito está impregnado por princípios, mas, atribuindo os princípios a simples características de cláusulas gerais, estar-se-á admitindo que o direito coloca-se à disposição do intérprete. Parece que sempre que houver um princípio envolvido na discussão será possível ao intérprete definir concretamente o seu sentido e alcance.⁵⁶⁹ Estaria, assim, o intérprete liberado para criar. Ao menos, é essa a impressão que transmite Barroso quando afirma que a concretização dos princípios, com a

⁵⁶⁸ BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, op. cit., p. 310.

⁵⁶⁹ Id., *Ibid.*, p. 310.

definição do seu conteúdo, reclama, ou melhor, transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade.⁵⁷⁰

Mas quando seria que o intérprete inseriria o conteúdo nos princípios jurídicos? A resposta é dada por Barroso. O autor entende que a existência de colisão de normas constitucionais (e aqui poderiam ser aquelas derivadas de princípios como de direitos fundamentais) é um fenômeno natural do constitucionalismo contemporâneo,⁵⁷¹ porque a Constituição, sob os efeitos da (pós) modernidade, deveria ser concebida como um documento dialético, visto que acaba por consagrar bens jurídicos que se contrapõem.⁵⁷² A única forma de harmonizar essa situação seria a atuação do intérprete que, como solução a um conflito indissolúvel (*in abstracto*), criaria o Direito aplicável ao caso concreto, a partir das balizas contidas nos elementos normativos em jogo.⁵⁷³

Tomando-se o caso concreto como fato, que promoveria o encontro de normas constitucionais antagônicas, exigir-se-ia do intérprete uma técnica diferente para resolução, pois estar-se-ia diante de um caso difícil, no qual, haveria *mais de uma solução possível e razoável*.⁵⁷⁴ Seria necessário, portanto, a ponderação. Somente através dela seria possível fazer concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível dos interesses em disputa, ou ao menos, decidir qual interesse jurídico deveria prevalecer em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional.⁵⁷⁵ No entanto, a tentativa da doutrina brasileira em institucionalizar o princípio da proporcionalidade, apesar das inúmeras críticas possíveis, é deixada de lado, como se não fosse importante pensar sobre os critérios de escolha de um princípio colidente sobre o outro. Assim, o autor escolhe o instrumento disponível no “mercado jurídico” para solucionar a colisão entre normas: o princípio instrumental da razoabilidade.⁵⁷⁶ Mas o razoável não seria a mesma fórmula vazia dos outros princípios antes ponderados? Parece que não, pois a escolha razoável da ponderação vem acompanhada da argumentação, da razão prática, condição de controle da racionalidade da ponderação.⁵⁷⁷

⁵⁷⁰ Cf. BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, op. cit., p. 310. (grifado).

⁵⁷¹ Cf. Id., *Ibid.*, p. 310.

⁵⁷² Cf. Id., *Ibid.*, p. 310.

⁵⁷³ Cf. Id., *Ibid.*, p. 310. (grifado)

⁵⁷⁴ Cf. Id., *Ibid.*, p. 311.

⁵⁷⁵ Cf. Id., *Ibid.*, p. 311. (grifado)

⁵⁷⁶ Cf. Id. *Ibid.*, p. 311.

⁵⁷⁷ Cf. Id., *Ibid.*, p. 311.

Seria pela argumentação que o direito alcançaria níveis de segurança. Diz o autor, e aqui, pensando-se na Democracia, seria necessário concordar parcialmente com ele, que aquelas decisões sobre ponderações envolveriam uma atividade criativa do juiz (que) potencializa o dever de fundamentação, por não estar inteiramente legitimada pela lógica da separação dos poderes – por esta última, o juiz limitar-se-ia a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador.

Por conta dos problemas doutrinários que ainda não conseguem lidar de forma satisfatória com a proporcionalidade, pode-se perceber que a utilização dela, na sua qualificação como princípio, muitas vezes, furta-se de seguir a própria metodologia identificada por Robert Alexy – qual seja, a verificação das etapas e da investigação das subregras da necessidade e adequação –, assim como sequer assume o ônus argumentativo que proporcionasse a devida fundamentação na sua aplicação. Um bom exemplo do que se está tratando pode ser observado na seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, ao utilizar o “princípio da proporcionalidade”, deixaria de apreciar as condições de necessidade e adequação e, ao ponderar, sequer estabeleceria uma premissa básica como lei do sopesamento ou de precedência condicionada, muito menos, promoveria a sua fundamentação.

O caso trata do julgamento de uma Apelação Cível de nº 70029002441 pela Nona Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual os Recorrentes ingressaram com ação para que o jornal da localidade onde residiam lhes indenizasse por veicular foto da sua residência juntamente com a expressão: “Operação da Polícia Federal de Erechim termina em prisão.”. A pretensão foi julgada improcedente no juízo de primeiro grau. Advindo o recurso de apelação, o Tribunal de Justiça manteve a decisão entendendo que as fotos veiculadas não poderiam induzir a participação dos Recorrentes em atos criminosos, podendo identificar-se no caso o conflito entre o interesse público, o qual deveria preponderar sobre o direito à inviolabilidade da intimidade e da privacidade.⁵⁷⁸

⁵⁷⁸ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA SUPOSTAMENTE OFENSIVA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE, DE PRIVACIDADE E DE INTIMIDADE DOS AUTORES. CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO DE INFORMAÇÃO E DE LIBERDADE DE IMPRENSA. FATOS DE INTERESSE PÚBLICO. VERACIDADE DA NOTÍCIA. DEVER DE REPARAR INEXISTENTE. No caso em tela, a notícia veiculada pelo jornal demandado não ofendeu a intimidade ou a honra dos demandantes, que sequer foram citados na matéria. Com efeito, a publicação questionada informou, de maneira imparcial, a ocorrência de operação da Polícia Federal no combate ao tráfico de drogas, não tendo as imagens reproduzidas o condão de induzir os leitores em erro, pois estampam apenas os fatos. *Ademais, no caso concreto, o juízo de ponderação do princípio da proporcionalidade indica que o interesse público existente*

A primeira pergunta a se fazer seria: Realmente os princípios estão em conflito? Parece que não. Uma decisão não é levada as suas últimas consequências. Isso porque o Direito à personalidade dos Recorrentes foi diretamente atingido pela notícia veiculada. Qual o interesse público de que a foto da residência dos Recorrentes fosse publicada? Frisa-se, para evitar erros de compreensão, os Recorrentes não participaram nem foram detidos. Por que a casa deles deveria figurar num jornal de circulação local conectada à operação de Polícia Federal para apreensão de drogas?

É certo que a imprensa desempenha uma função muito importante para a democracia, mas isso faz com que ela tenha que agir com o máximo de prudência possível, quer dizer, teria que divulgar notícias procurando resguardar os direitos daquelas pessoas que são noticiadas. Como fica o direito de personalidade dos Recorrentes diante de toda a comunidade, com a sua vinculação, mesmo que indireta, ao tráfico de drogas? Esse é um bom exemplo para demonstrar que a utilização da proporcionalidade carrega uma grande carga de discricionariedade, permitindo ao julgador impor suas próprias convicções sobre as próprias disposições legais. Isto é, a proporcionalidade seria utilizada como forma de flexibilizar o conteúdo deontológico de lei democraticamente aprovada. Veja-se a diferença qualitativa do argumento de princípio. É um argumento de princípio o respeito ao Estado de Direito, às leis democraticamente estabelecidas pelo parlamento. Assim, o Artigo 186 do Código Civil considera como ato ilícito todo aquele praticado por ação ou omissão, que viole direito e cause dano a outrem. Em complemento, o Artigo 187 do mesmo código, reconhece que o abuso de direito também deveria ser considerado como ato ilícito. Com os próprios argumentos de Alexy, restaria a seguinte pergunta: o exercício do direito de liberdade de imprensa é forte o bastante para justificar a intervenção, também forte, ao direito à personalidade dos Recorrentes a ponto de afastar o seu direito à indenização? Essa questão não fica explícita no voto do Acórdão. E mais, sequer se promove o referido confronto.

no caso deve preponderar sobre o direito à inviolabilidade da intimidade e da privacidade. Por fim, não comprovaram os autores a ocorrência de repercussão negativa que conferisse supedâneo ao alegado abalo moral sofrido. Dessa forma, foram obedecidos os limites constitucionais do direito de informação e de liberdade de imprensa, previstos no artigo 5º, inciso IX e no artigo 220, § 1º da Carta Magna, inexistindo conduta ilícita capaz de gerar o dever de indenizar. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70029002441, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 10/06/2009). (grifo).

A situação antes referida lembra um exemplo apresentado por Barroso e Barcellos para demonstrar como seria possível desenvolver uma ponderação e argumentação,⁵⁷⁹ supondo o seguinte fato: um ocupante de um cargo político importante foi flagrado na saída de um motel com sua amante e fora fotografado, de maneira que possibilitasse a identificação do motel. A foto iria ilustrar a capa de uma revista semanal, e a matéria seria intitulada “A infidelidade no poder”. Conhecedor do fato, o agente político ingressa em juízo pleiteando uma medida cautelar para que a publicação seja impedida, apresentando como fundamento o seu direito de privacidade (CF, Art. 5º, X), e comprovando que não há interesse na divulgação dos fatos de sua vida pessoal e ou sexual. A autora aponta como princípios colidentes a liberdade de expressão (CF, Art. 5º, IX) e de informação (CF, Art. 5º, XIV e 220).⁵⁸⁰

Os autores entendem que o caso não poderia ser considerado como “fácil”, visto que envolveria um conflito entre Direitos Fundamentais, devendo o juiz fazer uma ponderação dos valores envolvidos no caso concreto para determinar a sua escolha, entretanto, dever-se-ia assumir a possibilidade de várias respostas possíveis ao caso.⁵⁸¹ Prosseguem os autores dizendo que uma das respostas poderia ser a negativa da liminar, que envolveria os seguintes argumentos: (1) quando o fato divulgado for verdadeiro, somente em ocasiões excepcionais deveria o Poder Judiciário intervir; (2) que a notícia foi produto de um meio lícito de sua obtenção; (3) existência de potencial interesse público na notícia.⁵⁸² A argumentação utilizada pelo autores, no último item, utiliza-se de uma questão que merece ressalva. Dizem eles que “suponha-se” que a autoridade estivesse participando de licitação e que a mulher que o acompanhava fosse funcionária de uma das empresas licitantes, o interesse público da notícia se mostraria evidente.⁵⁸³

Isso vem a lembrar o posicionamento de Barroso quanto ao papel da argumentação jurídica. O autor acredita que a argumentação jurídica serviria para dar racionalidade à decisão, atribuindo-lhe aspectos de uma filosofia prática ou razão prática. A certificação da fundamentação racional ou da razão prática estaria garantida, entre outras considerações por: (1) recondução ao sistema jurídico, apontando uma norma constitucional ou legal que

⁵⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros editores, 2007, p. 297.

⁵⁸⁰ Id., Ibid., p. 297.

⁵⁸¹ Id., Ibid., p. 297.

⁵⁸² Id., Ibid., p. 298.

⁵⁸³ Id., Ibid., p. 238.

lhe sirva de fundamento; (2) a possibilidade de generalização do fundamento jurídico aos casos equiparáveis – chamado pelo autor de pretensão de universalidade que afastaria a casuisticidade das decisões judiciais; e (3) levar em consideração as consequências práticas que a decisão produzirá no *mundo dos fatos*.⁵⁸⁴ Entretanto, não parece que isso está presente no caso prático – hipotético – antes apresentado pelo autor.

O exemplo utilizado pelos autores não pode servir como uma das respostas possíveis. Isso porque, primeiro, de acordo com a Nova Crítica do Direito, sempre se pretende a resposta correta ou constitucionalmente adequada. E quando se pretende buscar a resposta correta, não são quaisquer argumentos que servem para determiná-la. São necessários argumentos de princípio, isto é, que guardem coerência com um conjunto de princípios tradicionalmente consagrados pelo sistema jurídico. No sistema jurídico brasileiro, por exemplo, poder-se-ia sustentar que o juiz equivocou-se em não deferir a liminar na medida cautelar citada. Ora, o caso concreto apresentado, por si só, não permite que o direito à personalidade e privacidade do agente público possa ser violado. Numa democracia, não se justificaria a mistura entre a vida pública da autoridade com a sua vida privada. A notícia somente terá relevante interesse público quando puder demonstrar que as relações da autoridade na sua vida privada influem no desempenho das suas funções públicas. Fora isso, não se poderia admitir a publicação da matéria. Veja-se, no caso concreto apresentado, não houve qualquer referência à participação do agente público em comissão para licitação. Esse argumento somente surgiu após o processo de ponderação, e não foi “ponderado” por ele. Na verdade, se pode dizer que o argumento surge apenas como um ponto de escape na argumentação (fundamentação) da decisão, não influenciando efetivamente no momento da ponderação. Assim fica a pergunta: seria possível ponderar sem levar em consideração a participação do agente público numa comissão de licitação? Ela seria decisiva? Se o fosse, como poderia surgir somente depois no momento da argumentação?

⁵⁸⁴ Cf. BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, op. cit., p. 311. (grifado) Aliás, o grifo foi feito para chamar a atenção quanto à dicotomia cientificista utilizada pelo direito para diferenciar direito do mundo dos fatos. Como se fosse possível dizer que o direito pode ser pensado dissociado ao mundo dos fatos. Como se a interpretação do direito se desse de forma genérica e abstrata, desconectada do mundo. Nesse sentido, anda longe a hermenêutica jurídica crítica. Só interpreta (compreende) aquele que tem mundo, e, para tanto, tem que ser-no-mundo. A unidade do mundo prático rompe qualquer tentativa de cisões. Pois quando se pergunta pelo fundamento, ou se vai atrás dele, é porque há muito tempo já-sempre se compreendeu.

O exemplo apresentado serve para desmascarar duas questões que corriqueiramente se apresentam na ponderação: (1) Há aqueles que apostam na ponderação como a primeira etapa da interpretação jurídica, e a argumentação, como segunda, na qual a fundamentação será determinada, partindo do pressuposto de que seria possível cindir a interpretação da fundamentação. Isto é, primeiro se decide, depois se sai à procura dos fundamentos.⁵⁸⁵ A Nova Crítica do Direito assume o pressuposto de que o fundamento é que possibilita a interpretação (compreensão explicitada do caso concreto). Quando se compreende, implicitamente, o fundamento se faz vigente na aplicação. Esse fundamento não pode ser cindido da aplicação, pois é a sua condição de possibilidade.

