

DISCUTINDO DECISÕES JUDICIAIS EM DEMOCRACIA

Orlando Faccini Neto¹

Sumário: Introdução; 2 Da construção de um modelo de regras a uma metodologia da decisão «discricional»; 3. Esboço de crítica, a partir de uma dimensão compreensiva dos princípios no Direito; 4. De como os princípios conduzem à «resposta correta»; 5. A relação entre os princípios e a hermenêutica; 6. O argumento democrático; Conclusão; Bibliografia.

INTRODUÇÃO



ão é sem razão que a quadra atual é concebida como reveladora de uma certa *crise do Direito*. Crise que, de um lado, pode advir da própria *internacionalização*, a colocar em dúvida padrões de soberania em que alicerçada a coatividade estatal, como também de concepções *multiculturalistas*, que indicariam níveis de carência quanto ao reconhecimento das legislações domésticas, discrepantes de modos particulares de ver o mundo. Crise, ademais, que se poderia fundamentar numa espécie de *funcionalização* do Direito, cuja autonomia estaria em xeque, mas que não olvidaria as alterações por que passou a própria dinâmica da atividade parlamentar.

Isto para não dizer do surgimento de uma enormidade de

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Mestre em Direito Público pela Unisinos/RS; Especialista em Direito Constitucional pela Ulbra/RS; Professor de Direito Penal e de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura/RS; Professor de Direito Constitucional na Faculdade Anhanguera em Passo Fundo/RS; Professor de Processo Penal na Universidade de Passo Fundo/RS; Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. Email: ofneto@tjrs.jus.br.

setores que, carecidos de alguma *cobertura jurídica*, ensejam incontáveis atos normativos, os quais, a par das diferenças que lhes são específicas, muitas vezes têm em comum um *reduzido nível de qualidade*. Não mais se procuram os Códigos e as leis com o intento de refinar-se no uso de uma língua.

Isto se conjuga com a circunstância de que o Direito pode ser visto sob o ponto de vista regulatório, tendente a direcionar a vida e as expectativas das pessoas; pode ser concebido como estruturante do Estado e dos poderes que o conformam; pode ser visto, também, como instrumento de transformação social, no caminho de propiciar menos desigualdade entre grupos e classes, ou, no sentido inverso, como expressão da força, pela qual se reproduz e subsistem as divisões entre os indivíduos. Pode ser concebido como o estatuto pelo qual se limita a atividade política, ou como um mero produto dela.

Todos estes pontos de vista apresentam, em variados graus, alguma idoneidade e, de um modo ou de outro, vêm sendo trabalhados por diversos autores, que contam e explicam, assim, uma *grande história*, do passado e do futuro, que é a história do Direito.

Nenhum deles, todavia, está compreendido neste trabalho. Nossa pretensão é muito mais limitada. Desejamos tratar do Direito em sua aplicação por juízes e tribunais. Porque supomos que a grandiosa tarefa de julgar processos, em que muitas vezes se está a definir sobre a liberdade, o património e mesmo a vida das pessoas, em aspectos de inequívoca gravidade, merece uma abordagem que, no limite, propenda a reconduzi-la ao *princípio democrático*.

Que, a nosso ver, não se atende tanto quando se procura extrair uma suspeitável *vontade da lei*, como se as abstrações feitas no passado não requeressem uma atualização frente à *faticidade* dos casos concretos, como quando se devolve à *subjetividade* judicial o adensamento de categorias jurídicas que lhe não pertencem.

A sempre invocada superação do positivismo não revelou, no campo das decisões judiciais, uma efetiva alteração no modo como os juízes decidem os processos. Apenas que a discricionariedade judicial, apanágio que era da concepção que se alude decaída, a esta altura se empreende sob uma equivocada asserção de maior *flexibilidade normativa* dos princípios.

De como chegamos até aqui, e de como supomos possam deveras contribuir, juízes e tribunais, para que a magnífica história do Direito continue a ser contada, é o escopo deste trabalho.

2. DA CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE REGRAS A UMA METODOLOGIA DA DECISÃO «DISCRICIONAL»

Façamos uma proclamação, para aludir que o positivismo jurídico estabelece como consequência metodológica inarredável a discricionariedade judicial. E a manutenção das perspectivas positivistas² dá o seu contributo para a consagração do *decisionismo*, olvidando a dimensão normativa dos princípios, ou dela se apropriando em termos de ampliação dos poderes judiciais.

Na lição conhecida de BOBBIO³, o positivismo jurídico

² O pensamento de CASTANHEIRA NEVES não pode ser desconsiderado, no momento em que assinala duas razões para explicar a atitude positivista, ambas de carácter ideológico, e isso porque traduziriam dois prejuízos que se fecham à crítica: o do cientificismo positivista, enquanto afirma que um qualquer pensamento só obterá validade cultural, deixando de ser mera expressão de posições arbitrárias ou de emotividades subjetivas, se obedecer ao estatuto do ‘científico’ e que este se teria de identificar pelo conceito positivista (analítico e empirista) de ciência. Daí sempre a tendência de excluir, do pensamento jurídico, juízos verdadeiramente normativos (‘juízos de valor’), substituindo-os por juízos apenas analíticos. O segundo, o prejuízo do estatismo legalista, que vê o direito como um simples *positum* político, acabadamente dado no imperativo estadual da lei, e perante o qual, por isso mesmo, o jurista haveria de ter a atitude externa de formal e descomprometida obediência e, portanto, de estrita objetividade cognitiva. CASTANHEIRA NEVES, António A. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 1976, p.. 29-31.

³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone Editora, 2006, p. 15-23.

derivou da contraposição ao direito natural e desde os gregos a dicotomia se mostrava na asserção de que o direito natural era universal, valendo em toda parte, ao passo que o modelo positivo restringia-se às comunidades políticas em que posto; sem contar o direito romano, que dividia o *jus gentium* do *jus civile*, o primeiro imutável e universal, o segundo efêmero e particular, e até o medievo, que concebia o direito positivo *illud est quod ab hominibus institutum*, isto é, determinado pelos homens, e o direito natural como oriundo da natureza ou em última análise de Deus, alcançando ainda o pensamento dos séculos XVII e XVIII, quando se acrescentou que o direito natural se fazia conhecido pela razão e o positivo a partir de uma declaração de vontade alheia, o certo é que um passar de olhos pela história⁴ faz ver que modelos antagônicos de compreensão jurídica correram os tempos, desde sempre⁵.

