

Decisão e argumentação em Alexy (limites aplicativos da teoria). Um freio à discricionariedade?

Decision and reasoning in Alexy (application limits of the theory). A brake to discretion?

Jeferson Dytz Marin¹

Universidade de Caxias do Sul, Brasil
jdmartin@ucs.br

Camila Paese Fedrigo²

Universidade de Caxias do Sul, Brasil
camilapfedrigo@yahoo.com.br

Resumo

As normas jurídicas não alcançam ao julgador a discricionariedade vista historicamente nos pretórios. No mais das vezes, a aplicação das teorias da decisão presentes na modernidade acaba por justificar os julgamentos conforme a própria consciência. Regras e princípios são normas, registrando mera distinção ontológica. A teoria de Alexy, nesse sentido, parece sofisticar a decisão, erigindo as antinomias jurídicas impróprias à categoria primeira de sua teoria da decisão, mesmo quando a aplicação singela da norma viabiliza a solução para o caso. É exatamente o alcance da teoria alexyana que se procura dimensionar.

Palavras-chave: hermenêutica, discricionariedade judicial, ponderação, princípios e regras, Robert Alexy.

Abstract

The legal rules do not reach to the judge the discretion that had been seen in court. Most of the cases show that the application of the decision theories present in modernity justify the judgments according to their conscience. Rules and principles are standards, registering simple ontological distinction. Alexy's theory seems to make the decision more sophisticated, raising legal antinomies above the first category of his decision theory, even when the simple application of the standard enables the solution to the case. It is the exact goal of the Alexyan theory that people want to reach.

Keywords: hermeneutics, judicial discretion, weighing, principles and rules, Robert Alexy.

¹ Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Advogado. Líder do Grupo de Pesquisa ALFAJUS. Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130, 95070-560, Caxias do Sul, RS, Brasil.

² Integrante do Grupo de Pesquisa ALFAJUS, vinculado à Universidade de Caxias do Sul. Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130, 95070-560, Caxias do Sul, RS, Brasil.

Introdução

A superação do positivismo ortodoxo fez que fossem revisados diversos institutos jurídicos – institutos estes que serviam perfeitamente ao modelo de estado liberal, mas que não mais subsistem no estado atual, fundado na supremacia da Constituição. O controle da discricionariedade judicial tem sido o grande “calo no sapato” das teorias da decisão que se quer engendrar.

A modernidade também acompanhou o direito, e a necessidade de elaboração e aplicação “correta” das normas e dos princípios deu azo à criação de novas teorias interpretativas. Dentre elas, cabe destacar a evolução das escolas da Exegese e Histórica de Savigny e as teorias pós-positivistas.

De fato, o aumento da complexidade da sociedade moderna trouxe as normas jurídicas abertas, como os conceitos indeterminados ou as cláusulas gerais. No entanto, ao contrário do que afirma boa parte das teorias da decisão atuais, as normas jurídicas indeterminadas devem ser resolvidas por juízos de legalidade e não por juízos de valor ou de conveniência feitos pelo aplicador sem o controle jurisdicional (ou de constitucionalidade) – ou seja, juízos meramente discricionários. Se princípios também são normas, não existe ponderação de valores, mas sim a busca de respostas adequadas ao caso concreto (ou a única resposta correta?).

Não se pode querer que o raciocínio jurídico siga as regras da lógica matemática, aliás, como já ponderou Baptista da Silva, na sua crítica ao racionalismo. No entanto, no ponto extremamente oposto, também não é possível registrar a pretensão de que a busca pela decisão adequada ao caso concreto seja baseada apenas na ponderação, como a teoria da argumentação jurídica proposta por Alexy.

Demonstrar-se-á ao longo do texto, portanto, como a técnica da ponderação de valores tem servido ao ativismo judicial e suas arbitrariedades.

A discricionariedade do intérprete

As contribuições dos principais positivistas ao direito moderno e as teorias da decisão não podem ser olvidadas. Kelsen analisa a problemática da discricionariedade judicial e da unicidade de solução correta para os casos difíceis, quando discute a questão da interpretação, que o autor define como “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. Esse seria o processo de descoberta do sentido das normas aplicáveis: “o conteúdo que se há de

dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto” (Kelsen, 1994, p. 387).

O processo de aplicação do direito é marcado por indeterminações. Isto é, as normas de maior escalão, v.g., a Constituição, não conseguem vincular totalmente o ato da sua aplicação, remanescendo ao aplicador, na grande maioria dos casos, uma margem de reflexão íntima, de livre apreciação (ou livre convencimento) – a discricionariedade. Para o positivismo – em suas diversas vertentes –, entretanto, a discricionariedade não é algo ruim; ao contrário, ela constitui um signo inseparável do direito, eis que deve ser exercida dentro de limites de competência.

Nessa esteira, afirma Kelsen:

[...] a decisão do magistrado será sempre uma decisão política, pois, assim como o legislador age politicamente ao elaborar uma lei que complemente a Constituição, o magistrado, ao manifestar sua decisão, estará num patamar inferior, implementando a lei (Vieira, 1999, p. 190).

Streck, em seu *Verdade e consenso* (2006), entretanto, elabora a afirmação de Kelsen, explicando que o fato das leis serem constituídas por textos abertos não leva à afirmação de que são admitidas múltiplas respostas, das quais uma seria escolhida “discricionariamente” pelo magistrado.

No sentido contrário, para Kelsen (1994, p. 390-391), a sentença judicial não está vinculada à norma, pois é uma norma produzida dentro da moldura da norma geral. Tal fato gera um grave problema, cuja solução a hermenêutica procura desvelar. Daí decorre a morte do esquema sujeito-objeto, quer-se dizer da morte do sujeito que assujeita o objeto (subjativismo, axiologismos). Interpretar a norma não é simplesmente fazer acoplamentos de fatos (Streck, 2006).