Quando se interpreta determinado fenômeno sempre está implicada a condição de ser-projetado ou ser-fundamento.⁵⁸⁶ A pergunta pelo fundamento sempre vem tarde. (2) o caso concreto (no exemplo apresentado, hipoteticamente concreto) nunca se encerra nele mesmo. Ou seja, para que a ponderação realizada na decisão ou para que a decisão se tornasse mais plausível argumentativamente, seria necessário acrescentar concretude ao fato concreto. Concretude essa que não estava presente. Quer dizer, em nenhum momento surgiu no caso concreto a circunstância de que a autoridade fizesse parte de uma comissão de licitação e de que a mulher que o acompanhava no motel fosse funcionária de uma das empresas licitantes. A argumentação nesse caso se assemelha à retórica, quer dizer, serve de um instrumento para manipular uma indevida invasão no Direito Fundamental do agente público. Se o direito envolve a decisão de casos concretos, não poderia a argumentação da ponderação se valer de fatos hipotéticos (apesar de que o fato concreto levado a cabo é hipotético). Se uma das “virtudes” da ponderação e da argumentação dela resultante seria analisar o caso concreto, tem-se notado que os fatos concretos, a partir da argumentação, são ampliados pelo julgador até aguentarem a extensão da decisão.

Considerando os argumentos acima, não seria possível dizer que a resposta é correta. Isso porque, ao se admitir várias possibilidades, o intérprete estaria descomprometido com os limites daquilo que se pretende interpretar. Quando se interpreta

⁵⁸⁵ Streck vai dizer que a presença paradigmática da filosofia da consciência se pode observar, por exemplo, quando se soluciona o problema, procurando a lei para fundamentá-la. Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 219.

⁵⁸⁶ Cf. HAAR, Michel. *Heidegger e a essência do homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 50: “A falta original do *Dasein* resulta do seu ser-projectado. O *Dasein* deve assumir o papel da causa, de princípio e de fundamento ainda que não se dê e não se tenha dado o fundamento, ele não é fundamento, mas <<apenas>> ser-fundamento, quer dizer, aquele que assume o ser-fundamento, <<O si que, como tal, deve colocar o fundamento de si mesmo, não pode nunca tornar-se mestre desse fundamento e deve, contudo, ao existir tomar sobre si mesmo o ser-fundamento>>.”

sempre se mantém vinculado com o “objeto” da interpretação, pois ele faz parte do mundo do intérprete. Quer dizer, o ser-no-mundo só interpreta o “objeto” (fenômeno jurídico, decisão judicial, fatos) de acordo com o seu mundo, e, nem por isso, estar-se-ia admitindo a possibilidade de relativismo na interpretação.

A resposta correta sobre a decisão deve assumir o ônus de que o intérprete *no* direito é refém da sua comunidade de princípios. Essa comunidade exige que a sua interpretação guarde coerência e integridade com o conjunto de princípios consagrados pelo sistema. Assim, num Estado Democrático de Direito, o agente público deve atuar visando a prática de atos que concretizem os objetivos da república (e.g., desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza) da mesma forma que a liberdade expressão e informação, principalmente da imprensa, que é vinculada à notícia de fatos de interesse público. Não se justifica na comunidade de princípios que a imprensa, no desenvolvimento de suas atividades, possa, sem um motivo concreto relevante que envolva a coisa pública, noticiar a vida pessoal da autoridade. Isso não importa para a democracia. Não se exige uma transparência da autoridade política a ponto de que a sua vida particular tenha que ser noticiada constantemente, sob pena dos noticiários se transformarem numa rede de fofocas. A justificação da compreensão do conjunto de princípios consagrados pelo sistema está presente na decisão apresentada pelos autores, contudo, não é possível a partir do caso concreto. Nota-se que a argumentação apresentada lançou mão de uma situação hipotética, não prevista no caso concreto, para esticar a possibilidade de argumentação diante de “novas circunstâncias” – participação em comissão de licitação - , para que coubessem na ponderação. Isto é, o caso concreto originário não continha os elementos fáticos hipotéticos trazidos na argumentação. Por isso, não se pode dizer que existe mais de uma resposta para o caso, mas apenas a resposta correta.

Por sua vez, percorrendo o já conhecido caminho metafísico de distinção entre as regras e os princípios – principalmente, as suas consequências aplicativas –, Virgílio Afonso da Silva, propõe a indagação quanto à possibilidade de colisões entre regras e princípios.⁵⁸⁷ A proposição do autor apresenta duas hipóteses: (1) se pretendesse sopesar para resolver a questão, as regras perderiam a sua condição de garantirem direitos definitivos, e, sob uma condição estrutural, não permitiriam a operação, pois não seriam

⁵⁸⁷ Cf. SILVA, *Direitos fundamentais*, op. cit., p. 51.

dotadas de uma dimensão de peso;⁵⁸⁸ (2) se a solução adviesse do plano da validade, estaria admitindo a possibilidade de expulsão do princípio do sistema normativo, por exemplo, ao invés de uma restrição ao seu mandamento de otimização.⁵⁸⁹

A solução à colisão entre uma regra e um princípio não poderia partir das duas proposições acima, visto que, ambas, apresentam problemas insolúveis, mas, envolveriam, sim, um sopesamento. Esse sopesamento não seria da regra estrito senso, mas do princípio que suporta a regra com o princípio colidente.⁵⁹⁰ Assim, seria possível admitir que o julgador afastasse o princípio que dá suporte à regra desde que o princípio contrário fosse considerado mais importante, devendo, portanto, ser satisfeito. Mas não se estaria criando outro problema jurídico? Quer dizer, as regras não teriam a função de promover a segurança jurídica com a certeza da sua aplicação? Pensando essas questões, o autor afirma que a regra não deixa de ser um sopesamento sobre dois princípios, realizado pelo legislador que recebeu uma competência para tanto. Não se poderia falar, propriamente, numa colisão entre regras e princípios, mas que as regras acabam sendo restrições aplicadas aos princípios após um sopesamento feito pelo legislador.⁵⁹¹

Diante da “colisão” entre regras e princípios seria possível analisar se a regra é constitucional ou não. O autor deixa claro que o responsável por essa convicção é o *juiz*. Sendo a regra considerada constitucional, ela continua sendo aplicada por meio da subsunção, ou, caso contrário, se violar um princípio importante – que reclamaria a primazia do seu mandamento de otimização –, deveria ser extirpada do sistema jurídico.

Existiria uma outra possibilidade - os “casos mais problemáticos” ou difíceis -, em que a aplicação da regra em um determinado caso concreto poderia provocar situações incompatíveis com outro princípio constitucional envolvido na situação. O exemplo proporcionado pelo autor é do caso Gerald Thomas.⁵⁹² O caso seria típico do crime de ato

⁵⁸⁸ Cf. SILVA, *Direitos fundamentais*, op. cit., p. 51.

⁵⁸⁹ Id., *Ibid.*, p. 52.

⁵⁹⁰ Cf. Id., *Ibid.*, p. 52.

⁵⁹¹ Id., *Ibid.*, p. 52: “Em geral, não se pode falar em uma colisão (entre regras e princípios) propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, feito pelo legislador, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção.”

⁵⁹² Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 83.996 (DJU 26.08.2005). O caso concreto diria respeito ao ato praticado pelo diretor Gerald Thomas que ao final da apresentação da sua peça, por ter sido ofensivamente criticado pela platéia exibiu suas nádegas. O diretor foi acusado de prática de ato obsceno, de acordo com o CP, art. 233: “Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.”

obsceno. Nele, Virgílio Afonso da Silva identifica a colisão dos seguintes princípios: de um lado o princípio de proteção pelo Estado da ordem pública, que ampara a regra (Código Penal, Artigo 233); do outro, o princípio da liberdade de expressão. Seria então possível, como o foi, a exclusão da tipicidade do autor, deixando de aplicar-lhe a regra. O afastamento da regra seria, portanto, uma questão de princípio. Como refere o autor, a argumentação jurídica poderia recorrer ao sopesamento,⁵⁹³ como o fez, podendo ser considerada como praticada no contexto do exercício da liberdade de expressão. O que teria se dado era a exclusão de uma conduta que não poderia, naquelas circunstâncias, ser comportada pela regra. Excluiu-se do tipo penal, a conduta praticada pelo acusado.

Se no caso Gerald Thomas foi possível sopesar princípios para retirar determinada conduta do tipo penal, e, portanto, do âmbito de restrição do direito fundamental, haveria casos em que a inclusão de uma situação poderia colocá-la diante da proteção auferida por um direito fundamental, diante de um sopesamento entre princípios, que à primeira vista poderia representar um conflito entre um princípio e uma regra.

O caso tomado como exemplificativo seria a possibilidade de levantamento dos valores do FGTS para custear o tratamento de saúde de dependente do titular da conta. A Lei n° 7.670/88 previa apenas a possibilidade de saque do FGTS se o titular do direito fosse acometido pelo HIV. De fato, como refere o autor, *a regra prevista na lei não poderia ser aplicada ao caso, já que não previa o benefício (n)aquelas situações.*⁵⁹⁴ Mas ela o foi. Assevera o Virgilio Afonso da Silva que a opção por incluir nas hipóteses da regra o saque do FGTS quando dependente do titular necessitasse, como se fosse o próprio titular, adviria de um sopesamento não entre a regra e o princípio, mas entre o princípio que apoia a regra com o princípio contrário.⁵⁹⁵ Destaca o autor que o sopesamento não é repetido em cada decisão sobre o assunto, porque *uma vez solidado o entendimento em determinado sentido, cria-se uma regra que institui exceção à regra proibitiva.*⁵⁹⁶ A afirmação procura explicitar a condição de que o sopesamento não seria repetido em cada uma das vezes em que o juízo se deparasse com o caso concreto, mas haveria apenas a subsunção de uma exceção à regra proibitiva, formulada a partir de um sopesamento, que seria aplicada na condição normal de uma regra.

⁵⁹³ SILVA, *Direitos fundamentais*, op. cit., p. 54.

⁵⁹⁴ Id., Ibid., p. 55 (grifado).

⁵⁹⁵ Id., Ibid., p. 55.

⁵⁹⁶ Id., Ibid., p. 55 (grifado).

Essas duas situações apresentadas, uma dizendo respeito à exclusão do tipo penal do âmbito de restrição do direito fundamental e a outra com a inclusão de hipótese para o exercício de um direito, antes não contemplado, serviriam de exemplos para demonstrar a possibilidade de criação jurisprudencial de regras mediante sopesamentos, da mesma forma que ocorre com as regras formuladas pelo poder legislativo.⁵⁹⁷ Procura Virgílio Afonso da Silva esclarecer, portanto, que o sopesamento seria um ato exclusivo no processo de criação de regras diante das circunstâncias do caso concreto, sendo que a incidência ou aplicação delas sempre se daria mediante subsunção.⁵⁹⁸

Diante dessas condições apresentadas pelo autor, parece que o sopesamento surge como uma possibilidade de flexibilização das regras, permitindo que se criem exceções às regras estabelecidas pelo Poder Judiciário ao alvedrio do julgador. Fica a pergunta: será que o julgador deve constituir as exceções que entender conveniente na legislação? Quando seria possível reconhecer a incapacidade de incidência da legislação?

Será que quando o julgador estipula uma exclusão do tipo penal não estaria deixando de aplicar a lei penal e, por isso, deixando de reconhecer a tradição do direito brasileiro pelo qual a vigência legislativa se dá a partir da publicação da lei. Não se está sustentando que não seja possível ao Poder Judiciário deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional. O que não poderia ocorrer é deixá-la de aplicá-la por entender que o caso sob análise produz uma exceção à regra. Isso porque seria bem fácil, mediante a discricionariedade do intérprete, abandonar o direito como um sistema de regras (e princípios), passando a valer, por causa da interpretação, um sistema de exceções. Esse é o problema. A tradição do direito brasileiro está fincada em restritas possibilidades que permitam deixar de aplicar a lei ou o dispositivo de lei, estes casos são traduzidos por Streck nas seguintes hipóteses: inconstitucionalidade (*declarada* pelo controle difuso ou concentrado); utilização dos critérios para solução de antinomias; pela interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*); na nulidade parcial sem redução de texto (*teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*) ou na declaração de inconstitucionalidade com redução de texto.⁵⁹⁹ Conforme refere Streck, “*fora dessas hipóteses, o Poder Judiciário estará se sobrepondo à legislação produzida de acordo*

⁵⁹⁷ SILVA, *Direitos fundamentais*, op. cit., p. 56.

⁵⁹⁸ Id., *Ibid.*, p. 56.

⁵⁹⁹ STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 562.

como a democracia representativa”⁶⁰⁰ E veja, quando o julgador controla a lei mediante qualquer um dos instrumentos supra indicados, atrai para si o ônus de fundamentar explicitamente as condições pelas quais aquela regra (lei) deveria ser afastada ou modificada no sistema jurídico. Se não agir dessa forma, perde-se o limite do sentido, o que resulta num apelo discricionário do julgador, pois a sua ação estaria sendo exercida fora das possibilidades viabilizadas pelos meios disponibilizados ao Poder Judiciário.

Mas qual é o limite do sentido? Como se compreende o direito? No primeiro caso, a regra foi flexibilizada, mesmo que o sentido atribuído a ela permitisse a configuração inquestionável da prática de um ato ilícito. Se estou numa banca para avaliação de dissertação ou tese e sou duramente criticado, tenho a possibilidade de exibir minhas nádegas em sinal de protesto? É o exercício do meu direito fundamental de expressão? Deixa de incidir a regra do Código Penal, art. 233? É por isso que é necessário reconhecer que se precisa constantemente (re)interpretar, pois o sentido é algo altamente contingencial, entretanto, não é relativo, pois guarda respeito à contextualização. Essa percepção do contexto é algo ontológico, que não se resume na suficiência ôntica da regra, do precedente ou jurisprudência. Com certeza, no caso da avaliação da dissertação ou tese, o contexto reclama uma decisão diferente.