A partir da formação do Estado Moderno, ainda que com as particularidades inerentes à forma como isso sucedeu em Inglaterra e França, consagrou-se o monopólio da produção jurídica pelo Estado, de modo que o então alcunhado direito positivo passou a ser o único Direito existente. A ruptura dos absolutismos e o advento de uma nova classe social haveria de encetar um refreamento do poder estatal, cuja expressão maior

⁴ Sobre a relevância da discussão de problemas históricos, com um panorama geral em que também se discute a dualidade na compreensão do Direito, aqui apresentada, Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 4 ed., Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2010, p. 31-45.

⁵ Segundo KELSEN, em se tratando de direito natural, alude-se a um sistema de normas que ao contrário daquelas do direito positivo não são fixadas 'artificialmente', por ato humano, mas dadas 'naturalmente', porque elas resultam da natureza, de Deus, da razão ou de um princípio objetivo semelhante. São normas que não valeriam como aquelas do direito positivo, porque elas são fixadas por uma autoridade humana determinada, mas porque elas, segundo o seu conteúdo interior, são boas, corretas ou justas. A diferença entre direito natural e direito positivo seria, assim, uma diferença do fundamento de validez ou – o que é o mesmo – do princípio de validez que, no caso do direito natural, é um material; no caso do direito positivo, um formal. KELSEN, Hans. *Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca*. In: *Direito natural, Direito positivo, Direito discursivo*. Luís Afonso Heck (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 94.

passa a derivar do parlamento. Daí ao fetichismo do produto da atividade parlamentar - ou seja, da *lei* -, a distância se fez curta.

Passa-se, com efeito, a alvitrar o dogma da onipotência do legislador⁶ e da completude do ordenamento⁷, que abarcaria em seu interior a totalidade da realidade⁸. Como parece claro, não deixou de ter, a distribuição do Direito por códigos, um certo caráter político⁹.

Aqui já se pode antever, e parece importante, certa abdição da realidade concreta, da *faticidade*, porquanto o positivismo trabalha com dois *mundos* apartados, o das regras e o dos fatos, fixando que a aplicação da lei dar-se-á a partir de raciocínios silogísticos, isto é, de subsunções¹⁰.

Noutros termos, a metodologia com a qual se identificava a atividade judicial haveria de obedecer a um operar puramente

⁶ A este respeito, entre tantos, Cf. STOLLEIS, Michael. *O perfil do juiz na tradição europeia*. In: O perfil do juiz na tradição ocidental. Org. António Pedro Barbas Homem e outros. Coimbra: Almedina, 2009, p. 24.

⁷ LOMBARDI, Luigi. *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1967, p. 204.

⁸ Conforme WIEACKER, uma das consequências da revolução francesa esteve na crença de uma racionalidade da vontade do povo, a difundir a convicção de que uma nação moderna deveria ordenar planificadamente a sua vida jurídica global através de uma codificação. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, 4 ed., tradução A.M Botelho Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 526. No mesmo sentido, BARBAS HOMEM assinala que a exigência de certeza e segurança em relação ao direito positivo é derivada deste projeto de racionalização do poder e do Direito, de que é fruto a ideia de codificação. BARBAS HOMEM, António Pedro. *O movimento de codificação do Direito em Portugal no século XIX: aspectos gerais*. Lisboa: AAFDL, 2007, p. 15.

⁹ Nas palavras de BARBAS HOMEM, a codificação do direito privado constituiu uma condição para a realização do projeto liberal. BARBAS HOMEM, António Pedro. *O movimento de codificação do Direito em Portugal no século XIX: aspectos gerais*. Lisboa: AAFDL, 2007, p. 35. Sobre isto, ainda, Cf. LOMBARDI, Luigi. *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*. Milano: Dott. . Giuffrè Editore, 1967, p. 263.

¹⁰ Assim, o *texto da norma* é identificado com a norma inteira e por trás dele busca-se um sentido que se imagina sempre encontrável, finalizando, quando o mesmo emerge, a busca pelo Direito, sem que se permita uma “transcendência para além do texto da norma e seu pretense sentido unívoco”. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 125.

lógico, ou de identificação da sua racionalidade a esquemas “tão só lógico-dedutivos”¹¹.

Isto significa que o domínio de uma postura positivista dá ensejo à separação entre fato e Direito¹², vistos a partir de um enfoque estático, imóvel. A ideia de subsunção, largamente dominante, apoiada no silogismo puro, como modelo não apenas descritivo, mas explicativo da aplicação do direito, pressunha, efetivamente, a heterogeneidade e a independência dessas duas questões¹³.

¹¹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 305. Daí que a validade da fundamentação jurídica “não se aferisse por referências axiológico-normativas (...) mas pela coerência sistemática num quadro dogmático-conceitual – o discurso jurídico seria um discurso puramente ‘sintático’, um discurso ‘formal’, e não ‘finalístico’”. CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 308. Sobre os limites metodológicos do método subsuntivo, ainda do mesmo autor, Cf. CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão de facto - Questão de Direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica) – A crise*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p. 250-277.

¹² KNIJNIK, Danilo. *Os Standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. In: Revista Forense, volume 353. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 18.

¹³ Em certa medida, ao requerer uma dialética que articula “o caso julgando como res sui generis”, irredutível em sua singularidade predicativa e a normatividade jurídica “como sistema unitário no seu sentido realizando e multifário no seu conteúdo devenida”, BRONZE articula que a decisão de um caso concreto não pode abdicar de sua particular identidade jurídica, que, aqui, tratamos de faticidade. BRONZE, Fernando José. *Racionalidade e Metodonomologia: nóvula sobre os pólos e o sentido de uma relação de co-responsabilidade problemáticamente inucleada*. In: O perfil do juiz na tradição ocidental. Org. António Pedro Barbas Homem e outros. Coimbra: Almedina, 2009, p. 257-263. Conforme CASTANHEIRA NEVES, o pensamento jurídico recuperou o concreto, que vai na essencial vocação do direito, depois que o “positivismo legalista, com o seu normativismo analítico-dedutivo, o levava a refugiar-se no alienante abstracto”. CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica - I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 12. Assim também noutra obra, quando realça que a decisão jurídica, embora com critério imediato nos elementos normativos, é sempre determinada pelo modo argumentativo da mobilização desses elementos normativos no contexto problemático relevante, isto é “tendo em conta as circunstâncias do caso”. CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 318. Não teríamos condições de examinar as diferenças, em termos de corolários,

O estudo do direito prescindia da formulação de juízos de valor, uma vez que a validade das normas pertencentes ao ordenamento jurídico se fundamentava somente em critérios de ordem formal. Poder-se-ia dizer, com SOUSA MENDES, haver nesta concepção uma teoria da *forma* das normas, sem pretensão de preocupar-se com a “matéria das normas”¹⁴.