Texto e norma não são a mesma coisa; no entanto, isto não implica o fato de que estejam separados ou de que o texto contenha a própria norma (contrariando o brocardo de que no texto estaria o “espírito do legislador”). Na verdade, há apenas diferença ontológica entre elas (Streck, 2006).

Por sua vez, Herbert Hart parece ter buscado estabelecer uma conciliação entre as concepções formalistas e realistas. Para o autor, as decisões judiciais estariam sujeitas, de fato, a fatores psicológicos, políticos e ideológicos – assim ficaria desautorizada uma ideia de interpretação unívoca da lei. Em que pese o autor considerar a via realista, ele também postula que nos casos

que chama de “repetitivos” – aqueles que não exigem uma ação intelectual do magistrado (?) – a decisão seria tomada de forma mais ou menos automática – funda, portanto, nesta parte, seu pensamento na corrente formalista (Hart, 1996, p. 137ss.).

Parece que Hart acerta quando fala do conteúdo político da sentença, eis que a Constituição contém um núcleo político; no entanto, tal conteúdo político (e, portanto, discricionário) deve ser rompido institucionalmente. A política (bem como a moral) não pode dominar o direito; caso contrário, corre-se o risco da separação de poderes não fazer mais sentido.

A teoria da argumentação jurídica de Alexy: ligeiro esboço

Robert Alexy funda sua definição de direito na mistura, a uma, do direito com a moral, e a duas, de correntes já existentes, valendo-se dos avanços da filosofia da linguagem dos últimos tempos expressa nos trabalhos de Wittgenstein, Toulmin, Viehweg, Perelman e Apel, o normativismo de Hans Kelsen e o jusnaturalismo de Gustav Radbruch. O autor tentou elaborar uma metodologia composta por regras ou procedimentos que permitisse a transição de um conjunto de normas e axiomas válidos para uma decisão jurídica, ainda que a referida decisão não decorra logicamente do ordenamento.

O primeiro ponto a se examinar é que a teoria alexyana distingue os casos judiciais entre fáceis e difíceis. Os casos fáceis seriam resolvidos por mera subsunção, ao passo que, na resolução de casos difíceis, nos quais a peculiaridade da questão não permite uma aplicação lógica da norma, deveria ocorrer o sopesamento entre o princípio que justifica a norma e o princípio que põe em dúvida a sua justiça no caso concreto (Leivas, 2006, p. 34).

Isso quer dizer que, abstratamente, os princípios constitucionais são equivalentes entre si, mas, quando da aplicação ao caso parecem contraditórios, torna-se necessário que o intérprete pondere qual valor “pesa mais” casuisticamente, e, portanto, qual deverá ser aplicado. Alexy (2002, p. 157) referenda que os princípios constitucionais não possuem precedência de forma absoluta, e defende uma ordem branca, quando inserida uma carga de argumentação, por exemplo, em face dos direitos individuais contra os bens coletivos. No entanto, a referida preferência “*prima facie*” não equipararia os princípios às regras, mas apenas indicaria um caminho caso exista dúvida.

O que se pode entender por princípios, na verdade, é o que Habermas nomeia de princípios deonto-

lógicos, que são assim chamados porque “recebem sua carga em razão de sua manifestação histórico-cultural no seio de uma comunidade política” (Streck, 2012). Isso quer dizer que, ao contrário do que pregam as teorias da argumentação, não é apenas uma regra que oferece o ‘teste de pedigree’ que confere validade jurídica a um princípio, mas, sim, um modo específico de a comunidade política se conduzir. Trata-se de um padrão decisório que se constrói historicamente e que gera um dever de obediência nos momentos posteriores. Isto é, os princípios funcionam pelo código lícito-ilícito (Streck, 2006). Teriam relação mais direta com o “dever-ser” do que com mandados de otimização. Streck, ao explicar Dworkin, refere que os princípios representam uma comunidade, ou seja, “uma comunidade política que se articula a partir de um conjunto coerente de princípios que justifica e legitima sua ação política” (Streck, 2012).

Para Alexy, os princípios seriam mandados de otimização, eis que determinariam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes – e tal conceito é decisivo na distinção entre regras e princípios. Os princípios, portanto, poderiam ser cumpridos em maior ou em menor grau, conforme as possibilidades reais e jurídicas (Alexy, 2002, p. 86). A compreensão que temos da teoria alexyana, portanto, é que os princípios possuem um “caráter *prima facie*” e as regras constituiriam mandados definitivos. As regras, portanto, não teriam um espaço de graduação, no entanto, os princípios, sim. O autor salienta a importância e distingue os princípios formais, que estabelecem regras que não podem ser afastadas, exceto com fundamento em uma prática transmitida (Alexy, 2002, p. 100). Esse sentido, portanto, daria segurança jurídica ao ordenamento.

No entanto, Streck assevera que os princípios não são subjetivos, e nem as regras são objetivas – por trás de toda regra, explica ele, existe um princípio. Os princípios, a bem da verdade, são a razão do fundamento da regra. Desta maneira, não é possível que se parta de um grau zero de sentido da norma ou do princípio, que poderiam ser escolhidos ao bel-prazer do magistrado. A substituição da categoria-lei para a categoria-discurso-de-fundamentação prévia, ou seja, o procedimentalismo ou a teoria procedural acabam, de fato, por estabelecer uma forma *a priori* de interpretação. O grau-zero nega a existência de pré-juízos ou da influência da tradição, como aponta Gadamer (1999). Dessa forma, para que se enfrente o problema da discricionariedade ou dos axiologismos, Habermas propõe um exame prévio, evitando as interpretações discricionárias. Contudo, nega-se, nesse instante, a ideia de juízos prévios, de que a inter-

pretação e a aplicação não podem ser cindidas e que não é possível estabelecer um critério prévio com base em “questões em tese”, já que o direito exige a interpretação do caso concreto, uma vez que uma teoria prévia certamente não comporta as variantes geradas por situações específicas dotadas de características universais (Habermas, 2001).