Ora, novamente a fundamentação e os argumentos de princípio podem auxiliar. No caso de Gerald Thomas, como se justificaria, por argumento de princípio, que o bem jurídico tutelado penalmente seria os bons costumes se, em horário anterior, a televisão exibe em rede nacional as nádegas de humoristas que abusam da ridicularização humana. E mais, se o público presente já tinha se submetido à exposição nua dos atores em momento anterior, sem qualquer sentimento de ofensa. A solução do caso deveria se submeter à convicção moral pessoal dos julgadores? Parece que não há coerência sobre o bem jurídico tutelado.⁶⁰¹

Na segunda hipótese, veja-se o tamanho da contradição! Se a regra não previa a possibilidade de saque para tratamento de saúde do dependente, como tal sentido seria possível senão recorrendo à interpretação. O sentido da lei foi totalmente alterado pelo julgamento. Bom sinal disso foi a alteração promovida pelo legislador pouco tempo após.

⁶⁰⁰ STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 562 (grifado).

⁶⁰¹ Denúncia parecida é feita quando o Ministério Público age de forma diferente para coibir o crime de agenciamento na prostituição de acordo com a moral de diversos promotores, como exemplifica Streck. Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit.

Ora, se o legislador alterou a lei para que passasse a contemplar a situação reconhecida judicialmente é porque, antes disso, tal hipótese não poderia ser admitida sem superar a condição ôntica do texto. É dizer que a hipótese somente surgiu com a interpretação/compreensão exigida pelo caso concreto. A ponderação não teria sido a responsável pela inclusão da hipótese sob pena de negar o ato interpretativo, tomando-se o texto como algo pronto e acabado. Isso porque poderia dizer que o bem protegido pelo texto teria uma constituição ontológica clássica (como algo estático) ponderando-o diante de outros bens perceptíveis no caso concreto. Uma pergunta seria importante, novamente: quem pondera? O sujeito!

Fica ainda a seguinte pergunta: o texto de lei permitia? Aciona-se o alerta, ainda, quanto à falta de compreensão da diferença (ontológica) entre texto e norma, apesar da doutrina já ter tratado muito sobre o assunto, demonstrando que, nem sempre, o senso comum é tão comum assim.⁶⁰² Ou melhor, conforme Streck, o suporte ôntico da regra é ontológico.⁶⁰³ Entretanto, apesar da constrição ontológica, deve o julgador colocar sua compreensão em cheque, observando a integridade e a coerência do sistema jurídico e apresentar o critério utilizado na fundamentação mais extensa possível. Cogita-se, assim, que a ponderação, referida pelo autor, poderia ser substituída pela interpretação. Isto é, a mudança contingencial produzida pelo caso concreto permitia uma nova interpretação daquele texto, albergando uma nova hipótese, como um critério possível de ser universalizável.

Diante das afirmações de Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, seria possível notar a *cindibilidade do processo interpretativo*. O autor afirma que, em alguns casos, a descoberta sobre se o fato em questão é típico ou não, se enquadra ou não, na hipótese legal, seria uma tarefa de sopesamento da interpretação. Assim, num primeiro ato, dever-se-ia sopesar a interpretação da lei, para depois aplicá-la mediante o esquema de subsunção.⁶⁰⁴ O problema estaria na premissa hermenêutica assumida pelo autor ao dividir o processo de interpretação em duas etapas. A interpretação é um ato que não pode ser cindido ao estilo cartesiano, pois é reconhecido a ela um momento diferente da aplicação. Deve-se reconhecer com Gadamer o contrário, ou seja, que todo o ato de interpretação

⁶⁰² Streck vai estabelecer, inclusive, que a norma é reconhecida por Dworkin como um conceito interpretativo (compreensivo) de modo diferente que Alexy, que a toma, tão somente, por sua condição semântica, postura esta, típica do positivismo. Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 505.

⁶⁰³ Cf. Id., *Ibid.*, p. 178.

⁶⁰⁴ SILVA, *Direitos fundamentais*, op. cit., p. 59.

reclama a unidade com a aplicação. Quando se pretende interpretar determinado texto (como um fenômeno, evento ou norma) transita-se numa determinada tradição na qual a compreensão acontece sempre que aquilo que se pretende compreender é trazido à situação atual do intérprete pela *applicatio*.⁶⁰⁵ A *applicatio* somente é possível porque se perfectibiliza diante de uma unidade compreensiva proporcionada pela antecipação de sentido, no acontecimento da compreensão, impedindo que se delimite uma ruptura entre compreensão e interpretação e refutando a crença da hermenêutica romântica que fracionava a interpretação pelas *subtilitas*.⁶⁰⁶

Parece que para o problema acima apresentado seria possível propor uma interpretação conforme a constituição (*verfassungskonforme Auslegung*).⁶⁰⁷ A regra não precisaria ser efetivamente afastada do sistema jurídico. Estar-se-ia diante tão somente de uma das interpretações da norma incompatível com uma coerência e integridade do direito. O sistema desmoronaria se toda vez que um dos sentidos possíveis da “norma-texto” fosse considerado inconstitucional, e fosse retirado do sistema, por ser potencialmente contrário a um princípio “colidente”. Veja-se a importância da teoria da interpretação para o direito. Na verdade, a regra não é hermenêuticamente (estruturalmente) diferente do princípio. A regra, em si mesma, não pode ser considerada inconstitucional, mas tão somente a interpretação dada à regra. Não vale dizer, portanto, que a regra é aplicada por subsunção. Pois no caso da interpretação conforme a constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), a regra é mantida, mas a sua aplicação não pode ser feita por subsunção, considerando a necessidade de adição de sentido para que a lei seja adequada à Constituição.⁶⁰⁸

Vale, nesse sentido, o alerta de Streck: “o recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo

⁶⁰⁵ Sempre que se pretende compreender determinada coisa estar-se-á aplicando a ela a situação histórica do intérprete. A linguagem como *medium* hermenêutico impõe a impossibilidade de interpretação que não estabeleça um vínculo entre o sujeito e o objeto. Ambos estão no *medium* pelo qual se compreende. Por isso que Gadamer diz que *não é possível haver fala que não vincule simultaneamente quem fala com aquele a quem se dirige* (GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 514, grifado). O ato de interpretar nada mais é do que fazer a *concreção do próprio sentido* (GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 514, grifado). Assim, compreender/interpretar nada mais é que aplicar aquilo que se compreende a *nós mesmos* (GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 515, grifado).

⁶⁰⁶ A interpretação é um processo unitário realizado conjuntamente com a compreensão, mas se diferencia dela, pois procura explicitar o acontecer do ato compreensivo dentro de determinada tradição. É por isso que se pode dizer que a aplicação de um texto (ou evento, fenômeno) deve ser compreendido à situação atual do intérprete. A unidade como antecipação de sentido que acontece a compreensão/interpretação não admite rupturas. Cf. GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 406-407.

⁶⁰⁷ STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, op. cit., p. 611.

⁶⁰⁸ Id., *Ibid.*, p. 612.

uma porta aberta à discricionariedade.”⁶⁰⁹ Soma-se a isso, a ideia de Streck de que a ponderação, de um modo geral, e outro muito especial *in terrae brasilis*, não consegue cumprir com o ônus argumentativo-hermenêutico que envolve as decisões judiciais, cuja meta principal seria guiar-se pelas virtudes jurídicas consagradas na tradição de um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, deve-se comportar as relações entre direito e democracia. O Estado de Direito obriga que se leve os direitos a sério. Ou seja, o direito comporta um modo-de-ser próprio, em que padrões normativos são estabelecidos e institucionalizados para proporcionar segurança jurídica a sociedade. Vive-se em sociedade porque se compartilha determinados princípios que guiam as ações, através das quais se guiam as expectativas normativas. Sempre que se recorre a argumentos, é necessário que esses argumentos sejam buscados na comunidade de princípios que representa a tradição em que se está inserido. Isso poderia ser identificado como um dos “pilares” da compreensão do direito.

O segundo pilar (veja-se, não se pretende cindir a compreensão do direito com a enunciação de “pilares”, mas tentando, de alguma forma, ser compreendido) trata sobre a questão democrática. Democracia, além de exigir regras claras do jogo, reclama a transparência no exercício do poder. Como se tem ou se produz isso no direito? Pela fundamentação das ações públicas. O juiz quando pondera, dificilmente consegue expressar as suas convicções sobre o que está ponderando. E pior, elas não importam! Mas, como diria Dworkin, se o juiz parte de convicções sobre princípios, salta de uma postura pragmatista (o princípio da proporcionalidade resolve as questões, no entanto, após isso, ainda se mantém influenciado pela metafísica ao buscar o fundamento numa etapa posterior) para uma perspectiva participativa. Isso é, decide-se assim porque se faz parte de uma tradição jurídica que, principiologicamente, guia a decisão judicial. Precisa-se, isto sim, ser argumentado – hermenêuticamente. Melhor dizendo, explicitar as condições da compreensão/interpretação, tomando o cuidado (*Sorge*) de “deixar um espaço para o outro”, para a intersubjetividade, para a coerência e integridade da tradição jurídica na qual se está inserido.

A especialidade que *terrae brasilis* reclama ao princípio da proporcionalidade é o fato da sua utilização apresentar-se como veladora dos motivos pelo qual se decide. Ao contrário da ambivalência que a (des)velação assume no pensamento hermenêutico, o

⁶⁰⁹ STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 555.

manejo nominal do princípio da proporcionalidade acaba por esconder a compreensão. Como critica Streck, “o ‘pendor da balança’ em pretensos conflitos de direitos pode acabar por reconhecer direito onde direito não há”.⁶¹⁰ Não seria demais afirmar que a proporcionalidade acabaria de servir de enconderijo para a discricionariedade.

No entanto, outros, como Rogério Gesta Leal, entendem que a ponderação seria uma forma de dar prioridade a interpretações que favoreçam a integração político e social e que possibilitem um reforço na unidade política do sistema jurídico como um todo.⁶¹¹ Poderia o juiz, assim, efetuar uma escolha entre os valores morais⁶¹² diante da necessidade de ponderação entre bens, valores e interesses, mas, nem por isso, poderiam ser considerados como arbitrários, visto que seriam imparciais e neutros na identificação de alternativas.⁶¹³ Leal parte, portanto, da idéia de que os princípios sejam normas de caráter gradual, que interagem com o mundo, seus bens e interesses constituídos,⁶¹⁴ devendo o juiz, através de esquemas ponderativos, harmonizar a unidade valorativa do sistema jurídico, colocada em contradição pelas circunstâncias do caso concreto.

Aproveitando-se desse posicionamento, seria possível desenvolver a questão da proporcionalidade e da discricionariedade. É aparente que o autor mantém-se signatário da concepção de Alexy quanto à necessidade de ponderação de princípios como forma de resolver os casos concretos, mesmo reconhecendo que a carga de subjetividade do intérprete se faça presente. Tal situação fica clara, quando Leal afirma que a decisão que utiliza o juízo de ponderação pode servir tanto para que um princípio prepondere ou não.⁶¹⁵ Isto é, no final das contas, a ponderação acaba por recepcionar um juízo moral do julgador, definindo qual princípio deve preponderar. A validade da operação é proporcionada por uma certificação propiciada pelo procedimento. Ou seja, a racionalidade da operação é condicionada pelo procedimento em que se dá a ponderação no caso concreto,⁶¹⁶ mesmo que ela envolva juízos subjetivos (morais) do julgador.

Como a decisão está vinculada ao juízo subjetivo do julgador, não seria possível postular uma resposta correta, mas a resposta do procedimento. Nesse sentido, diz Leal que

⁶¹⁰ STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 555.

⁶¹¹ LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 95.

⁶¹² Cf. Id., *Ibid.*, p. 96.

⁶¹³ Cf. Id., *Ibid.*, p. 96.

⁶¹⁴ LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 132.

⁶¹⁵ Id., *Ibid.*, p. 130.

⁶¹⁶ Id., *Ibid.*, p. 131.

dever-se-ia abandonar a busca de adequabilidade (no sentido da resposta correta) proposta por Dworkin, para reconhecer as possibilidades da “aplicação ponderada (balanceada) de todo o sistema sobre o caso, apresentando solução contingencial – que poderia ou não persistir no tempo e espaço.”⁶¹⁷ A crítica a Dworkin não se limita a esse ponto. Leal ainda afirma que a tese de Dworkin seria bivalente, não existindo uma terceira opção quanto à análise de uma preposição jurídica ser correta ou não, fazendo com que o princípio a ser aplicado para solução do caso envolvesse uma discussão quanto à comprovação de que a reconstrução dos casos concretos teria sido feita de forma satisfatória.⁶¹⁸ Diante disso, deve-se ficar exposto que não é a primeira vez que Dworkin é mal interpretado (principalmente quando se pretende minar a proposta de resposta correta), tratamento também estendido a Gadamer (quando se pretende conhecê-lo apenas como um filólogo).

Ao contrário do que afirma Leal, Dworkin não reduz a análise da validade das proposições jurídicas à bitola binária ou à lógica do proibido ou permitido, haveria a possibilidade de uma terceira opção entre elas (proibido/permitido), mas que não seria uma opção qualquer. Quer dizer, não seria pelo fato de existir uma terceira opção que não seria possível postular uma resposta correta. As consequências para o direito de uma preposição jurídica não seriam independentes de conceitos jurídicos conclusivamente estruturados,⁶¹⁹ o que possibilitaria a aceitação de argumentos quando eles se ajustam melhor ou pior ao conjunto de princípios consagrados pelo sistema jurídico.⁶²⁰

Cabe refutar, de plano, eventual comparação com a cisão que a argumentação jurídica de matiz discursiva utilizada por Alexy faz entre ponderação e fundamentação. Isso porque a decisão (interpretação) é resposta correta, considerando o seu ajuste com a integridade e coerência, e, por isso, reclama a autoridade da historicidade principiológica consagrada pelo sistema jurídico. A resposta correta ex-surge da compreensão e, como todo aquele que compreende, possui a capacidade de iluminar os pressupostos da sua compreensão na interpretação. Quando se argumenta, é possível dizer que não se está em busca do fundamento, mas o fundamento é (faz parte da) compreensão. Assim, quando Dworkin fala que a decisão é correta quando apresenta a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de Direito tidas como estabelecidas porque possui

⁶¹⁷ LEAL, *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais*, op. cit., p. 130.