É em tal medida que KELSEN virá a defender que a sentença judicial, como base do escalonamento normativo, consistirá em um ato de vontade do juiz, que, respeitando os critérios formais para a sua produção, adequar-se-á ao sistema por ele estabelecido. Por isso que em todos os casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecer-se-iam várias possibilidades de aplicação jurídica, de maneira que o ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, atendendo à *vontade* do legislador^{15 16}.

que cada um destes autores extrai deste ponto comum, na construção daquilo que chamaríamos de *jurisprudencialismo*, em Castanheira Neves, e de *matriz analógica*, em Fernando Bronze.

¹⁴ SOUSA MENDES, Paulo de. *A originalidade do positivismo juscientífico de Kelsen*. Anexo G, In: O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 515. Assim, nas palavras do autor, o que Kelsen compôs, não sem inequívoco gênio, foi uma “espécie de filosofia lógica das normas”, de modo a ensejar-se a redução do jurídico a estruturas e categorias formais, que seriam pensadas com independência de seu conteúdo ou sem subordinação aos fins que através dele se pretendessem atingir.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 336. Essa a razão por que mesmo sob o império de um positivismo rígido o juiz teve sempre um papel relevante em termos de criação do Direito. BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 24. Sobre a consideração de que, em Kelsen, as decisões judiciais acabam por ser tomadas como atos de criação do direito, Cf. BARBAS HOMEM, António Pedro. *O justo e o injusto*. Reimpressão. Lisboa: Associação Académica da faculdade de Direito de Lisboa, 2005, p. 67. Na precisa síntese de CASTANHEIRA NEVES, a discricionariedade se traduziria, assim, na faculdade de opção dentre uma pluralidade de decisões possíveis, todas igualmente válidas de um ponto de vista puramente jurídico, no nível formal, imputável à autonomia do órgão chamado a decidir – e opção a realizar, em último termo, na base uma posição pessoal – e, pois, subjetiva -, desse órgão, perante o caso concreto decidendo. CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão de facto - Questão de Direito ou o problema metodológico da*

Segundo este ponto de vista, a lei é vista como uma *lei em si*, prescindida de todas as condicionantes que a engendraram, em ordem a reconduzir-se “a validade das proposições jurídicas aos imperativos do poder”¹⁷.

Há inegável conexão entre a estrutura escalonada da ordem jurídica, e a identificação da validade a partir de critérios meramente formais, com a teoria da interpretação jurídica de Kelsen, pois será a sentença judicial que dará ensejo à norma concreta, finalmente suscetível de ser executada¹⁸.

Sem nenhuma preocupação de ordem valorativa, portanto, neste modelo se aceita e se assume que, no fim de tudo, é a discricionariedade judicial a via de acesso à solução jurídica de um caso.

O caso concreto parece importar pouco¹⁹; como também

juridicidade (ensaio de uma repositição crítica) – A crise. Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p. 358.

¹⁶ Ainda em Kelsen lê-se que “a fixação de normas jurídicas individuais é a função específica dos tribunais. Ao esses decidirem um caso concreto em aplicação de uma norma jurídica geral é sua decisão uma norma jurídica individual: a individualização ou concretização da norma geral aplicada. Mas também quando eles – para isso autorizados – decidem segundo poder discricionário completamente livre, tem sua decisão o caráter de uma norma jurídica individual (...)”. KELSEN, Hans. *O que é positivismo jurídico ?* In: Direito natural, Direito positivo, Direito discursivo. Luís Afonso Heck (org.). Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, 88.

¹⁷ BARBAS HOMEM, António Pedro. *O justo e o injusto*. Reimpressão. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2005, p. 41.

¹⁸ Deste modo explica LARENZ que a sentença será um ato de produção do direito, tal como a lei, só que situado no escalão de individualização ou concretização da norma geral. Porém, assim como a lei surge por um ato de vontade, e não por um ato, digamos, de conhecimento, outro tanto se passa com a sentença do juiz. Consequentemente “fica sempre uma margem de discricionariedade para o órgão chamado a estabelecer a norma inferior”, de tal sorte que a norma superior tem sempre e só um caráter de quadro a preencher, através do ato judicial. Noutras palavras, caberia a quem aplica a norma decidir-se, através de um ato voluntário, por uma dessas possibilidades, que depois, por ato do órgão aplicador, particularmente o tribunal, se torna em direito positivo. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4 ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 105.

¹⁹ Como refere CASTANHEIRA NEVES, ao se postular que todos os problemas jurídicos encontram neste conteúdo normativo a sua solução antecipadamente preparada e enunciada, ter-se-ia a inferência de que o direito é algo ‘em si’, uma

parece não se ter atilado à circunstância de que o direito não se reduz a um modelo de regras, entre as quais, como último passo, incluir-se-ia a sentença, para cuja formação se pode dispensar o mundo prático, porquanto somente se alude à validade enquanto um critério formal. Ou seja, ter-se-ia como idônea a afirmação de que o juiz pode adotar a alternativa mais conveniente em sua avaliação, dentre as várias possibilitadas pela moldura da regra. Em suma, não há a dimensão compreensiva dos princípios e isso bastaria para, na quadra atual, tentarmos suplantarmos o paradigma.

3. ESBOÇO DE CRÍTICA, A PARTIR DE UMA DIMENSÃO COMPREENSIVA DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO

Há várias críticas que se podem fazer a tal compreensão do Direito, as quais redundam, em última análise, na incompatibilidade democrática com a tese das múltiplas ou variadas respostas, sob escolha do juiz. Afinal, a possibilidade de existência de mais de uma resposta coloca essa escolha no âmbito da discricionariedade judicial, o que é antitético ao Estado Democrático de Direito²⁰.

Mas essa perspectiva, por que se afastaria do direito qualquer elemento valorativo, viu-se minimizada a partir de uma atenuação imposta pelo denominado positivismo *soft*, ou em sua *versão leve*. A conhecida polêmica estabelecida entre

entidade objetiva que cumpre tão só conhecer ou apreender com um método adequado, não sendo a decisão de um caso mais do que exatamente conhecer a solução prévia que para ele o direito já oferecia. Para o positivismo, portanto, não só o direito e o fato seriam duas entidades objetivas e independentes, como ainda o distinguir num problema jurídico concreto a questão de fato e a questão de direito se viria a traduzir num mero delimitar objetivo de entidades autônomas e em si subsistentes. CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão de facto - Questão de Direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica) - A crise*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p. 52-3.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 165.