Deste modo, a pragmática habermasiana é universal e denota uma nova objetividade: a dos discursos funcionais previamente dados acerca da racionalidade aplicada pelo juiz. No entanto, deve-se ter em mente que sempre se aplica – a questão principal, portanto, entre a teoria habermasiana e a hermenêutica jurídica é que não se podem cindir discursos de fundamentação e discursos de aplicação, incidindo a diferença entre texto e norma, porque elas não existem: compreende-se aplicando e aplica-se compreendendo (Streck, 2006).

O problema da ficção ente casos fáceis e difíceis e a impossibilidade de cisão entre regra e princípio

Se os casos fáceis podem ser resolvidos pela subsunção do caso à norma, os casos difíceis deveriam ser solucionados pela atividade criativa do juiz, a partir de sua experiência, permitindo assim que pudesse ser feita a escolha entre duas ou mais soluções possíveis para o caso concreto.

Ora, em primeiro lugar, tal distinção entre casos fáceis e casos difíceis advém do *commom law*. Em tal sistema, a decisão judicial possui o condão de resolver a questão passada, que é o litígio em juízo, como de tornar-se um precedente, vinculando às decisões futuras (Fernandes, 2012).

Tal precedente judicial teria como objetivo garantir que, no futuro, caso semelhante viesse a ser decidido da mesma maneira – esta é a doutrina do “*stare decisis*”, que confere segurança jurídica aos ordenamentos que seguem o *commom law*. Deve-se esclarecer que o precedente, por advir de um caso concreto, não deve ser entendido sem que se conheça o caso paradigma, que o originou, sendo que ele só poderá ser aplicado em caso semelhante. Assim, apenas se o magistrado considerar que o caso dos autos se subsume à hipótese de incidência prevista no precedente vinculante poderá aplicá-lo.

O julgador, entretanto, igualmente pode afastar a incidência do precedente, quando realiza a interpretação do precedente, com o propósito de verificar se ele se aplica ao caso, o que se denomina “*distinguishing*”, isto é, a distinção entre o caso e o precedente.

Os precedentes devem ser interpretados por um método de comparação. Eis aí a gênese da dicotomia entre casos fáceis e casos difíceis: casos fáceis seriam aqueles que simplesmente podem ser comparados com outros, resolvidos pela subsunção, enquanto os casos difíceis, por serem novos, necessitariam de argumentação nova. Afirma Tarsila:

[...] pode ocorrer a hipótese de o magistrado concluir que a situação submetida a seu julgamento não possuir qualquer precedente a respeito, devendo ser enfrentada pela primeira vez. Quando isso ocorre, afirma-se que o julgador está diante de um *hard case* (Fernandes, 2012, p. 22).

A distinção entre casos simples e casos difíceis está na compreensão. Esta, por sua vez, dependerá de uma pré-compreensão, que antecede a designação de um caso fácil ou difícil, ou seja, aí reside a inadequação de que casos fáceis podem ser resolvidos mediante raciocínios dedutivos-causais-explicativos.

O problema maior, na verdade, é que o magistrado sempre estará enfrentando um “novo caso”, mesmo que semelhante aos demais. A fundamentação é sempre necessária; por isso, a distinção entre casos fáceis e difíceis não passa de falácia. Aliás, mais do que fundamentar a decisão, necessita-se justificar o que foi fundamentado. Segundo Streck (2006), não se interpreta para depois compreender; a interpretação é a explicitação do compreendido, na linha do proposto por Gadamer.

Para os casos difíceis, a teoria dos princípios proposta por Alexy não é possível ser compreendida se não a relacionarmos ao conceito de proporcionalidade.

Na verdade, o referido preceito postula que, por meios parciais de adequação, necessidade e proporcionalidade “*stricto sensu*”, pode-se desbravar qual princípio deveria prevalecer no caso concreto. Para Alexy (2002, p. 111-112), a decisão será proporcional, razoável e justa apenas quando o meio empregado à tomada da decisão seja eficaz para o alcance do resultado pretendido, seja o único e satisfeito o princípio com maior peso.

A teoria alexyana, portanto, acaba por retornar mais uma vez ao problema da discricionariedade judicial no momento em que elege a ponderação como método na ocorrência dos casos difíceis. A discricionariedade reside justamente no poder de escolha (sopesamento) pelo juiz de qual dos princípios em conflito poderia ser aplicado ao caso real, já que, para Alexy, os princípios teriam valores axiológicos e por eles deveriam ser hierarquizados.

Os princípios, sem embargo, não autorizam a criação de novas normas jurídicas, uma vez que eles mesmos já são a normatividade do direito. O princípio

se realiza a partir de uma regra, porque haverá uma regra apta a resolver o caso a partir de uma reconstrução principiológica (Streck, 2006, p. 514-515).

Princípios não são (e nem podem ser) “meros postulados” – enquanto a regra geral é abstrata, o princípio é a desabstratização, ele individualiza a aplicação. “Princípio é, assim, a realização da *applicatio*” (Streck, 2006, p. 514-515). O princípio necessita da situação concreta, do caso real. O princípio é aplicado no momento da ocorrência do caso e não criado no momento do caso.