⁶¹⁸ Id., *Ibid.*, p. 131.

⁶¹⁹ DWORKIN, *Uma questão de princípio*, op. cit., p. 184.

⁶²⁰ Id., *Ibid.*, p. 203.

um argumento melhor a favor dessa preposição que a favor da proposição contrária,⁶²¹ não estaria utilizando o argumento como fundamentação da interpretação, mas fazendo com que o pressuposto hermenêutico-compreensivo, fincado nas pré-compreensões do intérprete construídas pela tradição, pudesse ser expressado intersubjetivamente.

Aqui se poderia dizer que a concepção de discricionariedade entre Dworkin e Alexy é completamente diferente. Enquanto que o jurista alemão assume a discricionariedade, inclusive classificando-a como estrutural e epistemológica, acaba por se (equi)valer da discricionariedade no sentido forte criticado por Dworkin. A Nova Crítica do Direito compra essa briga ao colocar o problema da discricionariedade como ínsito ao paradigma científico moderno, fincado no esquema sujeito-objeto. O sujeito as-sujeita o objeto, fazendo dele seu, dispondo dele.⁶²² Isso aconteceria com a interpretação no caso da ponderação.

A discricionariedade judicial no sentido da possibilidade do intérprete decidir de acordo com as suas convicções, visto que não seria possível mais decidir sem cair em uma controvérsia insolúvel, nada mais é do que o uso de preconceitos arbitrários no direito, principalmente, quando se pensa em bases democráticas pelas quais os princípios jurídicos desempenham um papel essencial de fechamento da interpretação.

Reconhecer-se uma discricionariedade judicial no seu sentido forte, como parece fazer Alexy quando aponta espaços discricionários estruturais e epistêmicos, parte de um conceito de princípio que não se coaduna com a postura exigida de um Estado Democrático de Direito. A tradição democrática envolve a salvaguarda de Direitos Fundamentais como uma das suas principais bandeiras. Se os Direitos Fundamentais, ou melhor, os princípios que sustentam as normas de Direitos Fundamentais são compreendidas estritamente do ponto de vista semântico da linguagem – na qual o âmbito de textura aberto permite a inserção de vários significados – e não de um ponto de vista hermenêutico, o espaço proporcionado pela clivagem metafísica entre sujeito-objeto reconhece um espaço gnoseológico no qual o sentido poderia ser depositado ou manipulado.

⁶²¹ DWORKIN, *Uma questão de princípio*, op. cit., p. 211.

⁶²² Aí residiria a arbitrariedade. Quando o intérprete deixa de se preocupar (*Sorge*) com o direito (modo-de-ser-do), relegando a intersubjetividade que a noção de integridade e coerência proporciona. Nesse caso, o intérprete se fecharia para si mesmo, não dando oportunidade para o outro. Esse fechamento para si mesmo nada mais seria que o solipsismo, pois, como refere Streck, o direito como integridade impõe limites à subjetividade do juiz. Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 267.

Parece, assim, que quando Alexy acaba por reconhecer limites próprios ao princípio da proporcionalidade - espaço da ponderação -, na verdade, retoma a velha concepção de sentidos disponíveis ao intérprete, que poderiam ser atribuídos às coisas sem significação. Quando Alexy identifica o limite da aplicação do princípio da proporcionalidade tudo seria possível, pois estar-se-ia no âmbito da coisa sem sentido. Surge, de imediato, a seguinte pergunta: é possível que as coisas no mundo não tenham sentido? Ora, a Hermenêutica Filosófica não conjuga dessa concepção.

Em virtude do encontro com a coisa sem sentido, imune à ação do princípio da proporcionalidade ou do método de ponderação, o intérprete poderia atribuir qualquer sentido. Seria como se o âmbito de discricionariedade identificado como estrutural e epistêmico marcasse um espaço de significação reservado exclusivamente ao intérprete. Sobre essa questão, quer dizer, espaços estruturais e epistêmicos de discricionariedade, Pulido refere que a posição de Alexy na primeira edição da sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* era de que, havendo o espaço de discricionariedade já referido, o julgador teria o poder de decidir se o ato em discussão era inconstitucional ou não. No entanto, o posfácio da sua obra, escrito algum tempo depois, apresenta uma modificação do posicionamento do autor, no sentido de que, verificando-se o âmbito de discricionariedade, o ato praticado deveria ser mantido como válido.⁶²³ O grande problema, aqui, não seria a mudança de posicionamento ao longo do tempo. Essa mudança poderia ser perfeitamente compreendida pela Hermenêutica Filosófica que assume o caráter fenomenológico do sentido. De outra forma, o sentido e a compreensão que se tem das coisas é histórico, temporal e, portanto, estaria numa progressiva formação.

O problema estaria no fato de que a discricionariedade não combina com os princípios jurídicos pensados como virtudes de um sistema além do modelo positivista de regras, muito menos, na sua concepção ontológica-existencial-compreensiva. Os princípios pensados dessa maneira transcendem os espaços discricionários identificados por Alexy, pois a facticidade do intérprete não permitiria a existência de espaços livres de significação. Streck vai dizer que não existem coisas sem sentido no mundo, aos quais seria possível acoplar o sentido.⁶²⁴

⁶²³ PULIDO, Carlos Bernal. Estructura y limites de la ponderación. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho*. n. 26. Alicante, 2003, p. 231.

⁶²⁴ Cf. STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, op. cit., p. 239-244.

O sentido já vem com o intérprete e determina as suas pré-compreensões. O grande desafio seria colocar as pré-compreensões em jogo, procurando privilegiar o modo-de-ser-do-direito que parece estar bem representado pelo (dever) de integridade e coerência com as virtudes consagradas pelo sistema jurídico democrático. A primeira tarefa seria reconhecer esse modo-de-ser, e a segunda, explicitá-lo (argumentativamente). Isso porque mesmo no caso – assumindo-se a perspectiva de Alexy, contra Alexy – de espaços discricionários (ou insuficiência ôntica), não seria simplesmente delegar o poder ao legislador ou ao julgador, mas procurar compreender o direito no seu modo-de-ser, visto como um empreendimento conjunto em progressivo desenvolvimento, um romance em cadeia, que exige uma constante (re)leitura da sua integridade e coerência.

Seria possível dizer, assim, que a fenomenologia hermenêutica (Hermenêutica Filosófica) vai adiante da argumentação (porque além da análise lógica analítica – aponfântica –, ela reconhece a condição hermenêutica - ontológica-existencial – do sentido, atendendo à dicotomia velamento/desvelamento) ao reconhecer que o sentido de algo sempre surge antecipadamente, como sua condição de possibilidade, podendo ser mostrado/ oculto pelo discurso.⁶²⁵

O processo de argumentação no direito somente se torna possível porque a compreensão do sentido se deu de maneira antecipada, como um modo-de-ser-no-mundo. Só é possível resolver um determinado problema jurídico porque nele se antecipa a compreensão do direito como uma totalidade, mas que se vela na argumentação, na mesma tônica em que o Ser do ente se vela, quando ele é descoberto.

A totalidade que se vela, o algo como algo, é a condição de possibilidade de qualquer processo argumentativo, lógico, explicativo, que não pode ser simplesmente transposto ao plano apofântico.

Para finalizar, seria possível valer-se de um caso que ganhou repercussão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao trazer a ponderação como forma de resolução. Ele se mostra importante ao guardar uma ambiguidade que, ao utilizar a proporcionalidade acaba, sem essa intenção, por reconhecer o modo-de-ser-do-direito, chegando na resposta correta a partir de argumentos de princípios.

O caso em questão seria o Habeas Corpus nº 82.424/RS, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que ficou conhecido como caso Ellwanger. O caso traz referência

⁶²⁵ STEIN, *Aproximações sobre hermenêutica*, op. cit., p. 60.

expressa à utilização da proporcionalidade como meio de aferir o limite do exercício do direito fundamental de liberdade de expressão, principalmente, considerando que inexistem direitos absolutos previstos na Constituição. O caso concreto dizia respeito ao julgamento de Siegfried Ellwanger responsável pela edição, distribuição e venda de livros anti-semitas de sua autoria. O paciente teria sido julgado inocente em primeira instância, tendo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o condenado em apelação. Diante da condenação, o paciente recorreu ao Supremo Tribunal Federal para fazer valer o seu direito de liberdade de expressão.

Entendeu-se que o princípio da proporcionalidade permitiria que se aferisse a constitucionalidade ou não de uma restrição a um direito fundamental, estabelecendo o “limite do seu limite”, o seu núcleo essencial ou uma eventual proibição de excesso da intervenção.

O Ministro Gilmar Mendes esclarece que o princípio da proporcionalidade deveria ser concebido como um método para solucionar conflitos entre princípios, ponderando-se o peso relativo de cada um dos princípios na sua condição de bens constitucionais. Uma questão do voto que merece ser ressaltada é a exposição do Ministro de que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve dar-se sempre que se pretender verificar a constitucionalidade da restrição de um direito fundamental ou um conflito entre os direitos fundamentais – princípios constitucionais – determinando-lhes o seu peso relativo num dado caso concreto.

Exposta a sua concepção da serventia da proporcionalidade, o voto do Ministro é um dos poucos que segue a risca as *subttilitas* da proporcionalidade, quer dizer, a ordem metodológica que certifica a aplicação do princípio. Assim, diz Gilmar Mendes, que o meio empregado – condenação do paciente – é adequado para alcançar o fim desejado, salvaguardando uma sociedade pluralista, na qual reine a tolerância. Para o segundo passo, seria necessária a medida adotada, pois a decisão condenatória proferida seria o meio menos gravoso, inclusive, previsto constitucionalmente pela criminalização e imprescritibilidade da prática de racismo. Por fim, a proporcionalidade em seu sentido estrito, na qual deveria prevalecer uma intervenção no direito de liberdade de expressão do paciente, garantindo a preservação de valores inerentes a uma sociedade pluralista e da dignidade humana.

Talvez a decisão adotada seja a que mais reproduz a doutrina de Alexy na aplicação do princípio da proporcionalidade e, mesmo assim – apesar de fundamentar cada um dos “sub-princípios” da proporcionalidade –, deixa de sintetizar o seu entendimento numa lei de colisão ou norma de direito fundamental aditada, para posterior fundamentação discursiva. Ou seja, nota-se que o emprego da metodologia do princípio da proporcionalidade não introduz o elemento argumentativo que Alexy reclama em seu pensamento.

Entretanto, vale ressaltar que, quando Gilmar Mendes, apesar de usar as subtilidades da proporcionalidade, ao se orientar pela ideia de proteção do excesso, coloca, ao mesmo tempo, uma interpretação que joga com o caso concreto e a tradição jurídica, determina se no caso em apreço há inconstitucionalidade que permita o provimento ao Habeas Corpus. Pode-se especular, ainda, que, ao pensar na proteção de excesso, o Ministro interpreta o direito a partir de uma comunidade significativa marcada pelo dever de proteção, permitindo-lhe reconstruir a tradição histórica-significativa da comunidade jurídica.

Outra lição valiosa do voto, poderia ser a denúncia da indeterminação significativa do método, pois o limite significativo que ele procura circunscrever sempre é determinado pelo modo-de-ser-no-mundo do intérprete, pela sua tradição, pelas suas pré-compreensões, que permitiram ao Ministro fundamentar a sua decisão em argumentos de princípio, revelando que, o princípio, desde já-sempre, marcou a sua compreensão sobre o direito.

Streck, ao analisar o presente caso, lembra da ambiguidade metodológica que o princípio da proporcionalidade assume, se dissociado de uma noção de integridade e coerência como condutores das pré-compreensões autênticas da tradição jurídica. Assim, ressalta Streck que, por exemplo, mediante o princípio da proporcionalidade e também da ponderação, considerar-se-iam os fatos atribuídos a Ellwanger atípicos frente à liberdade de expressão⁶²⁶ - voto do Ministro Carlos Ayres Britto -. Seria possível dizer que, analisando a liberdade de expressão, não teria o paciente cometido a prática de racismo – Ministro Marco Aurélio.⁶²⁷ Parece que a noção de princípio da proporcionalidade utilizada na dissidência é feita em esquecimento de valores constitucionais – virtudes – consagradas em princípios que comandam a compreensão de um Estado Democrático de Direito,

⁶²⁶ STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 555.

⁶²⁷ Id., *Ibid.*, p. 555.

incompatível com ponderações que, como alerta Streck, via de regra, acabam por ser uma porta aberta para a discricionariedade.⁶²⁸

Ao pensar-se em argumentos de princípios, a erradicação das discriminações e preconceitos é um objeto da República (Art. 3º, IV, da CF), além disso a tradição das sociedades democráticas impedem os direitos de expressão ao discurso do ódio (*hate speeches*) porque violam o princípio democrático.⁶²⁹ Seria possível reconhecer, assim, a resposta correta (adequada constitucionalmente).

A hermenêutica jurídica, de um modo geral – aquela que orienta o senso comum teórico -, necessita da responsabilidade de Dworkin, porque chama atenção para a reconstrução da tradição jurídica e nela a vinculação do intérprete. Isto é, faz parte do “objeto a ser interpretado”, como o seu conteúdo de responsabilidade política da decisão com o Estado Democrático de Direito – ou como diria Dworkin, é a melhor justificativa para a utilização da coerção pelo direito. Essa responsabilidade somente poderia ser satisfeita, quando o intérprete deixar consignado a sua preocupação (*Sorge*) com a integridade e a coerência da decisão com o direito como um todo, fundando-se, então, os argumentos de princípio.

O ponto é esse, a resposta correta no direito deve levar em consideração a necessidade de limitação do poder político insito a toda decisão. Não que a decisão se dê por motivos políticos, mas o direito, como um todo, deve seguir um determinado ideal político, marcado, por exemplo, pelos princípios jurídicos. É, por isso, que o argumento de princípios é superior ao argumento de política, pois resguarda o pacto, o compartilhamento de certas convicções tidas como necessárias pela comunidade.