Dworkin e Hart ensejou, no último, uma versão moderada do positivismo.

Após as críticas formuladas por Dworkin, HART redigiu seu conhecido pós-escrito, publicado após a sua morte ainda inacabado. No texto, sustenta a ideia de que a *regra de reconhecimento* pode vir a incorporar, como critério de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos, moderando a noção positivista de que tais princípios ou valores alheavam-se do campo do Direito. Embora não afirme uma conexão necessária entre o Direito e a moral, a partir da regra de reconhecimento essa conexão passa a ser tida como possível²¹.

Assim, o conceito de Direito coincidiria com o de um sistema jurídico composto por regras válidas, porque emanadas em conformidade a uma regra de reconhecimento, isto é, dotadas de um *pedigree*. Sucede que ainda aqui situa-se o *standard* da regra de reconhecimento, passe a redundância, num padrão de *regra*, ao passo que Dworkin apontará nos princípios o papel de portadores de razões morais ou institucionais que con-

²¹ Ao lado das regras primárias, que estatuem o que os indivíduos devem ou não fazer, os sistemas jurídicos modernos incorporariam regras de outra ordem, as secundárias, que definiriam a existência e o funcionamento das regras primárias. Entre as regras secundárias é que se situa a chamada regra de reconhecimento, de que viriam os critérios de identificação das regras válidas num sistema jurídico, ou seja, possibilitariam a identificação das fontes de obrigações jurídicas; expressamente Hart sustenta que a regra de reconhecimento pode abranger, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos, por isso que a sua versão de positivismo haveria de ser tida como moderada. Entretanto, a alegação de que a regra de reconhecimento cumpre papel radicalmente diferente daquele desempenhado pela *Grundnorm* ou norma fundamental de Kelsen é duvidosa, pois ambos os conceitos se referem àquilo que torna obrigatório tratar normas superiores como fundamentos válidos para a tomada de decisões, de forma que, segundo adverte MACCORMICK, talvez Hart tenha exagerado um pouco ao insistir sobre o quanto havia transcendido as ideias de Kelsen. MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 152. Em sentido semelhante, Cf. RODRÍGUEZ, César. *La Decisión Judicial: El debate Hart-Dworkin*. Universidad de los Andes : Siglo Del Hombre Editores, 1997, p. 28.

duzirão o juiz à sua decisão do caso²².

Essa distinção crucial entre regras e princípios mostra que estes, os princípios, ao contrário das regras, não indicam as consequências jurídicas que se seguem à realização das condições que estão previstas, mas exercem um peso na decisão judicial, que não se dá a partir de uma relação *all or nothing*. Em Dworkin, portanto, os princípios constituem uma grande parte do Direito e não são suscetíveis a um teste, tal qual o alusivo à regra de reconhecimento de que fala Hart²³.

De maneira que mesmo nesta versão *moderada*, na medida em que HART manifesta a sua aceitação de que a regra de reconhecimento “pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos”²⁴, mesmo aqui o que se dá é uma concepção do Direito como um sistema de regras, que seriam capazes de abarcar a totalidade da realidade, ainda quando o juízo de subsunção não se fizesse diretamente, pois, já aí, a solução do caso estaria entregue à discricionariedade do juiz²⁵.

Mas o Direito, repita-se, não é somente formado de regras.

O contexto prático das relações humanas não aparece no campo de análise positivista, no que se tem uma espécie de *asfixia da realidade*^{26 27}. De forma que, ao contrário de devol-

²² SAGNOTTI, Simona C. *I Diritti tra storia e morale: riflessioni sul pensiero di Ronald Dworkin*. Milano: Giuffrè Editore, 1998., p. 132.

²³ Como indica KAUFMANN, Hart “apenas reconhece como obrigatórias ‘rules’ (...). Contudo nem sempre estas ‘rules’ são exactas; elas deixam zonas de penumbra e as suas margens são vagas. Se um caso difícil (‘hard case’) não está inequivocamente coberto por uma regra jurídica, então o juiz decide de acordo com o seu juízo; no interior do seu espaço de discricionariedade, a sua decisão é sempre correcta”. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 4 ed., Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2010, p. 75.

²⁴ HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 323.

²⁵ Para uma análise mais ampla sobre a regra de reconhecimento, Cf. LYONS, David. *El afianzamiento jurídico de la antijuridicidad*. In: El legado de H.L.A. Hart. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 70-6.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e*

ver à discricionariedade dos juízes a solução de parcela considerável dos casos jurídicos, sustentará Dworkin a importância dos princípios, os quais devem ser idôneos a fornecer uma justificação coerente da decisão perante os precedentes e também com o esquema político geral que melhor se adapta à ordem jurídica de que se trata.

Noutros termos, o olvido aos princípios dá ensejo a que, em grande parte dos casos, os juízes assentem ter o poder discricionário de modificar o direito (ou, o que vem a dar no mesmo, de preencher alguma lacuna que descobrissem nele) mediante o exercício de um novo poder legislativo que contradiz o mais elementar entendimento das exigências democráticas²⁸.

Contrariamente, uma decisão judicial calcada em princípios explica e justifica o papel dos juízes no Estado Democrático de Direito, visto que as sentenças não seriam mais retroati-

Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Porto Alegre: Lumen Júris, 2009, p. 07.