As teorias do discurso entendem que os princípios constituem uma reserva hermenêutica (um *plus-jurídico*), que somente seriam aplicados na insuficiência da regra, isto é, quando se estiver diante dos casos difíceis. Assim, os princípios constitucionais gerados pela “era dos princípios” acabam por transmutar o juiz em um *superjuiz*, que descobre valores ocultos no texto, agora auxiliado ou liberado pelos princípios. O que é isto? A discricionariedade pura e simples, no entanto, bastante maquiada.

Acreditar na distinção de *hard* e *easy cases* é pensar que o direito se insere em uma suficiência ôntica, enfim, que a complexidade do mundo jurídico deve ser resolvida por raciocínios causais-explicativos, em uma espécie de positivismo da causalidade.

Raciocínio argumentativo

O raciocínio demonstrativo e o raciocínio argumentativo (ou seja, persuasivo) são diferentes, no entanto, ambos têm fundamento comum: o raciocínio, quer seja lógico ou persuasivo, sempre tem como estrutura básica uma afirmação principal, chamada conclusão, e uma ou mais proposições que servem de justificativas, chamadas premissas (Correa, 2013). O raciocínio argumentativo é o que, em vez de demonstrar a verdade da conclusão, dela parte na qualidade de afirmação principal em busca de justificativas e premissas capazes de torná-la aceita mediante um processo de convencimento. Isto quer dizer que o raciocínio retórico-argumentativo produz a persuasão do receptor, vinculando o argumento apenas à verossimilhança: a conclusão não é necessariamente verdadeira em termos lógicos, uma vez que a *argumentação* produz apenas “efeito de verdade” (Correa, 2013).

Isso é caso frequente no campo jurídico, com a substituição da verdade dos fatos pela versão persuasiva dos fatos (verdade processual), que tem a ver com o “livre convencimento do magistrado”. Assim, percebe-se que o confronto de classes não apenas ocorre na esfe-

ra da economia, eis que se configura um embate igualmente conflitivo em nível de discurso, um confronto ético-político de discursos contraditórios. As relações de poder acabam por perpassar o nível discursivo da linguagem, mesmo nos arrazoados que se autoneameiam estritamente legais, neutros e assépticos (Correa, 2013). Mais uma vez a “argumentação” traz a discricionariedade do magistrado à superfície.

No direito, deve prevalecer o sentido do interesse social, o sentido de sociedade, eis que a norma jurídica, pelo fato de regular condutas humanas, tem uma função social: se o hermeneuta está interpretando uma norma jurídica,

seu espírito, embora continuando livre na geração de sentido, há de ser inspirado por determinados ideais, como o de justiça, de bem-estar coletivo, de solidariedade social, de respeito à dignidade humana, assim como deixar-se sensibilizar pelos postulados democráticos - nos quais, de resto, se arrimam a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de criação (Falcão *in* Correa, 2013, p. 34).

Alexy traz uma falsa promessa. A teoria da argumentação não consegue afastar a discricionariedade do julgador, nem tampouco blindar, a partir da gestão do conflito principiológico, o risco de arbitrariedades semânticas.

As regras da ponderação alexyana e os limites aplicativos da teoria no mundo prático

Alexy procura emprestar caráter pragmático à sua teoria mediante a apresentação de julgamentos cujo nicho de pesquisa é, especialmente, o Tribunal Constitucional Alemão. Dentre essas referências, alcança notoriedade o caso Lüth, julgado em 1958, que, para Alexy, representa um dos julgados mais importantes da história da Alemanha. Lüth, proprietário de uma emissora de televisão, havia conclamado o público alemão, assim como os proprietários de cinema e distribuidores de filmes a boicotarem a produção de Veit Harlan, editada a partir de 1945. Lüth fundamentou seu chamamento ao boicote no fato de que Harlan era o diretor artístico de filmes nazistas mais proeminente, aludindo especialmente ao filme “judeu Süß”, o principal da propaganda nacional antissemita. O Tribunal de segunda instância condenou Lüth a abster-se de realizar os chamamentos para o boicote ao novo filme de Harlan, “Amante imortal” (Alexy, 2007).

No recurso constitucional da sentença, o Tribunal Constitucional Alemão considerou o chamamento de Lüth ao boicote protegido *prima facie* pela liberdade de manifestação de opinião. Contudo, entendeu que o art. 5, alínea 2, da Constituição Alemã contém três cláusulas que limitam a liberdade de manifestação de opinião. A primeira delas é a das leis gerais. No caso Lüth, o chamamento ao boicote deveria ser subsumido sob o conceito de manifestação de opinião. A segunda diz que é o parágrafo 826 do Código Civil a lei aplicável, firmando a ideia de que o chamamento ao boicote infringe os bons costumes. Nessa linha de raciocínio, entendeu-se que o boicote infringia a concepção jurídica de lisura consuetudinária democrática do povo alemão, uma vez que Harlan, além de passar pelo chamado processo de desnazificação foi absolvido penalmente pela sua participação no filme “judeu Süß”. O Tribunal Constitucional, contudo, entendeu que não seria suficiente fazer essas duas subsunções isoladas. Exigiu, ao contrário, que sempre que há a aplicação de normas do direito civil com uma limitação de um direito fundamental, deve ter lugar uma ponderação dos princípios constitucionais colidentes. O resultado da ponderação do tribunal foi que o princípio da liberdade de opinião deveria receber a primazia perante os princípios em sentido contrário (especialmente o da proteção do exercício livre da profissão). O Tribunal impôs, então, que a cláusula “contra os bons costumes” deveria ser interpretada de acordo com essa prioridade. Lüth foi vencedor (Alexy, 2007).

Pode-se dizer que, num caso concreto, um dos dois princípios em colisão terá precedência sobre o outro, pois possuem diferentes pesos. Em outros casos, poderá ser aplicada a questão da precedência, a ser examinada a seguir.