Quando se fala em resposta correta, apoiado em Dworkin, está-se tão somente dizendo que é possível distinguir interpretações ou argumentos sobre casos concretos, partindo dos padrões solidificados no interior de uma prática jurídica, que permitem dizer e identificar argumentativamente que um resultado é melhor que outro, visto que reflete, de forma mais sólida, a historicidade do sistema jurídico vigente. Assim, quando Alexy vai dizer que a sua teoria do discurso – fincada em regras e procedimentos - poderia, no máximo, apontar respostas possíveis, mas não a resposta correta, parece que abdica de participar da comunidade jurídica e da preocupação dela em apresentar a decisão que melhor justifique o sistema jurídico então vigente.

⁶²⁸STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 555.

⁶²⁹Id., *Ibid.*, p. 554-555.

Procurando contribuir na tarefa de buscar respostas corretas, a Nova Crítica do Direito aponta alguns indícios formais ou dicas hermenêuticas⁶³⁰ – não como regras metodológicas para certificar a interpretação – como pré-compreensões ou sentidos prévios que deveriam ser questionados na aplicação do direito. Seriam eles: (a) a preservação da autonomia do direito contra tendências de análises políticas, morais ou econômicas do direito; (b) condições hermenêuticas para o controle das decisões judiciais, como medida antidiscrecional, reconhecendo o limite do direito democraticamente produzido e a necessidade de fundamentações das decisões judiciais – Art. 93, IX da Constituição; (c) respeito à integridade e coerência do direito, como vinculação do intérprete à tradição (“jurídica”), trazendo na fundamentação da decisão a relação de continuidade ou rompimento com ela; (d) fundamentação esta, que, da mesma forma, servirá para mostrar a garantia de respeito à tradição que a Constituição reclama, dando condições para aferir se a resposta é correta (constitucionalmente).

⁶³⁰ STRECK, *Verdade e Consenso*, 3. ed., op. cit., p. 540.

5 CONCLUSÃO

O problema ou a hipótese central que conduziu a pesquisa foi a investigação da probabilidade de a utilização da proporcionalidade nas decisões judiciais acabar por implicar um exercício discricionário/arbitrário do poder outorgado à jurisdição constitucional. No entanto, para perseguir esse propósito geral, foi necessário transpassar algumas etapas que, de certa maneira, confundem-se com os objetivos específicos do presente trabalho expostos na sua introdução.

Identifica-se, como primeira observação, a comparação da proporcionalidade ao princípio epocal notado na história da filosofia – como denunciado por Heidegger, Stein e Streck –, com os efeitos projetados no direito. Isto é, como um critério que serve de fundamento para os problemas deliberativos judiciais. Contudo, os pressupostos da decisão ficariam encobertos pela força autoevidente da proporcionalidade, provocando sérios problemas na identificação dos critérios utilizados, elementos estes caros ao exercício democrático do direito.

Ao passar pela história hodierna da proporcionalidade, estabeleceu-se uma relação dela com o realismo jurídico e a jurisprudência dos valores, empregados para superar o positivismo jurídico formal. Seria a proporcionalidade uma alternativa para o controle da legislação formalmente democrática diante dos Direitos Fundamentais, valores estes, intangíveis à sociedade.

Assumindo essa postura, o Tribunal Constitucional Alemão tomou a proporcionalidade como critério para dar maior eficácia aos Direitos Fundamentais, no entanto, vinculado às condições jurídicas e fáticas do caso concreto. Concentrando-se nas decisões do tribunal, Robert Alexy desenvolveu a sua Teoria dos Direitos Fundamentais. Parece que uma das principais preocupações do jurista foi justificar a existência de normas atribuídas ou derivadas, suportadas por um âmbito de abertura semântica e estrutural das normas de Direito Fundamental.

Desenvolveu o autor, no âmbito de abertura estrutural das normas de Direito Fundamental, uma dicotomia que separa os problemas jurídicos em duas espécies, os quais comportam diferentes formas de lidar com eles. Falou-se, então, em regras como mandamentos definitivos, aplicados da maneira “tudo ou nada” – pela subsunção – e, havendo conflitos entre regras, deveria utilizar-se dos critérios de soluções de antinomias ou incluir uma cláusula de exceção que resolvesse o problema. Os casos resolvidos

mediante as regras passaram a ser conhecidos como os casos fáceis. Aos casos difíceis, destinaram-se os princípios, cujos mandamentos seriam *prima face* ou de otimização, realizados gradualmente, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas provenientes do caso concreto.

Alexy, ao reconhecer a realização gradual dos princípios, acaba equiparando-os aos valores. Ambos seriam conceitos práticos, realizados em situações específicas. Todavia, os princípios se diferenciariam em virtude da sua deontologia. Outra condição da equivalência entre princípios e valores estaria na preferência daquele princípio ou valor que apresentasse uma fundamentação como critério para a sua valorização ou aplicabilidade. Consequentemente, o direito fortaleceria uma ordem transitiva de valores, ordenada mediante sopesamentos, como um esquema de precedência *prima face*, ou, até mesmo, uma rede de decisões concretas sobre preferências.

Parecia que a dúvida de Alexy era saber quais normas poderiam ser atribuídas ou derivadas dos Direitos Fundamentais. O questionamento, ao ser redefinido tornaria o objetivo mais claro: que interpretação dar-se-ia aos Direitos Fundamentais? Ou melhor, como justificar essa interpretação nos casos (difíceis) em que não se deduziria a interpretação diretamente do texto dos Direitos Fundamentais? Aproveita-se para apresentar a afinidade do assunto com a hermenêutica jurídica.

A divisão estrutural proposta por Alexy, mas que retomava o debate entre Hart e Dworkin, acabou dominando a Teoria do Direito, Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica, Teoria das Normas, disseminando-se nos mais variados ramos do direito. Para o senso comum teórico que momentaneamente vigora, falar em aplicação do direito é mencionar a dicotomia casos fáceis e difíceis, regras e princípios.

Mas, prosseguindo com Alexy, chega-se à exigência dos casos difíceis ou, pelos intérpretes dos casos difíceis, à ponderação. Para resolver os problemas mais difíceis do direito, dever-se-ia apelar à ponderação de princípios de acordo com as circunstâncias do caso concreto. A partir de então, todo o caso passou a representar um conflito de princípios, cuja solução exigiria a ponderação do julgador. Nem sempre se vê a expressa referência à ponderação, mas percebe-se a utilização de: sopesamento ou proporcionalidade. Tomados como sinônimos pelo senso comum teórico.

Questão importante a ser ressaltada é que no caso de colisão entre princípios, diria Alexy, o julgador deveria estabelecer a lei de colisão que organizasse a relação entre os

princípios, considerando as circunstâncias do caso concreto. Aplicar-se-ia, mediante subsunção, a lei de colisão. Verificando isso, conclui-se que os princípios nunca poderiam resultar na concretização normativa, mas somente seriam aplicados quando houvesse princípios contrapostos, momento este, em que se formaria a lei de colisão ou de sopesamento. Feita a lei, seria ela aplicada através da subsunção ao caso concreto. A ordenação dos princípios na sua transformação em leis (regras) seguiria um esquema metodológico imposto pela máxima da proporcionalidade, possibilitando a resolução dos conflitos (colisão) entre princípios.

A lei de colisão seria a primeira etapa da aplicação das normas de Direito Fundamental, estruturadas como princípios, mas não se dando sozinha, exigindo o critério da proporcionalidade. Alexy refere-se a esse critério como máxima da proporcionalidade que envolveria outras três submáximas ou regras: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Através de Virgílio Afonso da Silva, ficou claro que as sub-regras guardariam entre si uma relação de subsidiariedade para o teste da proporcionalidade.

Para que não reste dúvida, vale esclarecer que a colisão de princípios seria identificada pela intervenção que os meios eleitos pelo Estado para realizar os fins constitucionais imporiam num princípio como norma de Direito Fundamental. Ver-se-ia, nas entrelinhas, a colisão de princípios. Esta somente apreciada, na terceira submáxima, a da proporcionalidade em sentido estrito.

Por isso, a inconstitucionalidade guiada pela proporcionalidade exigiria verificar: 1) a adequação entre a medida utilizada e o fim almejado; e 2) a necessidade, colocando em sopesamento as alternativas possíveis. Implementados esses pressupostos, partir-se-ia efetivamente para a proporcionalidade no seu sentido estrito, na qual os princípios colidentes seriam efetivamente apreciados, submetendo-os à lei de sopesamento. Esta comporta a seguinte enunciação: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”

Utilizando-se da lei de sopesamento, construir-se-ia a relação entre os princípios colidentes, alocando a importância de cada elemento envolvido para, numa etapa posterior, valer-se dessa estrutura para guiar a fundamentação/argumentação. Explorando alternativas para certificar de racionalidade – como legitimidade – a sua proposta de sopesamento, Alexy se ampara num modelo aritmético para quantificar o grau de não-satisfação do

princípio, importância do princípio contrário e a justificação da relação de interdependência de um com outro. Utiliza-se Alexy, então, do recurso às escalas graduais leve, média ou grave, para regular a relação de intervenção e importância de realização dos princípios, designando-as como lei de sopesamento material, colocando-as, ainda, em jogo, com a certeza da realização empírica dos pressupostos. Esta chamada de lei de sopesamento epistêmica. A lei de sopesamento material e epistêmica formaria a Fórmula de Peso que estruturaria um conjunto de relações sopesadas (suporte para a lei de colisão ou precedência condicionada) que guiaria a fundamentação/argumentação jurídica para Alexy.

A fórmula de peso, bolada por Alexy, auxiliaria a identificar os limites da ponderação. Esses seriam os buracos do direito, lacunas que restringiriam a atuação da jurisdição. Para Alexy, quando houvesse empate na ponderação – quando, por exemplo, a intervenção forte se deparasse com uma importância forte de realização – estar-se-ia diante do espaço de discricionariedade estrutural. Ainda, quando não pudesse obter certeza sobre os fatos empíricos relevantes, estar-se-ia diante de uma discricionariedade epistêmica. Verificando-se os espaços, dever-se-ia considerar o poder discricionário do legislador para resolver os problemas, não podendo o judiciário intervir neles – posição diferente da original presente na Teoria dos Direitos Fundamentais, assumida, no posfácio da obra.

Uma breve retomada auxiliará, como parada metodológica, para sustentar a ideia que está por vir. O limite da interpretação dos Direitos Fundamentais seria sintetizado pelo questionamento sobre uma norma atribuída ou derivada, considerando a abertura semântica/estrutural, construída mediante ponderações que organizariam a relação entre princípios. Essa organização permitiria produzir uma regra de precedência condicionada, aplicável por subsunção ao caso concreto, cuja legitimidade seria obtida pela fundamentação/argumentação.

A referida organização evidenciaria uma conexão entre direito e moral, como necessária, promovendo uma pretensão de correção. O conceito de direito, para Alexy, deveria compor-se pela coerção, cujo uso se justificaria pela lei. Este seria o elemento moral formal, como dimensão real ou fática do direito, envolvendo a pretensão de correção formal. Entretanto, o direito também reclamaria uma dimensão ideal ou crítica, como sua condição externa, derivativa de razões morais. As razões morais seriam aquelas que exigiriam a vinculação entre a pretensão de correção do direito com a pretensão de

correção aos Direitos Humanos ou fundamentais. Assim, o direito positivo (pretensão de correção formal) poderia ser criticado quando desajustado aos Direitos Humanos ou Fundamentais (pretensão de correção material).

Cogita-se que o ato de decisão, para Alexy, ao implicar a pretensão de correção (material e formal) possibilitaria a integração de elementos morais do julgador. Essa condição estaria tanto na aplicação da máxima da proporcionalidade, na ponderação, quanto na formulação de uma regra de precedência condicionada (lei de colisão). Recorrendo-se à dicotomia casos fáceis e difíceis, o recurso do direito à moral seria uma necessidade imposta pela limitação do sistema jurídico, possibilitando ao juiz importar razões morais (pela pretensão de correção material) ao direito.

A pretensão de correção exaurida numa regra de precedência condicionada somente seria racional, legítima e válida, se fundamentada. O que deveria ser fundamentado estaria indicado pela estrutura montada pela Fórmula de Peso (grau de intervenção, grau de satisfação e certeza empírica). Portanto, através de um procedimento discursivo próprio, com regras próprias, que a decisão (ponderação, regra de precedência) seria fundamentada. A Teoria do Discurso de Robert Alexy envolveria um procedimento e regras que conduziriam à fundamentação. Haveria regras e procedimentos próprios do discurso ou argumentação em geral, como regras especiais, específicas do discurso ou argumentação jurídica. A argumentação, na sua condição geral, fixaria o discursivamente possível, enquanto que, na condição jurídica, o juridicamente permitido. Assim, quem pretendesse fundamentar argumentativamente uma decisão (interpretação) jurídica, deveria pautar-se pelas regras e procedimentos gerais e especiais, estes próprios do direito.

Parece que, para Alexy, a argumentação jurídica seria a maneira de dotar de racionalidade prática a decisão (ponderação), resolvendo problemas práticos fundamentadamente. O direito institucionaliza elementos próprios (processo legislativo, discurso jurídico e processo judicial) possibilitadores de decisões práticas. Alexy vai referir, então, que existiriam 28 regras a serem cumpridas para satisfazer, ao mesmo tempo, o discurso prático geral e o jurídico. Tais regras poderiam ser classificadas em dois grupos. O primeiro, de justificação interna, pela qual as premissas assumidas pelo intérprete para a decisão jurídica deveriam ser explicitadas, procurando-se, a partir do maior número de proposições possíveis, demonstrar o concatenamento do silogismo. O segundo, de justificação externa, procuraria fundamentar as premissas utilizadas, dotando-

lhes de racionalidade. O problema estaria na forma como as diversas regras de justificação externa seriam organizadas e hierarquizadas, para se considerar fundamentada a utilização das regras de justificação externa.

Uma das saídas identificadas seria a utilização da argumentação prática geral. Ela acabaria por resolver a questão quanto à organização e hierarquização das regras de justificação externa, fundamentando-as, bem como integrando premissas adicionais fundadas no discurso prático geral. Quando se recorre a esses elementos como fonte de racionalização do direito, o sujeito é colocado como protagonista do direito, dessa forma, aposta-se na sua capacidade de utilizar-se da linguagem (argumentação prática geral) como um instrumento hábil para tornar racional e legítima a interpretação/decisão.