²⁷ Como diz ATIENZA, em relação à crítica realizada por AARNIO, ao negar a possibilidade da *one right answer*, este último não teve em conta “el ámbito a que la misma se refiere, que no es el de la justificación de normas generales (...), sino el de la aplicación de normas a casos concretos”. ATIENZA, Manuel. *Sobre la única respuesta correcta*. In: Bases teóricas de la interpretación jurídica. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 68-9. A conhecida crítica de AARNIO está no mesmo volume. Cf. AARNIO, Aulis. *Una única respuesta correcta?* In: Bases teóricas de la interpretación jurídica. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 13-45. Também CASTANHEIRA NEVES já indicava ser certo que não se pode pensar do *ponto de vista da norma* em uma só solução válida – uma única solução válida já em abstrato -; porém, perguntava, do *ponto de vista do caso concreto* continuará a ser aceitável uma pluralidade de soluções, ou deverá antes ter-se por unicamente válida aquela decisão que lhe for concreta e materialmente adequada? Em suas palavras, a resposta estaria dependente de sabermos se, para além dos conteúdos normativos formalmente prescritos pelas normas positivas, podia-se pensar ainda numa “intencionalidade jurídica translegal que se tenha de cumprir em concreto”. CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão de facto - Questão de Direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica) – A crise*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p. 364-5. Diríamos que, na atualidade, sequer a essa *intencionalidade jurídica translegal* se careça de fazer alusão; trata-se, com efeito, de *uma questão de princípio*.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 255.

vas, julgando e atribuindo um novo direito a uma situação preterita, conforme um julgamento discricionário²⁹, porque os princípios que as fundamentam já fazem parte do Direito.

Deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar no individualismo do sujeito que constrói o seu próprio objeto de conhecimento³⁰. Noutras palavras, sob o manto da *discricionariedade judicial*, escondeu-se uma perspectiva que aposta no juiz, como protagonista do Direito, em detrimento dos princípios.

Por isso que ao se dizer que o juiz há de decidir a partir de *argumentos de princípio*, concebe-se-os não como entes dados previamente, de forma a serem alcançados por um esforço intelectual individual dos julgadores. O manejo dos princípios aponta, isto sim, para os limites que se devem emprestar ao ato de aplicação judicial, em ordem a afastar dessa mesma aplicação as convicções políticas, morais e pessoais de quem decide, por isso que os princípios se vão afirmando e modificando ao longo do tempo e dependem de interpretações da prática jurídica como um todo.

Trata-se, em última análise, de uma defesa da democracia, porquanto não há sentido em que, num regime democrático, decidam-se casos discricionariamente.

4. DE COMO OS PRINCÍPIOS CONDUZEM À «RESPOSTA CORRETA»

À indagação sobre se não existiria mesmo resposta judicial correta para casos controversos, DWORKIN mostra-se consciente de que a sua tese é impopular. Mas adianta que o argumento de que estaria errado deve situar-se no plano filosó-

²⁹ CADEMARTORI, Luiza Valente. *Os casos difíceis e a discricionariedade judicial: uma abordagem a partir das teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin*. In: *Novos Estudos Jurídicos* – v. 10, Jan/Jun. 2005, p. 224.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20.

fico, e deve contestar sua suposição de que em um sistema jurídico complexo e abrangente é improvável que duas teses difiram a ponto de exigirem respostas diferentes em algum caso e, ainda assim, amoldem-se igualmente bem ao conteúdo jurídico relevante³¹.

Sabemos que é uma perspectiva muito corrente entre os juristas a de que a imprecisão da linguagem garantiria que, inevitavelmente, não haverá nenhuma resposta correta para certas perguntas jurídicas³².

Fica olvidado, assim, que, se uma proposição de Direito é bem fundada e se faz parte da melhor justificativa que se pode oferecer para o conjunto de proposições jurídicas tidas como estabelecidas, é de se supor que, se duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos, uma delas, não obstante, oferece uma justificativa *melhor* que a outra, quando se afigurar superior enquanto teoria política ou moral, isto é, quando apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm³³.

Em outros termos, devemos sempre assumir, quando tentamos determinar o que o Direito requer ou permite, que isso faça sentido *moralmente*. Porque isso dá sentido ao Direito³⁴.

³¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 215-6.

³² Conjugadas tradicionalmente a subsunção e a discricionariedade, numa relação em que o que não fosse subsuntivo haveria de ser discricionário, era decerto fácil à doutrina contornar as dificuldades suscitadas pelo esquema subsuntivo: sempre que este falhava como processo metódico da decisão normativa, remetiam-se os casos em que essas dificuldades se verificassem para o domínio da discricionariedade. CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão de facto - Questão de Direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica) – A crise*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p. 371.

³³ Afirma DWORKIN ser possível distinguir duas dimensões nas quais se deve avaliar o êxito de uma proposta de justificação. Uma justificação deve, ao menos *grosso modo*, adequar-se àquilo que pretende justificar e, além disso, a justificação de uma prática deve ir além de simplesmente ajustar-se mais ou menos a ela; deve também descrever algum *valor* suficientemente importante servido pela prática. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 23.

³⁴ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 17.

Por isso que é importante o modo como os juízes decidem os casos que lhe são apresentados, pois eles *fazem parte e dão sentido ao Direito*. As decisões judiciais compõem um todo integrado, o todo do Direito e, desse modo, fazem parte e decorrem de sua integridade³⁵.

Tem razão GUEST³⁶, portanto, ao indicar que na teoria de Dworkin haverá uma tensão constante entre o que os materiais jurídicos dizem e qual é a maneira moralmente melhor de interpretá-los³⁷. Ao aceitarmos que os julgamentos devem ajustar-se às práticas institucionais, devemos aceitar que eles o fazem por estarem embasados em princípios.

É lícito então perguntar o que se diz com estar a decisão embasada em *princípio*.

Se, deveras, pode ser adequado falar-se que Dworkin, sobretudo em seu *Taking Rights Seriously*, concebia uma *diferença* entre regras e princípios³⁸, na medida em que os últimos continham uma dimensão de peso, e as primeiras apresentavam de maneira mais evidente a descrição da situação que ensejaria a sua incidência ou não, houve ulteriores desenvolvimentos em suas lições, que, nem sempre, parecem ser considerados.

É o que atesta BONGIOVANNI³⁹, esclarecendo que nas

³⁵ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 38.

³⁶ GUEST, op. cit., p. 44.

³⁷ Reitere-se: o Direito deve ser sempre interpretado de maneira a formar um todo integral. Esta injunção expressa a virtude da integridade, que “está no mesmo plano que as virtudes gêmeas da justiça e da imparcialidade”. GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 45.

³⁸ Está-se a falar em *diferença*, e não em cisão enquanto categorias autônomas. Essa diferença, ademais, radicava, nesta primeira elaboração de Dworkin, sob três planos, delineados por SAGNOTTI da seguinte maneira: um estrutural, pelo qual as regras funcionam segundo um sistema tudo ou nada, enquanto os princípios não; um segundo, que podemos chamar funcional, em relação ao qual os princípios, mas não as regras, funcionam, precisamente, exercendo um peso; um terceiro, que se poderia dizer generativo, pelo qual as regras são geradas segundo um procedimento verificável por um teste de *pedigree*, ao passo que os princípios se subtraem a semelhantes testes. SAGNOTTI, Simona C. *I Diritti tra storia e morale: riflessioni sul pensiero di Ronald Dworkin*. Milano: Giuffrè Editore, 1998, p. 56-7.