Contudo, não há possibilidade de fixar relações absolutas de precedência, sendo deveras impossível estabelecer uma decisão lastreada de certeza para cada caso. Caso isso fosse possível, as decisões dos casos vindouros seriam alcançadas mediante dedução. Isso não significa, contudo, que as relações de precedência não terão interferência alguma. Elas, na verdade, sugerem várias possibilidades de fundamentação. Todavia, ainda se tem um grau assaz subjetivo em relação aos critérios determinantes da aferição (Alexy, 2002).

O fato de que, num determinado caso, se determina a precedência de um princípio sobre o outro não denota que nos demais casos essa colisão sempre deverá ter idêntica precedência. A colisão de princípios, assim, demanda a ponderação, não admitindo o fundamento do julgado a partir da preferência estrita, isto é, válida para todos os casos, em favor de uma das normas.

As ponderações, nos dizeres de Alexy, alcançam as particularidades de cada caso.

Alexy formula a seguinte lei da ponderação: “Quanto maior for o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro” (Alexy, 2002). Importa, assim, que “a medida permitida da não satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro” (Alexy, 2002). Essa lei, segundo Alexy, corresponde ao princípio da concordância prática (Alexy, 2002, p. 167).

As curvas de indiferenças são os alicerces das regras da ponderação, através do reconhecimento da proporcionalidade em sentido estrito, que externam relações de troca ou substituição de bens (Alexy, 2002, p. 167). Os passos da ponderação são os seguintes: (a) Deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio; (b) A comprovação da importância do cumprimento do princípio em contrário; (c) Comprovada a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, justifica-se o prejuízo do não cumprimento do outro (Alexy, 2007, p. 111).

Alexy não defende, contudo, um julgamento cabal, já que, face aos critérios e passos da ponderação, não seria possível a extração de um caráter lógico.

Parece que um aspecto que suscita grande discussão no tocante à teoria de Alexy é o aspecto volátil da racionalidade, que pode gerar decisões direcionadas, fundadas de discricionariedade e na ideologização. Ademais, parece evidente que, tratando-se de um modelo firmado na axiologia, registra óbices assaz significativos para o alcance da racionalidade, sugerindo apreciações subjetivistas e dando azo a ideologias decisionistas. Ademais, mister lembrar que a moral – que reúne critérios igualmente subjetivos – é um dos elementos mais presentes da argumentação jurídica de Alexy. Estar-se-ia, assim, diante uma tirania dos valores (Alexy, 2002, p. 154) e de um positivismo procedural, firmando nas regras do discurso?

Alexy diz que não. O caráter valorativo excessivo, segundo ele, somente se daria se a relação de preferência dos valores ou dos princípios fosse absolutizada, mas sua proposta contempla uma relação de preferência condicionada, aferindo as condições individualizadas de cada caso (Alexy, 2002, p. 154).

Para o participante de um sistema jurídico, o procedimento racional, perseguindo uma justificação fundada, acaba por dar personalidade à decisão. Alexy refere que, neste fundamento, todos os argumentos jurídicos são possíveis criando um enunciado de preferência condicionado, que gera uma regra diferenciada

da decisão. O arrimo da fundamentação é, portanto, a racionalidade. Nessa esteira, sustenta a presença de critérios sólidos de racionalidade na ponderação, através de um argumento pragmático:

Como se pode mostrar que sentenças racionais sobre graus de intervenção e graus de importância são possíveis de tal maneira que se possa fundamentar um resultado de modo racional, por ponderação? Um método possível poderia consistir na análise de exemplos [...]. Como um primeiro exemplo, deve ser considerada uma decisão do tribunal constitucional federal sobre advertências de perigos à saúde. O tribunal constitucional federal classifica, nessa decisão, o dever dos produtores de produtos de tabaco, de colocar em seus produtos referências aos perigos do fumo, como uma intervenção relativamente leve na liberdade de profissão. Uma intervenção grave seria, pelo contrário, uma proibição completa de todos os produtos de tabaco. Entre tais casos leves e graves encontram-se casos de intensidade de intervenção mediana. Desse modo, nasce uma escala com os graus “leve”, “médio” e “grave”. O exemplo mostra que associações válidas a esses graus são possíveis (Alexy, 2002, p. 111-112).

Alexy aplica o princípio da inércia de Perelman, segundo o qual uma decisão somente poderá ser modificada quando forem apresentados fundamentos suficientes que demonstrem a necessidade de modificações (Alexy, 2002, p. 89). Contra-argumenta as críticas do axiologismo sem parâmetros, assim, advertindo que não advoga um procedimento sem alicerce, de caráter abstrato e generalizado. Para cada caso, segundo ele, o caráter empírico da teoria permitiria a individualização, e, por consequência, não seria refém da valoratividade descriteriosa (Alexy, 2002, p. 89).

O próprio Habermas, classificado como um procedimentalista, assevera que a ponderação é executada arbitrariamente e irrefletidamente levando em conta *standards* e ordens de preferência próprios, sem, portanto, racionalidade adequada (Alexy, 2002, p. 89).

Sem embargo, parecem frágeis as alterações de Alexy. Igualmente como firmado na defesa da manutenção do critério kelseniano para o conflito de regras, com a regra de exceção como forma acessória e extremamente ocasional, Alexy não parece registrar coerência entre as afirmações antes apontadas e as regras do discurso. Ao formular um discurso prévio, Alexy cinde compreensão e aplicação. Intenta firmar critérios absolutos – ao contrário do que afirma – com o propósito de solucionar as diversas matizes de conflitos jurídicos que se apresentam.