A primeira parte do trabalho cumpre o seu objetivo que era apresentar a teoria do direito de Robert Alexy, concentrando-se na questão dos elementos de criação da norma atribuída (produto da ponderação), como seguidores da máxima da proporcionalidade, partindo da dicotomia texto e norma, regra e princípio, casos fáceis e difíceis. Ainda, como objetivo decorrente, ilustrou-se como a norma atribuída encontraria a sua racionalidade e legitimidade mediante uma certificação procedimental e argumentativa.

O próximo objetivo do trabalho seria montar as bases da Nova Crítica do Direito, como um pressuposto teórico utilizado para questionar a presença da discricionariedade na ponderação guiada pela proporcionalidade e a sua forma de fundamentação racional, através da argumentação.

A primeira questão, abordada na segunda parte do trabalho, procurou apresentar a vinculação do direito brasileiro a um modelo positivista, influenciado pelo formalismo científico, e a dificuldade na transição para um paradigma pós-positivista ou neoconstitucionalista. Isso porque o positivismo vigente no Brasil encontra dificuldades em (re)formular a teoria das fontes, normas e interpretação frente aos novos desafios impostos pela assunção da Constituição como principal fonte de validade e legitimidade do sistema jurídico democrático, mais ainda, quando a eficácia das normas constitucionais são reforçadas por mecanismo (garantias) constitucionais que permitem a intervenção no poder mediante à jurisdição constitucional.

A filosofia analítica e a ciência moderna teriam a sua parcela de contribuição na dificuldade de superação do positivismo jurídico que, por algum tempo, relutou em admitir a força normativa das normas constitucionais, principalmente, dos princípios

constitucionais dissociados de uma noção meramente programática. No seu suporte filosófico, o direito estaria influenciado pelo domínio metafísico do esquema sujeito-objeto, mantido pela determinação epistemológica do conhecimento jurídico dominada pela teoria do conhecimento. Um dos sintomas seria a baixa constitucionalidade que assolou o senso comum teórico brasileiro, tendente a dogmatizar e objetificar o direito e o conhecimento jurídico. Mesmo com todo o avanço da doutrina neoconstitucionalista, viu-se revigorada uma das principais características do positivismo jurídico: o encobrimento da importância da interpretação jurídica e a correspondente discussão quanto ao poder discricionário. Isso porque a interpretação continuou sendo um elemento subsidiário destinado às lacunas do direito transformadas em cláusulas gerais, conceitos indeterminados, textura aberta da linguagem, ou seja, foi destinada aos casos difíceis. Nesses casos, vigoraria a discricionariedade judicial. No entanto, a discricionariedade judicial não combina com a democracia, visto que esta pressupõe o exercício do poder de forma transparente e comprometido com a possibilidade de controle intersubjetivo. Esse é o ponto de concentração da Nova Crítica do Direito.

A Nova Crítica do Direito idealizada por Lenio Luiz Streck pretende compreender o fenômeno jurídico sem reduzir a complexidade própria que envolve a sua interpretação, validade, legitimidade, vigência e aplicação. Procurando superar a abstração e generalização dogmática objetificante (entificante) do direito, transformador da singularidade dos casos concretos em pré-determinados, em pautas gerais, a Nova Crítica do Direito recorre à Filosofia Hermenêutica e à Hermenêutica Filosófica. Para enfrentar o desafio de um direito preocupado com a intersubjetividade exigida pela democracia, convicção oposta à discricionariedade judicial, vai buscar apoio na concepção de direito como integridade de Ronald Dworkin.

Assumindo esse paradigma, a interpretação e a linguagem passam a contribuir significativamente na compreensão e resolução dos problemas jurídicos. O primeiro destaque é a Filosofia Hermenêutica de Heidegger. Com isso, a facticidade toma conta da filosofia. Não se poderia mais perder-se no idealismo ou realismo filosófico, numa concepção que superava essas duas tendências através do fio condutor do *Dasein*. Ser-no-mundo seria a condição de possibilidade do conhecimento das coisas. O *Dasein*, não mais como simples sujeito, desde já sempre compreende o ser ao se relacionar com os entes, conjugando uma estrutura ôntica e ontológica. Ao existir, deparando-se com os desafios

próprios dessa condição, o *Dasein* é colocado como descobridor do sentido das coisas, fenomenologicamente, guiando-se pelos teoremas do Círculo Hermenêutico e da Diferença Ontológica.

A compreensão constitui originariamente a interpretação. Compreende-se porque se interpreta, e se interpreta porque já se compreendeu. A compreensão é uma projeção da existência, jogando o sentido das coisas para o *Dasein*. Esse movimento de lançamento do futuro (projeto), remontado o passado (facticidade) junto ao presente (decaída), seria o sentido ontológico do *Dasein*. O ser do *Dasein* seria o cuidado (*Sorge*) na responsabilidade de solicitude (*Fürsorge*: ser-com-outrem) e na utilização das coisas (*Besorgen*: ser-junto-às-coisas). O *Dasein* reconheceria a sua condição mais originária (ontológica-existencial) ao cuidar da sua relação com o mundo, colocando-a sempre de algo como algo (*etwas als etwas*). O acesso do *Dasein* ao Ser somente dar-se-ia pelo ente, na clivagem de algo como algo. O homem compreende determinado sentido porque tem pré-compreensões (posição prévia, visão prévia e concepção prévia) que orientam a sua compreensão sobre cada ente que pretende compreender. As pré-compreensões não seriam estáticas, mas orientariam o sentido para o *Dasein*. Heidegger vai assumir a fenomenologia hermenêutica para conduzir o *Dasein* a conhecer as coisas mesmas e, nesse ato, deveria haver um procedimento que exigiria a constante confirmação e revisão da compreensão diante das coisas mesmas. Isso implicaria o encontro do homem com as coisas no mundo, tendo o cuidado de integrá-las à estrutura circular da compreensão. Surge, daí, o jogo entre a pré-compreensão e a compreensão, sendo uma a necessidade do tempo como cuidado. Isto é, o sentido das coisas sempre é antecipado na estrutura de algo como algo, aberta a novas possibilidades. O algo como algo seria um pressuposto de completude de sentido (inacabado) que sustentaria sempre uma significação conjuntural das coisas, como condição de possibilidade do conhecer.

O círculo hermenêutico seria uma das formas de acesso ao ser dos entes, trazendo-o ao fenômeno (mostração), pois, para Heidegger, o ser estaria sempre numa ambivalência entre desvelamento e velamento. As coisas se anunciariam sempre num contexto conjuntural, sendo, por isso, importante *entrar no círculo de modo adequado*. A estrutura circular, que pressupõe um contexto significativo prévio que se antecipa, rompe com qualquer possibilidade científica moderna de cisão entre sujeito-objeto. A unidade do sentido, como resultado da simbiose do ser-no-mundo, impede qualquer cisão metafísica.

O algo como algo aponta para um pressuposto de finitude e uma condição de liberdade do *Dasein* ao sustentar a sua compreensão sobre a diferença ontológica. Seria a possibilidade de diferenciar ser de ente, porque teria a possibilidade de compreender tanto o ser quanto o ente. O ser (sentido) do ente (coisa) se apresenta e se modifica de acordo com o contexto significativa mutável em que ganha sentido, exigindo, por isso, o cuidado (*Sorge*) como o guia dessa diferença. Por essa razão, *Ser* e *Tempo* estariam juntos.

Aquilo que se compreender pode ser articulado pelo ser-no-mundo como uma derivação da compreensão/interpretação no juízo levando à proposição, levada ao discurso. O *logos* permitiria mostrar o ente que se compreendeu, o ser na sua manifestação, mas não na condição originária (algo como algo), ontológica. A proposição, portanto, traria um “como apofântico” derivativo e fundado num “como ontológico”. Dito isso, a superação da verdade como juízo (*adequatio intellectus et rei*), preocupa-se com aquilo apropriado pelo ser-no-mundo e levado a fenômeno. A verdade renasce como *aletheia*, como aquilo tirado do velamento, por isso, desvelamento (*Unverborgenheit*). O ente (coisa) se mostraria no seu ser e estar descoberto (sentido), cuja possibilidade ontológica seria o ser-no-mundo. Seria o ser-no-mundo o fundamento (sem fundo) ontológico da unidade significativa (ser-mundo). Assim, toda a verdade ôntica (proposição, juízo) se fundaria na verdade ontológica (existencial, compreensiva), como unidade significativa do ser-no-mundo em que a diferença aparece.

Levando a linguagem como centro da interrogação filosófica e meio de acesso que possibilita a experiência hermenêutica, Gadamer, como seguidor da filosofia heideggeriana, procura, através da Hermenêutica Filosófica, opor-se à redução da perspectiva cognitiva imposta pela ciência moderna. A sua oposição quanto ao método como instrumento capaz de medir a verdade como certeza, deixava de fora elementos históricos que determinam o conhecimento das coisas. A compreensão e interpretação das coisas é marcada por um acontecer histórico temporal, determinado pela concretude e singularidade do compreender. A hermenêutica, como uma ciência da interpretação, deveria se livrar desse pré-conceito científico e normativo, entregando-se ao seu destino filosófico, como uma experiência de sentido mediado pela linguagem.

A compreensão como chave de entendimento das coisas, como uma concretude da facticidade, poderia ser entendida como historicidade de uma tradição que se transmite pela linguagem. O sentido (ser) das coisas (entes) seria transmitido pela linguagem,

constituindo uma determinada tradição em que o intérprete se encontraria. A tradição, para Gadamer, passa a ser a fonte das pré-compreensões, tomadas como pré-juízos que suportam o compreender/interpretar. Pertencer à tradição é compartilhar de determinados pré-juízos que orientam a compreensão das coisas. Aponta, assim, como grande problema da ciência moderna a negação quanto à produtividade dos pré-juízos, tomando-os como uma questão prejudicial que poderia ser isolada pelo método científico moderno. Negava-se, portanto, que a tradição marcaria o horizonte de compreensão das coisas. Horizonte este aberto, em constante e progressiva formação, permitindo uma perspectiva alargada do sentido das coisas.

A experiência hermenêutica estaria em reconhecer que o intérprete, ao procurar compreender determinadas coisas, acabaria fundindo o seu horizonte significativo com um horizonte próprio da coisa, não sendo possível horizontes estantes e fechados. Compreender as coisas seria fundir horizontes, operação pela qual o estranho se tornaria familiar. Essa fusão se daria pela antecipação de sentido próprio da compreensão, na qual as coisas sempre apareceriam aplicadas àquele que pretende compreendê-las. A compreensão implicaria na *applicatio*, procurando trazer aquilo que se quer interpretar para o horizonte próprio. Uma das tarefas hermenêuticas seria dar a chance, também, para que o horizonte da coisa se mostre por si mesmo, como um ato de consciência da história efetual. A tradição ou a pré-compreensão autêntica é aquela que permite a coisa se mostrar na sua alteridade, procurando suspender uma antecipação de sentido totalizadora. Assim, quando se quer compreender um texto, fato, caso concreto, a pré-compreensão seria o ponto de partida, mas não garantiria a chegada. O homem estaria envolvido na tarefa fenomenológica (hermenêutica) de, através da mediação pela linguagem, trazer o ser a sua mostraçã (fenômeno), apropriando-se desse sentido. Seria na apropriação do sentido que o horizonte compreensivo estaria numa progressiva constituição de conceitos (pré-compreensões) sobre as coisas. Conceito e coisa guardariam uma unidade misteriosa na linguagem.

Mistério este colocado em evidência pelo modo-de-ser da linguagem, envolvendo características como a contingência (contextualidade do sentido) e idealidade (apreensão e transmissão do sentido pela linguagem), possível de ser compreendido como um ato de aplicação (*applicatio*), não como mera reprodução do sentido do passado, mas como mediação produtiva (*Sinngebung*) do sentido no presente. A linguagem, ao apreender e

transmitir o sentido (abrigo-o), apresentaria as duas faces do ser: velamento e desvelamento. Pensando nisso, parece que Gadamer vai retomar a noção da dimensão apofântica, condicionando-a ao hermenêutico (ontológico), questão importante à argumentação, pois a relação existente entre verdade (des-velamento) com o ser deve ser imprimida no discurso verdadeiro. Assim, reduzindo-se a linguagem ao seu modo-de-ser instrumental, ficaria sempre de fora o não-dito e encoberto, e, porque não, a sua essência, que é algo mais originário presente na dimensão ontológica-existencial que lhe dá suporte.

Parece que Streck busca, na Filosofia Hermenêutica e na Hermenêutica Filosófica, colocar em xeque toda a construção da modernidade desenvolvida sobre o binômio sujeito-objeto que influencia o conhecimento e a crítica do direito. Conduz, assim, a reflexão sobre o sentido das coisas, reclamando um caráter comunitário, compartilhado, intersubjetivo. Essa intersubjetividade se dá *na* e *pela* linguagem que constitui o mundo onde habita o intérprete. Todo o conhecimento, a partir de então, rompe com a racionalidade linear de causa e efeito, que se baseia na postura metafísica – aristotélica/tomista ou cartesiana/criticista –, adentrando na produtividade circular proporcionada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica, as quais, numa postura fenomenológica, exigem a constante revisão dos pré-conceitos diante do confronto com a coisa mesma.

Restaria, então, encontrar subsídios para lutar contra a discricionariedade judicial, que foi encontrada no pensamento de Ronald Dworkin. Retoma-se, portanto, o debate Hart-Dworkin quanto à existência de casos fáceis e difíceis, sendo que nos primeiros, o direito como um sistema de regras daria conta do problema mediante subsunção, ao passo que nos segundos, o intérprete teria o poder discricionário, no sentido forte, para decidir o caso de acordo com as suas próprias convicções. Dworkin procura desenvolver, na verdade, um sistema jurídico que inclua princípios como padrões normativos diferentes das regras, hábeis a suportar a declaração oficial de uma obrigação jurídica. Concentrando-se no debate com Hart, Dworkin sustenta que as regras seriam aplicadas da forma “tudo ou nada”, ficando os princípios responsáveis por orientar uma decisão particular. E mais, os princípios gozariam de importância que poderia ser aferida no caso concreto. Assim, a manutenção de uma regra ou sua rejeição envolveria reconhecer a importância de um determinado princípio (ou conjunto deles) sobre outro, condição que, também, no caso de ausência de regras, deveria ser considerada para resolver as situações concretas.