³⁹ BONGIOVANNI, Giorgio. *Teoria “costituzionalistiche” del diritto: morale,*

reflexões sucessivas do autor americano o papel dos princípios se estende, correspondendo a um nível de fundamento da comunidade político-jurídica, como seus valores supremos, e da exigência da integridade. Com efeito, sob este ponto de vista “i principi assunti dal giurista devono operare identificando i fondamenti politici e morali e le tradizioni della comunità”⁴⁰.

Não se trata, pois, de uma distinção meramente estrutural, visto que, aqui, os princípios são considerados como “le norme che esprimono i valori supremi di un ordinamento giuridico determinato”⁴¹, de maneira a não se recair na inevitável abertura para uma discricionariedade que possibilita, por exemplo, a visão consagrada de ALEXY⁴².

Os princípios implicam referência a um sistema de valores. Representam, por isso, uma dimensão de conteúdo do di-

diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin. Bologna: CLUEB, 2000, p. 78.

⁴⁰ SAGNOTTI, op. cit., p. 62.

⁴¹ BONGIOVANNI, op. cit., p. 87.

⁴² Não é escopo deste trabalho empreender análise mais profunda sobre a obra do autor alemão. Longe disso. Entretanto, o manejo de categorias por ele desenvolvidas, em nossa prática jurídica atual, gerou uma ampliação da margem de discricionariedade judicial e é comum assimilar-se o seu entendimento ao de DWORKIN, quando nos parecem significativas as diferenças. Em ALEXY, como as normas que definem direitos fundamentais se lhe afiguram princípios, inevitavelmente ter-se-ão situações de conflito, que a *proporcionalidade* dispor-se-ia a resolver. Neste sentido, Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86-7. No fim, a proporcionalidade pode acabar funcionando como argumento de retórica para que o intérprete aponha, ao caso, a sua decisão. Noutros termos, indicando a consequência da abordagem *alexynana*, sustenta BONGIOVANNI que os princípios, vistos como preceitos de otimização, são por isso associados a um tipo de juízo baseado sobre a proporcionalidade que deve ter em consideração tanto uma pluralidade de possibilidades jurídicas, como série de elementos relativos às possibilidades de fato e às especificidades do caso. BONGIOVANNI, op. cit., p. 94. No mesmo sentido, indicando as diferentes abordagens de ALEXY e DWORKIN, bem como as suas consequências ao plano das decisões judiciais, Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 572-7.

reito, de modo que requerem uma valoração de sua correção e a apropriação moral na decisão do caso⁴³. Tudo, portanto, diverso de uma concepção de estrutura normativa fundada em aspectos meramente formais e, conseqüentemente, com aptidão para serem convocados como “fundamentos normativo-jurídicos da juridicidade e que a própria lei terá de respeitar e cumprir”⁴⁴.

De maneira que a partir de uma correta compreensão a respeito dos princípios, o que se tem como consectário é um afastamento da discricionariedade, e não a sua ampliação. Com a noção de que os princípios fazem expressar, no Direito, a moralidade institucional da comunidade, as decisões judiciais haverão de afinar-se, deverão ser coerentes, a tal esquema de princípios⁴⁵.

A tarefa do julgador, certo, pode se afigurar, deste modo, *hercúlea*. Mas é dos tribunais, cotidianamente, que emanam decisões que resultam no uso da coerção estatal, com potencial redução das liberdades pessoais, bem como com afetação à propriedade e ao patrimônio dos indivíduos. Os argumentos para a aplicação deste poder coercivo devem estar coadunados

⁴³ BONGIOVANNI, op. cit. p. 97.

⁴⁴ CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise actual da filosofia do Direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 108.

⁴⁵ BONGIOVANNI, op. cit., p. 138. Como é evidente, estamos já aqui muito distantes do que o positivismo denominava de *princípios gerais de direito*, como meros “axiomas jurídico-rationais do seu sistema jurídico”; já agora estamos a falar de princípios “normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade”, de onde o sistema jurídico cobra efetivamente *o seu sentido*, e não apenas a sua *racionalidade*. CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise actual da filosofia do Direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 108. Neste ponto, ainda, a importante contribuição de BETTI, que, já em 1955, antevia nos princípios uma espécie de fundamento da ordem jurídica, com “una funzione genetica rispetto alle singole norme”. BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Volume II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1955, p. 851.

aos princípios, adequarem-se à Constituição, pois são estes que justificam o exercício desse mesmo poder. Se é a qualidade do argumento jurídico que vai justificar o manejo dos poderes coercitivos estatais, há de ser suposto que existem *razões por trás da lei*, parafraseando GUEST⁴⁶, e essas razões são os *princípios*.

Assim, como reiteradamente vem asseverando STRECK, entre regras e princípios não há uma cisão, ou, dito de outro modo, não se cuida do entendimento corriqueiro de que *normas* é gênero, de que *regras e princípios*, autônomos, sejam as espécies. Por detrás da *capa de sentido* indicada pelas regras, situam-se os princípios. Quer-se dizer com isso que o princípio é o elemento que acaba se desvelando e ocultando, ao mesmo tempo, na regra⁴⁷.

5. A RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS E A HERMENÊUTICA

Sem que nos seja possível analisar tudo quanto comportaria a alusão de uma relação entre os princípios e a hermenêutica, fixemos, como delimitação, que hermenêutica aqui está vista como *applicatio*, no sentido que lhe empresta GADAMER e com o qual, cremos, não incidimos num excesso de abstração, que impediria verificar algum sentido prático em nossas reflexões⁴⁸. Este chamamento à *vida de relação*, aliás, já

⁴⁶ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 204.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz.. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2009, p. 257.

⁴⁸ Essa perspectiva denota, na esteira do que apontado por BARBAS HOMEM, em alusão a Gadamer, que a interpretação jurídica distingue-se de outros tipos de interpretação pela sua *intenção* prática. Assim, tal qual o autor “rejeitamos a possibilidade de uma concepção meramente metafísica do direito”. Porém, é de se notar que não se cuida apenas de uma *prática*. Trata-se de “uma prática de valores”, na medida em que a decisão jurídica não se limita a conhecê-los, mas aplica-os aos casos concretos. BARBAS HOMEM, António Pedro. *História do Pensamento Jurídico: relatório de uma disciplina*. Apresentado no concurso para professor

o fizera BETTI, ao indicar que “interpretare non è soltanto tornare a conoscere una oggettivazione di pensiero in sè conchiusa, ma tornare a conoscerla, per integrarla e realizzarla nella vita di relazione”⁴⁹.