Ora, se é verdade que há racionalidade na teoria de Alexy, é igualmente correto afirmar que tal racionalidade só encontra guarida nas regras da teoria do discurso. Elas é que acabam por absolutizar a teoria, pois registram a clara pretensão de normatizar previamente – como que se realizasse uma subsunção procedimentalista que alcance os princípios – a solução dos casos concretos que se apresentam.

Ademais, os critérios da ponderação – a adequação, necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito e a idoneidade – sugerem um forte apego moral – como dito alhures, espeque da teoria da argumentação em Alexy – que historicamente mal gerido – leia-se, formalmente adicionado – gera ambiguidade e a possibilidade de argumentos axiológicos construídos ao alvedrio de critérios semânticos, reféns, portanto, dos paradigmas ideológicos do julgador.

O “ponderar” de Alexy, mesmo que amparado na fórmula do peso, não parece emprestar critérios razoáveis de aproximação da verdade, de verossimilhança e de justificatividade.

Outro autor imprescindível no cotejo com Alexy é Ronald Dworkin. A proposta de Dworkin (1999), em que pese sugira – especialmente pelo enfoque da temática – uma proximidade conceitual de Alexy, representa, ao bem da verdade, uma alternativa distinta em termos de teoria da decidibilidade. Enquanto Alexy pode ser classificado como um procedimentalista, Dworkin é um interpretativista, fulcrando suas pretensões no campo da substancialidade e não nos juízos prévios e nas normas do discurso.

De qualquer sorte, apesar do nítido caráter de distinção teórica, do ponto de vista da aplicabilidade, Alexy e Dworkin apresentam convergências e divergências. Dworkin sustenta que apenas os direitos individuais constituem princípios, ao passo que Alexy (2002, p. 111) engloba, também, os direitos coletivos. Dworkin denomina os direitos coletivos de *policies* (diretrizes), apresentando um enfoque distinto de aplicabilidade.

Dworkin (1999) critica Alexy, sinalando certo relativismo em sua teoria, uma vez que a ponderação admite uma pluralidade de respostas, ou seja, várias formas de entendimento acerca dos princípios em conflito e da solução para o caso concreto, a partir da aplicação da teoria da argumentação. Como é cediço, Dworkin sustenta a tese da única resposta correta.

Dworkin (1999) diz que a resposta correta poderá ser obtida pelo Juiz Hércules – não apontando um procedimento para seu alcance. Este, para Dworkin, é o juiz ideal, munido de todas as informações e capacidades necessárias para a sua árdua tarefa. Em que pese as críti-

cas a tal modelo apontadas por Lenio Luiz Streck, antes enfocadas, a proposta permite inferir, com firmeza, que a teoria de Dworkin é material, diferentemente da de Alexy, de caráter procedimental.

Além disso, Dworkin (1999) sustenta que a distinção entre regras e princípios não é tão clara. Afinal, muitas normas que possuem conceitos indeterminados, termos como “negligente”, “injusto” ou “relevante”, fazem depender a aplicação das regras dos fins que aparecem nos princípios e, dessa forma, convertem as regras em algo muito parecido com os princípios.

Dworkin (1984) também discorda de Alexy no que toca à aplicação gradual dos princípios, pois compreende estes como padrões que devem ser observados em virtude de “uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Porém, aduz que os princípios teriam a capacidade de vincular as decisões dos juízes. Para Dworkin (1984), a interpretação não pode partir de “ponderação ou balanceamento de bens ou interesses”. Aliás, o próprio Alexy (2002, p. 111) reconhece tal diferença:

Dworkin concibe el concepto de principio de una manera más estrecha. Según el, principios son sólo aquellas normas que pueden ser presentadas como razones para derechos individuales. Las normas que se refieren a derechos individuales las llama “policies”. Sin duda, la diferencia entre derechos individuales y bienes colectivos es importante. Pero, no es ni necesario ni funcional ligar el concepto de principio al concepto de derecho individual.

Ambos (Alexy e Dworkin) consideram regras e princípios pertencentes à categoria das normas, como modalidades deonticas básicas, reconhecendo a força vinculativa dos princípios, contudo, registram distintas formas de gestão, especialmente, como dito alhures, em face do primeiro constituir-se em procedimentalista e o segundo interpretativista.

Thomas da Rosa Bustamante, também crítico da teoria de Alexy, sustenta que a única distinção existente entre regras e princípios é o grau de generalidade, não havendo diferenças na estrutura lógica dos comandos normativos.

Já para Pietro Sanchis, a diferença entre regra e princípio surge exclusivamente no momento da interpretação/aplicação. Para ele, quem sustenta que entre regra e princípio há uma diferença de características inteiramente distintas deve demonstrar que existe uma dessemelhança estrutural ou morfológica. Se a afirmação, doutra banda, afirma que as normas podem funcionar tanto como regras, tanto como princípios, propõe

não dois tipos de classes, mas dois tipos de estratégias interpretativas. Por fim, conclui que a técnica dos princípios sempre é aplicada e não apenas quando os enunciados normativos são dotados de certas características.

O espanhol Santiago (2000, p. 45), por sua vez, assevera que a separação entre regras e princípios não é qualitativa, assim como não é categorial a diferença entre subsunção e ponderação como método de aplicação do direito. Critica a frase categórica de Alexy de que toda norma é ou princípio ou regra. Isso ocorre, segundo ele, porque Alexy contradiz sua teoria quando afirma que a dignidade da pessoa humana e mesmo os direitos fundamentais têm caráter de regra e de princípio. Apon-ta estranheza no fato de admitir-se ponderação – mesmo que apenas quando da aplicação da exceção – na gestão das regras.