Partindo desse pressuposto, nos casos difíceis, não seria possível simplesmente delegar o poder de decisão ao juiz, como um poder discricionário no seu sentido forte, mas, o juiz estaria obrigado por um conjunto de princípios que marcariam as convicções morais assumidas historicamente pela comunidade a que pertence. O juiz estaria preso a sua tradição (jurídica) – parece que a semelhança com Gadamer não seria mera coincidência – suportada por um conjunto de princípios considerados importantes para a comunidade. Os princípios jurídicos transcenderiam as regras ao institucionalizarem determinado conjunto de padrões como importantes às convicções jurídico-político da comunidade. Essas questões já fazem, de certa maneira, parte do senso comum teórico do direito. Seria importante prosseguir com a interrogação quanto ao exercício do poder discricionário, estando ele vinculado a outras questões do pensamento de Dworkin, como por exemplo, o direito como integridade.

Quer dizer, toda vez que se aplica o direito se tem, mesmo que de forma abstrata, uma noção do conceito de direito. Discutindo sobre essa noção, Dworkin vai dizer que a utilização da força pelo direito somente estaria legitimada se encontrasse suporte numa teoria que melhor representasse a concepção de direito para a comunidade. Assim, quando o juiz tivesse que exercer o seu poder discricionário deveria sempre levar em consideração a noção (pré-compreensão autêntica) do direito, vinculada à melhor teoria política que suportaria a prática dos atos de poder. Nesse sentido, Dworkin vai dizer que a noção de moralidade pública apresentar-se-ia como a melhor teoria política, envolvendo elementos como a equidade, a justiça, o devido processo legal e a integridade. Surge, portanto, a noção de integridade ao direito como possibilidade de superação das demais propostas teóricas (como convencionalismo e pragmatismo) reunindo tanto a conservação da importância das decisões do passado - que sustentariam o uso da força -, quanto a necessidade de resolver novos casos práticos, “abrindo” o direito a mudanças contextuais novas.

Assim, para Dworkin, o direito como integridade seria uma virtude política que conduziria os atos públicos – legislativos e judiciários – permitindo que os cidadãos fomentassem expectativas quanto à prática coerente de atos públicos, orientados pelo mesmo conjunto de princípios nos quais as crenças de uma moralidade pública seria institucionalizada. Os Direitos Fundamentais consagrados nas constituições contemporâneas, como a do Brasil, institucionalizariam, por exemplo, o seu respeito e

concretização. A noção de integridade contemplaria uma instância formal para identificar e expressar o significado da prática jurídica, bem como, substancialmente, seria a melhor forma de justificar a coerção estatal. O direito, como um empreendimento interpretativo, envolveria uma visão holística de sua tradição, representada, como apresenta Dworkin, pela metáfora do romance em cadeia. Cada decisão judicial deveria guardar respeito e coerência com o sistema como um todo, obrigando ao juiz à responsabilidade de construir e atualizar o empreendimento jurídico, levando em consideração as decisões anteriores, da mesma maneira que um conjunto de escritores escrevem um capítulo do romance, subsequentemente, devendo prestar atenção à coerência significativa da obra como um todo.

Apresentando o direito à condição análoga de integridade, este deveria ser interpretado pelo juiz em coerência com as virtudes do sistema (Direitos Fundamentais, equidade, justiça, devido processo legal e integridade), colocando-as em diálogo em cada interpretação jurídica. O direito deveria ser (re)construído a cada momento, levando em consideração a conjuntura da situação presente, procurando fazer vigorar na decisão o reflexo de um conjunto de princípios (virtudes) indispensáveis à prática do ato jurídico. Voltando-se aos casos difíceis e ao exercício do poder discricionário (forte), toda aquela pessoa que participa de uma comunidade de convicções (princípios, virtudes, tradição) estaria apta a apresentar argumentos (de princípio) que identificariam uma resposta (interpretação, decisão) melhor que outra, visto que, ao justificá-la como a melhor, deveriam demonstrar a sua coerência narrativa à tradição (jurídica) a que pertencem. Esta seria a resposta correta. Quer dizer, a resposta correta é seguir o caminho indicado pela escolha da decisão que melhor se adéque a um conjunto de convicções (virtudes, princípios) institucionalizado pelo direito, orientada pelo ideal de coerência e integridade.

Apresentado o tripé que sustenta a Nova Crítica do Direito, pôs-se a analisar os principais aspectos do recorte feito à teoria do direito de Robert Alexy, tomando como orientação aquelas questões que tiveram os seus reflexos percebidos no senso comum teórico que impera no direito brasileiro, mediante pesquisa na doutrina e jurisprudência já referidos ao início do trabalho. Fala-se, então, na crítica hermenêutica da proporcionalidade.

A discussão foi aberta denunciando que a concepção de princípio de Robert Alexy não teria conseguido superar o positivismo jurídico como um modelo de regras, tornando

os princípios como padrões idealizados de dever-ser, presentes no mundo ideal. A coincidência estaria no fato de que o positivismo jurídico também teria procurado construir um mundo virtual próprio das regras. Mas se os princípios jurídicos povoam o mundo ideal, como poderiam ser considerados na prática? A resposta de Alexy é que o intérprete seria o responsável por apaziguar a relação entre a idealidade dos princípios e as condições jurídicas e fáticas do caso concreto. O mundo parece ser partido em dois, estando, entre eles, o intérprete. De um lado, os princípios. De outro, as condições jurídicas e fáticas do caso concreto. Somente assim sustenta-se a concepção de princípio como mandamento de otimização realizável gradualmente.

Aliás, fica a dúvida, os princípios seriam autoaplicáveis? Ou melhor, os princípios seriam concretizados? A dúvida surge porque parece que a aplicação do princípio dependeria de uma regra formulada pelo intérprete. Ou seja, o princípio somente seria aplicado como regra, mediante subsunção. Esta é uma metodologia típica do positivismo jurídico. Também, parece que o princípio não seria um padrão normativo concretizado. Isso porque a sua aplicação dependeria do princípio contrário, considerado na regra de precedência condicionada. Assim, não poderia o princípio “pular” do “mundo ideal” direto para o “mundo real”, sem a intervenção do intérprete que o transformaria numa regra. Essa seria a abertura interpretativa atribuída aos princípios. O direito voltaria a ser produto do concatenamento de uma premissa maior com uma premissa menor. Então, qual seria a grande inovação do princípio? Nenhuma! Pois ele teria o seu sentido construído pelo intérprete (regra de precedência condicionada produzida no exercício de um poder discricionário forte), sendo aplicado pela subsunção como regra. O poder discricionário (forte) estaria nas mãos do intérprete por falha do sistema.

A Nova Crítica do Direito, ao assentar-se em concepções filosóficas e jurídicas diferentes, rebaixa o princípio a algo mundano. O princípio está-no-mundo. O princípio depende do mundo não fatiado em duas partes (ideal e real), a partir da virada ontológica proporcionada por Heidegger ao radicalizar a facticidade do filosofar. O princípio carrega consigo uma pré-significação determinada ontologicamente pelo ser-no-mundo. É assim que os padrões normativos dos princípios são compreendidos, eis que institucionalizados e compartilhados na prática jurídica. Os princípios confundem-se com a tradição (jurídica), algo que é notado na concepção de Dworkin, ao sustentar que os princípios seriam um conjunto de padrões necessários, marcados na história institucional da comunidade. Na sua

condição ontológica (existencial), os princípios já indicam a compreensão do resultado que deve ser explicitado na linguagem. A condição ontológica amarra a co-originariedade entre o direito e a moral, numa moralidade pública própria do direito, não deriva, portanto, externamente das convicções morais do julgador, como admite Alexy.

Os princípios, principalmente, ao serem inscritos nos textos constitucionais, jogam o mundo prático para o direito, situação esta que se mal compreendida, acaba por reduzi-los às velhas lacunas do positivismo jurídico, em que o intérprete tinha o poder de preenchê-las como bem entendesse. Parece ser esta a noção de Alexy. A Nova Crítica do Direito, todavia, a unidade de sentido da compreensão, não dá aos princípios a abertura, mas a abertura é ínsita à antecipação de sentido que marca o ser-no-mundo, seja na compreensão dos princípios, seja na compreensão das regras. Princípios e regras são irmãos. Um depende do outro. A relação existente, entre eles, faz parte de uma essência ôntico-ontológica, própria do pensamento fenomenológico hermenêutico.

O sentido (conteúdo) do princípio acabaria sendo antecipado a qualquer procedimento que buscasse integrar as convicções morais do intérprete no direito – como um recurso subsidiário ao discurso prático geral onde a moral estaria presente –, pois a facticidade e historicidade do intérprete faria com que ele compartilhasse um sentido normativo institucionalizado. Por tal motivo, não se admite o exercício do poder discricionário (forte) do intérprete, eis que ele está preso à tradição, dando-lhe voz ao perguntar-se pela resposta que melhor se ajuste à coerência dos princípios consagrados pelo sistema.

A faceta discricionária do positivismo mantém-se presente nas dicotomias de influência metafísica como casos fáceis e difíceis, regras e princípios, procurando, de antemão, estabelecer metodologias próprias à solução dos problemas jurídicos. Poderiam, assim, os casos fáceis serem resolvidos mediante a aplicação do conjunto de regras próprias através de subsunção, enquanto que nos casos difíceis, a ponderação surgiria como método de resolução do conflito.

Isso porque a falsa crença do positivismo no método científico acaba por esconder a contribuição produtiva (*Sinngebung*) do intérprete no sentido, apenas há a exigência de compreender, a cada momento concreto, o sentido das coisas. O sentido não é algo pronto e acabado que poderia ser determinado *a priori* e simplesmente acoplado aos novos casos.

Viu-se na doutrina brasileira, a exemplo de Wilson Antonio Steinmetz, a vã tentativa de arrolar os casos fáceis no direito, resolvíveis mediante a subsunção. Mas seriam tão fáceis assim? E os difíceis, por que não foram arrolados? Os fáceis seriam assim classificados porque já teriam sido compreendidos, integrando o círculo hermenêutico, ao contrário dos difíceis que, até se tornarem fáceis, destacariam-se por sua estranheza. No entanto, mediante a fusão de horizontes, o caso difícil se tornaria fácil, através da possibilidade circular da pré-compreensão. O algo como algo seria o acesso para que a estranheza se tornasse familiariedade. Todavia, isso somente aconteceria concretamente, facticamente, sendo esta a dificuldade que marca a finitude (histórico-temporal) do intérprete como um desafio hermenêutico.

A busca de uma cisão metodológica, na qual parece apoiar-se o pensamento de Daniel Sarmiento poderia envolver o intérprete em paradoxos, ao pensar em subsunções autofundantes e ponderações certificadas por *standards* racionais. Todavia, o autor acaba por esquecer a participação do intérprete no acontecimento da interpretação, negando as antecipações e a necessidade de mediação no jogo entre pré-compreensões e compreensões.

Também, ao sustentar o seu pensamento sobre a dicotomia regra e princípio, Virgílio Afonso da Silva acabaria por negar às regras a sua condição causal e deontológica, flexibilizando-as. Ao esquecer que a regra também deve ser interpretada, e, para isso, a condição ontológica-existencial dos princípios seria importante, deveria o intérprete demonstrar os limites de sentido do texto-norma. Ao invés disso, o autor retoma a noção de Dworkin de que cada regra se sustenta num princípio (sem levar em consideração a preocupação com a discricionariedade enfrentada pela noção de integridade e coerência), buscando ponderar o princípio que suporta a regra com outro princípio colidente. Assim, perde-se a compreensão da regra e a demonstração dos limites do texto-norma para a possibilidade de colisão que sempre poderá flexibilizar o caráter deontológico da regra.

Isso porque parece que o efeito do princípio epocal da proporcionalidade tem determinado a assunção do método como fundamento segurado para qualquer decisão judicial que envolva princípios no caso concreto. O teste da proporcionalidade com sub-regras subsidiárias e pré-estabelecidas conduziram e certificariam a decisão judicial, método este já aplicado para resolver problema pelo Supremo Tribunal Federal, como demonstrado. O que também ficou demonstrado é que as (sub)regras da proporcionalidade

não seguram a antecipação de sentido do intérprete e a pertença dele na tradição jurídica, na qual a importância dos princípios aparece quando se procura interpretar o empreendimento jurídico.

Além da dicotomia, novas classificações metafísicas procuram controlar a interpretação jurídica, mas acabam por não tratar do “problema” da antecipação de sentido (com a participação do intérprete). Exemplo disso seria a consideração da proporcionalidade e ponderação como postulados normativos. Os postulados marcariam uma metalinguagem sobre a linguagem do direito, ou seja, seria uma metanorma que organizaria as normas jurídicas (principalmente a aplicação dos princípios). O grande problema, buscando auxílio em Gadamer, seria que o método (metanorma) não seguraria a (pré)compreensão do intérprete sobre as coisas (fenômenos). Compreender é sempre aplicar (*applicatio*) envolvendo necessariamente o intérprete nesse ato. Um dos esforços hermenêuticos seria, isso sim, denunciar os efeitos da história para que o intérprete não acabasse por se fechar a sua concepção solipsista. Para isso, o direito como integridade serviria como uma responsabilidade hermenêutica de reconhecer a alteridade do sentido advindo da tradição jurídica que sempre deve ser enfrentado (e não tão somente assumido acriticamente).

Um dos problemas identificados seria que a utilização dos métodos acabaria por encobrir a participação do intérprete no sentido, criando um alibi metodológico para o exercício da discricionariedade - problema próprio do positivismo jurídico – incompatível com a transparência exigida pelo Estado Democrático de Direito. A alternativa seria a intersubjetividade, possível mediante a argumentação-explicação dos critérios confrontados com a tradição (integridade e coerência) do direito.