Os princípios estão em apontar na direção dos limites que se há de impor à atividade de aplicação judicial, de modo a afastar dessa mesma aplicação as convicções políticas, morais e pessoais de quem decide, razão pela qual dependem de interpretações da prática jurídica como um todo. Isto leva a que qualquer proposição jurídica que afirmamos deva ser coerente com todas as outras proposições de direito. Quer dizer, a coerência dar-se-á sob o ponto de vista da harmonia e da justificação.

A primeira, como assenta BONGIOVANNI⁵⁰, faz referência “al fatto che l’interpretazione deve ‘armonizzarsi’ con i

associado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, policopiado. Lisboa, 2003, p. 93. Por isso relacionar a hermenêutica e os princípios, ou relacionar a hermenêutica à abordagem de Dworkin, não merece a crítica conhecida que se lhe fez CASTANHEIRA NEVES, em mais de uma ocasião. Para este fim, Cf. CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* - I. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 349-444 e CASTANHEIRA NEVES, A. *Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narrativa*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 263-345. Não teremos condições, naturalmente, de examinar de modo explícito toda a complexidade dos argumentos. Mas é intenção do texto, neste tópico, demarcar a nossa divergência. Mais sinteticamente, sobre as críticas de Castanheira Neves a aspectos do pensamento de Dworkin, Cf. RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 125-135.

⁴⁹ BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Volume II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1955, p. 803. No mesmo sentido, Cf. BARBAS HOMEM, António Pedro. *Judex Perfectus: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal (1640-1820)*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Histórico-Jurídicas, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Policopiado. Lisboa, 1998, p. 330-1, que, invocando Betti, acentua que a interpretação jurídica não é uma experiência estética ou contemplativa, mas um processo dinâmico de ação normativa.

⁵⁰ BONGIOVANNI, Giorgio. *Teoria “costituzionalistiche” del diritto: morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*. Bologna: CLUEB, 2000, p. 201.

materiali giuridici ‘istituzionali’”, como as disposições legislativas e precedentes; a segunda, é colocada em relação com os princípios de equidade, justiça e devido processo (explícitos ou implícitos) que o intérprete individualiza sobre a base dos documentos ou dos precedentes que leva em consideração.

De modo que, ainda que soe paradoxal, os princípios têm a finalidade de *fechar a interpretação* e, portanto, são antagonistas da discricionariedade. E mais, a conjugação potencial da abertura semântica dos princípios a um modo de decidir estribado na discricionariedade judicial, tornaria manifesto o receio apontado por BRONZE, em sua *narrativa* sobre a aprendizagem dos princípios; com efeito, aponta o português os riscos derivados dos *esquemas principiais*, que não seriam convincentes se acabassem por permitir uma justificação do “reaparecimento encapuçado de posições positivistas”⁵¹.

Vamos colocar a questão noutros termos, enfatizando o tema da integridade. Daqui se extraem várias dimensões, pois a integridade requer que a decisão judicial suceda como uma questão de princípio; não de conciliação, estratégia ou acordo político; em segundo lugar, no que diríamos verticalmente, ao julgar determinado caso, o juiz deve mostrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional; por fim, horizontalmente, a integridade requer que o juiz que adote um princípio em um caso, atribua-lhe também importância nos outros casos que decide. Como se vê, o “ponto central da integridade é o princípio”⁵².

Os princípios conduzem, destarte, ao plano de nossa his-

⁵¹ BRONZE, Fernando José. *A metodonomologia para além da argumentação*. In: *Ars Iudicandi: Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*. Volume I: filosofia, teoria e metodologia. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 380-7.

⁵² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 205.

tória institucional, remetem-nos àquilo que se pode acoimar de uma *vontade constitucional*, expressa graficamente a partir de textos ou não, mas consagradores de uma moral ideal que forja a trajetória de um povo. Jamais se tratará, portanto, de uma pretensão que se direcione ao encontro das razões que encetaram o parlamento à edição do texto normativo; porque a norma, que *surge do texto e da faticidade do caso*, está situada numa outra dimensão temporal⁵³.

Por isso que aos juízes não lhes é dado responder às questões que lhe são submetidas *a partir do zero*. Como se

⁵³ Como sabido, na atualidade o *originalismo* é defendido de maneira vigorosa por ANTONIN SCALIA, juiz da Suprema Corte Americana, no sentido de que deve haver uma correspondência nos sentidos alcançados pelo intérprete de agora, e aqueles que nortearam os autores da Constituição. SCALIA sustenta que há um formalismo estrutural na interpretação constitucional, que, portanto, está situada no campo da semântica. SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 24-40. Não se trata, porém, de desconsiderar o texto normativo; entretanto, são as circunstâncias e os fatos da causa que hão de subjazer à decisão judicial, e não, portanto, as circunstâncias que se faziam presentes ao tempo em que o legislador editou o preceito. Assim se afasta a tentativa de se impingir uma *leitura originalista* dos textos jurídicos, pela qual se busca recompor as intenções primitivas dos autores da lei, e impor-se isso a todos os intérpretes. Como dizem TRIBE e DORF, os modeladores da Constituição sabiamente usaram uma linguagem geral e deixaram para as gerações que os sucederam a tarefa de aplicar essa linguagem às constantes alterações do ambiente no qual elas vivem. A alternativa originalista, no fim, culminaria pela construção de um significado unívoco e petrificado dos textos jurídicos, mormente do texto constitucional, significado a cuja apreensão estaria reduzida a atividade judicial. Neste sentido: TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Amarflis de Souza Birchal. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Coleção Del Rey Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 11. Ao tratar da rejeição de Robert Bork à vaga de juiz da Suprema Corte Americana, também DWORKIN condena o apelo vago à intenção original dos autores da Constituição, aplaudindo a rejeição do indicado por Reagan. Explicando o ponto de vista de Bork, manifestamente um defensor do originalismo, Dworkin diz tratar-se de uma visão estreita e positivista da Constituição enquanto norma, pois se insiste em que a Constituição não cria nenhum direito que não esteja explicitado no texto do documento, a ser interpretado como relativo à expectativa pertinente que os autores tinham quando o formularam. DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. Martins Fontes, 2006, p. 439-449.

viesses a dar início a uma história do Direito que, entretanto, há muito tempo vem sendo contada. Ao contrário, a argumentação jurídica com pretensões à integridade deve buscar respostas que combinem bem com nossas práticas e tradições – apoiadas firmemente em nossa continuidade histórica, bem como na Constituição – para que essas respostas possam, de maneira aceitável, serem consideradas como descrições de nossos compromissos como nação⁵⁴.