Por fim, aduz Santiago (2000, p. 45) que há normas que são predominantemente princípios e normas que são predominantemente regras, acreditando não haver diferença qualitativa entre regras e princípios.

A posição de Cattoni de Oliveira (2004), que registra traços habermasianos, no tocante a Alexy, põe-se de forma assaz crítica, já que, para ele, a definição dos princípios como mandatos de otimização e a aproximação entre regras e princípios significa negar a dimensão deontológica do Direito. Sustenta, também, que os modelos de Alexy conduzem à perda de racionalidade das decisões, face à subjetividade inerente a uma técnica de valores. Para Cattoni de Oliveira (2004, p. 68): “Bens e interesses, assim como os valores, podem ter negociada a sua aplicação, são algo que se pode ou não optar, já que se estará tratando de preferência otimizáveis. Já direitos não”.

Cattoni de Oliveira (2004) assevera ainda que se põe ao lado de Dworkin, no sentido de que o poder Judiciário deve registrar um agir político e não evidenciar a aplicação do que considera eticamente mais adequado.

Chamon Júnior (2004), por sua vez, entende que Alexy iguala estruturalmente princípios e valores porque, no caso concreto, faz com que a passagem dos princípios se dê por preferibilidade. Assim, dentro da perspectiva alexyana, a prevalência de determinado princípio sobre outro se daria por uma questão de importância; se certo comando de otimização se reveste de maior importância, ele deve ser preferido perante outro. Essa relação de preferência/importância levaria a uma hierarquização de princípios e, conseqüentemente a uma ordenação daqueles.

Hesse (2001) – de análise interessante, pois, como Alexy, estuda preponderantemente o direito alemão – sustenta que o Tribunal Constitucional adota

argumentação baseada em fatores políticos ou socioideológicos, bem como a imposição de uma hierarquia entre princípios, na qual os direitos sociais seriam inferiorizados, de sorte que a teoria de Alexy, ao menos em sua versão tedesca, teria fracassado.

Müller (2000), acompanhando Hesse, sustenta que o peso do Estado, no Tribunal Constitucional Alemão, quase sempre se sobrepõe aos direitos individuais.

Maia (2003) critica a teoria de Alexy, a partir do que denomina de isoformismo, face à definição de um procedimento prévio e racional para a solução da questão da interpretação.³ Também critica a multiplicidade de respostas proposta por Alexy, em razão do subjetivismo axiológico. “As fórmulas para a determinação racional do direito em pleno período de pluralismo e multiplicidade talvez sejam um dos maiores problemas da teoria alexyana” (Maia, 2003, p. 26).

Outra crítica tecida por Maia é a do mito da identificação. Pondera que, como na teoria habermasiana, em Alexy, está-se diante da tentativa de identificação dos sujeitos, como se todos eles estivessem numa condição tal que teriam a capacidade irrestrita de argumentar. Essa condição ideal de fala, assim, revela-se inalcançável.⁴ Como aduz o próprio Maia (2003, p. 32):

Pensar em situação ideal de fala significa, quase sempre, obscurecer a realidade. Não há como defender referenciais únicos de racionalidade. Não há como garantir que as pessoas falem a verdade quando estão discursando (princípio da sinceridade do discurso, defendido por Alexy). Aliás, por vezes, a sinceridade rompe com a situação de fala dos que se comunicam.

Essa situação de fala ideal põe-se na linha da *episteme* cartesiana, do positivismo e de todas as teorias jurídicas ortodoxas que rejeitam a possibilidade de pluralismo jurídico. Assim, a construção do direito a partir da racionalidade impõe a necessidade da constituição de referenciais de segurança, de resistência, de blindagem contra os decisionismos e arbitrariedades em pleno Estado Democrático de Direito.⁵

Alexy acaba ainda por limitar a (re)construção ou a (des)coberta da verdade aos participantes, às regras do discurso e à estrutura organizacional do direito, o que emprestaria um molde racional à vontade das partes (Streck, 2006, p. 30-31). De fato, o *mundo da vida*, a historicidade do direito e a multiplicidade da pós-modernidade não parecem permitir que o direito se limite a essa formalidade.

Enfim, chega-se à ilação de que a presença da moral e a pretensão de regular previamente a solução de todo e qualquer caso que se apresenta restam por registrar um comprometimento – mesmo que não pretendido pelo Autor – indisfarçável com o positivismo, já que alcança desfecho comum, qual seja, o fundado risco da discricionariedade, da ideologização e da pessoalidade decisional.

Considerações finais

Alexy propõe a aplicação da ponderação de valores como forma suficiente à busca de solução dos conflitos principiológicos. Aqui está o primeiro risco da teoria, qual seja, o do incremento desenfreado de uma espécie de totalitarismo principiológico que permita ao decisor aplicar os preceitos explícitos e implícitos sem um argumento interno coerente, o que remete à “decisão conforme a consciência”, típica do juiz solipsista do positivismo. O fato também sugere, por vezes, que casos fáceis sejam reconhecidos como difíceis, por conta da “criação” de uma “necessidade de complexidade”, firmada no afã da justificação principiológica, mesmo que a lei, por si só, empreste resposta à celeuma.