No entanto, viu-se que a argumentação vinculada à proporcionalidade (ponderação) acaba sendo um discurso em busca do fundamento cartesiano criticista das coisas. Partindo-se do pressuposto de que a argumentação serviria para fundamentar uma regra de precedência condicionada confeccionada mediante a ponderação (e proporcionalidade), identificou-se uma necessidade de razão suficiente, típica da influência da ciência moderna no direito. Assim, o projeto matemático da ciência moderna que delimita e pré-determina a experiência, num âmbito de interrogação parcial no âmbito ôntico, dominaria a busca de fundamento do direito. Valendo-se do estudo de Hans Albert foi possível identificar que o fundamento argumentativo para escapar da aporia do *fundamentum inconcussum* acabaria

recorrendo ao corte feito pelo procedimento. A argumentação proposta por Alexy seria o fundamento de racionalidade e legitimidade da interpretação do direito, certificada por regras e procedimentos que, entre outras coisas, serviriam por promover um corte na argumentação. No entanto, com isso se perderia algo mais originário: a vinculação ontológica-existencial, o modo-de-ser-do-direito. A tradição (jurídica), a historicidade do direito da qual o intérprete participaria ou poderia participar seria esquecida. Das três saídas propostas pelo *Trilema de Münchhausen*, a proposta hermenêutica seria o círculo lógico, na sua condição de círculo hermenêutico. O fundamento passa a ser, assim, possível através da condição ôntica-ontológica do ser-no-mundo. A diferença ontológica que suporta o fundamento.

A partir dessa concepção, a argumentação (jurídica) ganha outra face, vinculando-se ontológica-existencialmente. Deixa de transitar tão somente na lógica, para prestar atenção na co-originariedade entre a dimensão causal-explicativa e a ontológica-existencial. A argumentação jurídica assume a responsabilidade de explicitar o compreendido, o compartilhamento de um critério presente na tradição (jurídica) e os limites dele diante do caso concreto. Arriscar-se-ia dizer que a explicitação do diálogo (hermenêutico) entre a compreensão (*applicatio*) e a coerência reclamada pela integridade do direito é trazida a linguagem.

A noção de verdade passa a ter uma importância maior do que *adequatio intellectus et rei*, pois o desvelamento se faria pela linguagem (argumentação), explicitando as condições de possibilidade (tradição jurídica, integridade e coerência, caso concreto) em que se estruturou a compreensão. Assim, a verdade da proposição-argumentação (ôntica) somente seria o fundamento quando mostrasse (desvelasse) a verdade ontológica-existencial, como o critério utilizado e a sua relação com a tradição jurídica (dever de integridade e coerência) na resolução do problema concreto. Em termos mais simples, explicitar-se-ia o sentido reconhecendo a participação do intérprete, no encontro com a coisa (caso concreto) e alteridade exigida pelo Estado de Direito pela noção de integridade. A subjetividade-relatividade, própria da discricionariedade escondida pela proporcionalidade e seu modelo de fundamentação cientificista, seria substituída pela intersubjetividade da iluminação do critério pressuposto na interpretação.

Haveria, portanto, como retomar a proporcionalidade, procurando superar o caráter discricionário escondido na sua utilização como método, critério, princípio ou regra de

interpretação. Propôs-se a busca da originalidade da proporcionalidade como dever de proteção aos Direitos Fundamentais (*Schutzgebote*), contra a insuficiência (*Untermassverbot*) ou o excesso (*Übermassverbot*), propondo-a como uma metáfora para apresentar o dever de integridade na (re)construção do direito a cada caso concreto.

A proporcionalidade empregada pelo senso comum teórico brasileiro parece ter provocado uma revolução nominalista no direito, típica da discricionariedade do positivismo jurídico, eis que no anseio de sua aplicação acabou-se por verificar o constante surgimento de “princípios jurídicos” nas decisões judiciais – o chamado panprincipiologismo – suportando em quase todo caso concreto à necessidade de ponderação. A discricionariedade estaria na disposição de “novos princípios jurídicos” ao intérprete sempre que se fizesse necessário – a cada caso difícil.

A proposta de superação da proporcionalidade estaria mais na exigência do intérprete por em diálogo a sua compreensão (*applicatio*) do direito no caso concreto com a integridade do sistema jurídico, procurando, a partir disso, identificar as falhas no dever de proteção, seja por insuficiência ou excesso. Com essa postura, a proporcionalidade deixaria de ser uma ferramenta pragmática para o juiz (intérprete), este vincularia a decisão com o dever de integridade, como uma virtude da moralidade pública do Estado Democrático de Direito. Novamente, o destaque à argumentação estaria no dever de fundamentação das decisões (Constituição, Artigo 93, IX) como forma de denunciar os problemas no dever de proteção. A grande diferença que se poderia apontar seria que enquanto que a proporcionalidade tomada como princípio encobriria os critérios, o binômio proteção insuficiente e proibição de excesso como proposta de (re)leitura da tradição (integridade e coerência) escancarariam o problema com o dever de proteção.

Ao caminhar ao encontro da resposta correta, propôs-se a discussão sobre a imbricação entre a proporcionalidade, argumentação e discricionariedade judicial, questões referenciadas tanto na doutrina como na jurisprudência pátria. Assim, surgiu a indagação para ver como os casos apreciados tratavam essas questões.

A doutrina de Luis Roberto Barroso, por exemplo, assume que diante da abertura proporcionada pelos princípios jurídicos – como cláusulas gerais, conceitos indeterminados – seria permitida uma maior liberdade para o intérprete. Nos casos difíceis, assim, não se poderia exigir mais do intérprete do que ponderar os princípios para dar o máximo de

realização aos interesses em disputa. Assim, os princípios potencializariam a atividade criativa do juiz, devendo ele assumir o ônus argumentativo dessa abertura principiológica.

Noutra perspectiva, Virgílio Afonso da Silva, expôs que o juiz deveria ser o responsável pela ponderação entre princípios, mesmo quando tal ato tivesse por finalidade afastar a incidência de uma regra no caso concreto específico. Ou seja, o juiz acabaria por deixar de aplicar as regras em oposição aos princípios identificados por ele.

Outro exemplo a ser citado seria a posição assumida por Rogério Gesta Leal, conformando-se à ponderação (proporcionalidade) como forma de acomodar os valores constitucionais, mesmo que envolvesse o ato subjetivo do julgador, pois não haveria no direito a resposta correta. O autor procura justificar-se na pressuposição dos princípios como mandamentos de otimização, realizados gradualmente, que não estariam submetidos ao binômio: resposta correta/errada. Haveria, assim, várias respostas.

Por isso, vale dizer que resposta correta é um problema que a Nova Crítica do Direito se propõe a enfrentar, talvez, porque consegue compreendê-la como uma necessidade diante da discricionariedade judicial positivista que não consegue ser superada. Isso porque, por exemplo, a discricionariedade judicial contemplada por Alexy e que não poderia ser superada pelo seu esquema argumentativo procedimental conforma-se com várias respostas corretas. Seria por esse motivo que Alexy vai afirmar que o espaço de discricionariedade estrutural/normativo ou cognitivo deixariam na mão do legislador (ao contrário da sua posição original da Teoria dos Direitos Fundamentais) a decisão. É como se o julgador se deparasse com um espaço significativo sem sentido, cuja preferência para o preenchimento deveria ser delegada ao legislador. Certamente, assim, haveria várias respostas corretas.

Entretanto, a Nova Crítica do Direito reconhece apenas a resposta correta, dependendo da concepção do direito, os princípios e os seus argumentos possibilitam ao intérprete encontrá-la. Isso porque a resposta correta seria a busca por explicitar argumentativamente a compreensão dos princípios consagrados institucionalmente no sistema jurídico. O desafio da resposta correta seria apresentar a coerência da decisão com o modo-de-ser-do-direito, cujas virtudes (princípios) seriam padrões compartilhados pela tradição (jurídica), necessitando, por isso, refletirem-se na decisão concreta. A responsabilidade do intérprete aumenta, exigindo o seu engajamento a um conjunto de princípios (convicções) sobre o direito. Aquele intérprete engajado, participante de uma

tradição, estaria em condições de apresentar argumentos (de princípios) sobre os padrões compartilhados pela comunidade a que pertence.

Assim, considerando que o direito democraticamente é incompatível com a discricionariedade judicial, a resposta correta obriga que o jurista apresente o critério que melhor se adéqua (mais coerente) ao conjunto de princípios (virtudes) inscrito na tradição (jurídica). Somente essa decisão, ao considerar, ao mesmo tempo, o desafio do caso concreto e a alteridade proporcionada pelo diálogo com a tradição (jurídica), devidamente justificada, pode ser considerada a resposta correta.

Espera-se que o presente trabalho tenha contribuído na pesquisa e discussão do tema da aplicação da proporcionalidade de Robert Alexy e sua assunção pelo senso comum teórico brasileiro, já que buscou-se explicitar questões geralmente não tratadas na abordagem dessa questão como a vinculação entre proporcionalidade (ponderação), formulação da regra de precedência (norma de Direito Fundamental atribuída ou derivada) e a busca de uma fundamentação racional para tornar legítima a decisão. Além disso, procurou-se discutir a aplicação da proporcionalidade – por influência do positivismo jurídico fincado na dicotomia metafísica sujeito-objeto – e o problema da discricionariedade judicial, questão esta que somente pôde ter os seus contornos delineados pelo guia teórico da Nova Crítica do Direito, idealizada por Lenio Luiz Streck.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Trad. Idalina Azevedo da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

ALEXY, Robert. En torno al concepto y la naturaleza del derecho. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Filosofía y Derecho. Trad. e estudo introdutório Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____. La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Filosofía y Derecho. Trad. e estudo introdutório Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. Posfácio. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. Institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. A fórmula de peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Trad. Pablo Larrañaga. 1. reimp. México: Distribuciones Fontamara, 2007.

_____. Uma teoria da argumentação jurídica. In: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. Posfácio. In: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 799, p. 33-51, maio 2002, p. 40.

_____. On the structure of legal principles. In: *Ratio Juris*. v. 13. n. 3. Set 2000, p. 294-304.

_____. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Trad. Pablo Larrañaga. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

_____. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. In: ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

ANDREA FERREIRA, Fernando Galvão de. Realismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer*. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

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

BARROS, Wellington Pacheco. *A proporcionalidade como princípio do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

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

_____; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros editores, 2007.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e a formula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do direito e decisão racional: temas da teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. *Colisão de direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho*. n. 22. Alicante, 1998.

_____. El concepto de integridad en Dworkin. In: *Doxa: Cuadernos del Filosofia del Derecho*. n. 21. Alicante, 1992.

CHUEIRI, Vera Karam de. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?* n. 6. Porto Alegre, IHJ, 2008.

_____. Ronald Dworkin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: *Isonomía*. Trad. Miguel Carbonell. n. 16. 2002.

CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. XXVIII.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica (e)m debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao Positivismo Jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. Heidegger em retrospectiva. In: *Hermenêutica em retrospectiva*. v. 1. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____; FRUCHON, Pierre. *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. v. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. *Hermenêutica clássica e hermenêutica filosófica*. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: complementos e índice*. Trad. Enio de Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. *Verdade e Método II: complementos e índice*. Trad. Enio de Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GONZÁLEZ, Santiago Sánchez. De la imponderable ponderación y otras artes del tribunal constitucional. In: *UNED: Teoría y realidad constitucional*. n. 12-13, 2004, p. 351-382.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. Trad. Eduardo Mendonça. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 149-165.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HAAR, Michel. *Heidegger e a essência do homem*. Trad. Ana Cristina Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*. Trad. Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Nietzsche I*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. A questão da técnica. In: HEIDEGGER, Martin. *Ensaio e conferências*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

_____. Logos (Heráclito, fragmento 50). In: HEIDEGGER, Martin. *Ensaio e conferências*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

_____. A superação da metafísica. In: HEIDEGGER, Martin. *Ensaio e conferências*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

_____. *Ser e Tempo I*. v. 1. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. A essência da linguagem. In: HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. *Que é uma coisa?* Doutrina de Kant dos princípios transcendentais. Trad. Carlos Morujão. Lisboa: Edições 70, 2002.

_____. Introdução: O retorno ao fundamento da Metafísica. In: HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

KUSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal: um estudo sobre Husserl, Heidegger e Gadamer*. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma <<recepção>>*. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MAIA, Alexandre da. Dogmática jurídica e multiplicidade – uma análise da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: A filosofia no direito e a filosofia do direito*. n. 5. Porto Alegre, IHJ, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición juridical romano-canónica*. Trad. Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

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

PASQUA, Hervé. *Introdução à leitura do Ser e Tempo de Martin Heidegger*. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. Estructura y limites de la ponderación. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho*. n. 26. Alicante, 2003. p. 225-238.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

ROHDEN, Luiz. *Gadamer: clássicos da filosofia*. In: PECORARO, Rossano (Org.). Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

_____. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

_____. *Hermenêutica e linguagem*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; ROHDEN, Luiz. (Orgs.). *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 113-148.

_____. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

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

_____. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002.

STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre "Ser e tempo"*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. *Diferença e metafísica*. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

_____. *Sobre a verdade: lições preliminares ao parágrafo 44 de ser e tempo*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

_____. *Uma breve introdução à filosofia*. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

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

_____. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

_____. *Nas proximidades da antropologia: ensaios e conferências filosóficas*. Ijuí: Editora Unijuí, 2003.

_____. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.

_____. Da fenomenologia hermenêutica à hermenêutica filosófica. In: *Veritas*, Porto Alegre, v. 47, n. 1, p. 21-34, mar. 2002.

_____. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Editora Unijuí, 2001.

_____. *História e ideologia*. 3 ed. Porto Alegre: Movimento, 1999.

_____. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3 ed. Porto Alegre: Movimento, 1991.

_____. Introdução ao método fenomenológico heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. *A instauração do sentido: reflexão e interpretação do discurso (literário)*. Porto Alegre: Movimento, 1977.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.

_____. Hermenêutica e applicatio jurídica: a concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante. *Separata de Ars Iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Antônio Castanheira Neves*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v.1.

_____. A (primeira) aplicação da Untermassverbot pelo Supremo Tribunal Federal: comentário ao Recurso Extraordinário n. 418.376. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. IDP, Brasília, ano 2, out. 2008.

_____. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische Differenz) entre texto e norma. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A jurisprudência dos valores. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009.

VILA, Marisa Iglesias. *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. Senso comum teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas. In: *Introdução geral ao direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WOISCHINK, Jan. Prefácio. In: SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Betriz Hennig e Leonard Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005.