Ao propor um discurso racional e uma plataforma de gestão aplicativa das normas (regras e princípios), Alexy, assim como boa parte das teorias de decidibilidade que se conformam com o procedimento e não desafiam o argumento material, deixa-se enredar numa intransponível teia. A teia da discricionariedade e da arbitrariedade. Se Kelsen, com sua teoria pura, reconhecia a impossibilidade de superação do paradigma discricio-

³ E cá se diga que esse racionalismo registra um risco potencializado na teoria do discurso, vez que Alexy valoriza sobremaneira o estudo do caso concreto. Na medida em que se estabelecem procedimentos prévios, desprovidos de faticidade, distantes do mundo da vida, coadunados com a valorização da consideração do caso concreto, potencializam a possibilidade de decisionismos e arbitrariedades. Nesse sentido, um dos casos paradigmáticos apresentados por Alexy, o chamado “conflito-sequestro”. Trata-se do direito fundamental, direito de defesa liberal, de um lado e do direito de proteção do outro. Um tal caso existe, por exemplo, quando se atira em um tomador do refém para salvar a vida do aprisionado. Nisso deve, todavia, ser acentuado que há colisão entre o direito à vida, de um lado, do tomador do refém, e, de outro, do refém; isso só revela uma compreensão parcial do problema. É frequentemente possível salvar a vida do refém pelo fato de se ceder às exigências do tomador do refém. Entra, então, como terceiro elemento da colisão total, um “dever de proteção” perante a totalidade dos cidadãos, no sentido de evitar que passem a existir outros reféns, oriundos de situações análogas. O objeto imediato desse dever de proteção é um bem coletivo: a segurança pública (Alexy, 2007, p. 57-58).

⁴ Streck (2006) contribui de forma decisiva para a fundamentação da crítica, quando afirma não existir um grau zero, um ponto de partida ideal, já que o direito é afeto à história, à tradição e não compreende marcos iniciais em cada período da humanidade.

⁵ Como alerta Maia (2003, p. 38): “Diante do subjetivismo axiológico, como determinar o que é o bem e o que é certo? Parece que, no plano moral, não há como ser preciso nesses aspectos. Mas o direito, por necessitar de segurança, requer uma plêiade de normas que delimitem o campo jurídico de ação, o que não faz com que a interpretação esteja fechada. Pelo contrário, está mais que aberta a novos elementos, inclusive ideológicos, para lidar com a pluralidade que nos vincula a uma racionalidade argumentativa no direito”.

nário, afirmando que, em certa medida, todas as decisões dependeriam do ato de inteligência do julgador, Alexy rechaça tal critério, mas acaba por ser catapultado ao mesmo fosso.

Ainda, enquanto Kelsen propunha uma apartação dos critérios axiológicos, Alexy acaba por alimentá-los, na medida em que sua teoria se torna refém do subjetivismo, especialmente em face do emprego da justiça e da moral como elementos neurais.

Uma amostra de tal fatalidade é a complexidade impingida a alguns casos paradigmáticos – o que é uma constante na obra de Alexy –, com o fito de “moldá-los” à fórmula do peso/ponderação e ao conflito principiológico (antinomias jurídicas impróprias).

Uma teoria da decidibilidade, para manter a *pré-sença* da faticidade e da tradição, deve necessariamente considerar a busca do desvelar, da clareira, do conhecimento. É preciso trazer o caso à luz e não a luz ao caso, como querem aqueles que entendem dispor de uma solução divina, firmada numa espécie de “lâmpião mágico” do conhecimento. Aqui, retoma-se a hermenêutica filosófica como baluarte da interpretação e do engendramento de uma teoria da decisão que considere a personalidade dos casos e, verdadeiramente, os fatos. Atribuir complexidade a um fato dado que goza de tranquila singeleza não implica um contributo para a ciência. Estabelecer, de antemão, o rótulo de casos difíceis e fáceis também não parece ser a melhor alternativa. A resposta está, portanto, na hermenêutica heideggeriana.

Referências

- ALEXY, R. 2007. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 168 p.
- ALEXY, R. 1999. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 285 p.
- ALEXY, R. 2002. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 316 p.
- CATTONI DE OLIVEIRA, M.A. 2004. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Mandamentos, 208 p.
- CHAMON JÚNIOR, L.A. 2004. *Tertium non datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito*. In: M.A. CATTONI DE OLIVEIRA (coord.), *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Mandamentos, p. 45-67.
- CORREA, D. 2013. Linguagem, justiça e retórica da dominação. *Revista Direito em Debate*, 9(4):69-85. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/802/520>. Acesso em: 27/03/2015.
- DWORKIN, R. 1999. *O império do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 513 p.
- DWORKIN, R. 1984. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 293 p.
- FERNANDES, T.R.M. 2012. *A influência do Common Law na teoria do precedente vinculante no ordenamento jurídico brasileiro*. Publicações da Escola da AGU: 2º Curso de Introdução ao Direito Americano. Escola de Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, ano IV, vol. 2, nº 16, abr. Brasília, EAGU, 198 p.
- GADAMER, H.-G. 1999. *Verdade e método*. 3ª ed., Petrópolis, Vozes, 304 p.
- HABERMAS, J. 2001. *Justificación and Application: Remarks on Discourse Ethics*. Cambridge, MIT, 197 p.
- HART, H.L.A. 1996. *O conceito de Direito*. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 399 p.
- HESSE, K. 2001. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid, Civitas, 88 p.
- KELSEN, H. 1994. *Teoria pura do Direito*. 4ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 371 p.
- LEIVAS, P.G.C. 2006. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 146 p.
- MAIA, A. da. 2003. *Dogmática jurídica e multiplicidade*. Porto Alegre, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 15-40.
- MÜLLER, F. 2000. *Quem é povo?* 2ª ed., São Paulo, Lex Limonad, 218 p.
- SANTIAGO, J.M.R. de. 2000. *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 369 p.
- STRECK, L.L. 2012. Direito não pode ser corrigido por valores morais. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>. Acesso em: 26/03/2013.
- STRECK, L.L. 2011. Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fox-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>. Acesso em: 26/03/2013.
- STRECK, L.L. 2006. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 678 p.
- VIEIRA, O.V. 1999. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo, Malheiros, 231 p.

Submetido: 14/07/2014

Aceito: 16/12/2014