Se a integridade, portanto, liga-se à ideia de coerência do direito, no sentido de que se unificam em princípios a disciplina de uma série de casos similares, devem as decisões judiciais reconduzirem-se à totalidade do material jurídico, dentro de um esquema dotado de coerência; essa, diríamos, coerência global, está incluída no significado que se deve atribuir à integridade. De certo modo, é disso que trata GADAMER⁵⁵, ao assentar que a ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. Quem se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação.

Assim, as regras particulares e as deliberações legislativas em vigor hão de remontar a um único esquema de princípios coerentes, que não excluem de seu conteúdo aspectos morais⁵⁶. Como os argumentos de princípio não estão a ensejar uma maior amplitude à atividade interpretativa, os princípios não são construídos pelo intérprete; trata-se aqui de uma concitação a que os juízes empreendam uma adequada *leitura moral* da Constituição⁵⁷, leitura moral que lhes pede que encontrem a

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 175.

⁵⁵ GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6 ed. São Paulo: Vozes, 2004, p. 433.

⁵⁶ SAGNOTTI, Simona C. *I Diritti tra storia e morale: riflessioni sul pensiero di Ronald Dworkin*. Milano: Giuffrè Editore, 1998, p. 116.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. Martins Fontes, 2006, p. 16.

melhor concepção dos princípios, a qual se encaixe no conjunto institucional da nação a que servem⁵⁸.

Por outras palavras, mais incisivas: “os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções”⁵⁹.

Assim a integridade se apresenta como uma fonte hermenêutica, porquanto prescreve, nas decisões judiciais, que os juízes devam decidir os seus casos singulares como a *melhor expressão possível do Direito*. Dir-se-ia, destarte, que as decisões judiciais devem se harmonizar o mais possível com aquela totalidade coerente e estruturada segundo princípios. E, assim, a melhor decisão, como se queira *a resposta correta em Direito*, é aquela em que se compreende o direito como integridade a partir dela – o todo a partir da parte -, e que se insere, ou que se faz compreensível, em sua pertença ao todo do Direito – como parte do todo.

Novamente a semelhança com o que Gadamer propõe é inequívoca⁶⁰. É que já havia sublinhado a função hermenêutica

⁵⁸ São bastante expressivas, a este respeito, as notas 1929 e 1930, em que COUTINHO examina a *moral reading* formulada por Dworkin. No corpo de seu texto, ademais, corretamente assinala que “o que se revela ‘perigoso’ não é reconhecer que uma ‘leitura’ do Direito (*maxime*, do Direito Constitucional) é inescapavelmente ‘moral’ (moralmente parametrizada), mas antes não reconhecer que assim é”. É que, neste último caso, prossegue o autor, não sendo possível rejeitar a referência a valores, poderão “estar a ser inviamente reportadas ao Direito convicções que não relevam da fundamentalmente igualitária parametrização normativa que o Direito, enquanto Direito, exprime”. COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade moral da Constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 576-579.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. Martins Fontes, 2006, p. 15. Conforme SAGNOTTI, o juiz não deve deixar penetrar as próprias convicções no interior da Constituição. Não deve, portanto, atribuir um particular significado moral às disposições constitucionais. É a história de um povo, documentada ou gravada, nas leis e nos precedentes que o governam, e a apreensão do direito em sua integridade, entendida como aquele conjunto de princípios morais coerentes com a mesma história, os grandes limites colocados à sua atividade interpretativa. SAGNOTTI, op. cit., p. 118.

⁶⁰ SAGNOTTI, op. cit., p. 90-1. Igualmente KAUFMANN concebe que Dworkin, mormente no *Law's Empire*, presta “homenagem à hermenêutica sobretudo na forma desenvolvida por Hans Georg Gadamer”. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do*

da consideração da totalidade de que o texto é parte e da necessária coerência entre uma e outra; isto é, para ficar mais claro, em ambos autores encontram-se a ideia hermenêutica, proveniente da *retórica* antiga, segundo a qual se deve compreender o todo a partir das partes e as partes, do todo, de modo que o critério para estabelecermos a correção da interpretação é acordar as partes no todo, onde evidentemente acordo significa coerência^{61 62}.

Por isso dizer-se ser a integridade também um critério hermenêutico, que opera na exigência de que em cada interpretação de um texto ou de um precedente se verifique a sua capacidade de harmonizar-se com a totalidade, com o contexto, com o esquema coerente de princípios que forma o direito. Do que decorre a metáfora da *corrente do direito*, ou encadeamento do Direito, como se fosse uma espécie de criação literária cooperada por vários autores que, por analogia, estender-se-á para a *constituição da decisão judicial*.

Cada juiz é como um romancista em cadeia e deve ler através do que outros juízes no passado escreveram, não apenas para descobrir o que disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes coletivamente realizaram, no sentido de que cada um formou uma opinião sobre o romance coletivo

Direito. 4 ed., Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2010, p. 56.

⁶¹ Com precisão, no ponto, STRECK estabelece a relação entre estes pontos de vista, mormente no que propendem a controlar a subjetividade do ato de decidir. Segundo entende, Dworkin e Gadamer, cada um a seu modo, procuram controlar esse subjetivismo, e essa subjetividade *solipsista*, a partir da tradição, do não-relativismo, do círculo hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do direito, de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são *antimetáfisicas*, porque rejeitam, peremptoriamente, os diversos dualismos que a tradição (*metafísica*) nos legou. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 166.

⁶² Tudo a significar que o critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou. GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. São Paulo: Vozes, 2004, p. 386.

até então escrito, quando lhes foi dado atuar. Assim, ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se inserido num complexo empreendimento em cadeia, do qual as inúmeras decisões pretéritas, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. De maneira que a decisão judicial representa algo como o capítulo final da obra comum de outros protagonistas do ato criativo literário, devendo, necessariamente, ter em conta o que eles já produziram, evitando-se a ruptura com o encadeamento da obra e produzindo um desfecho da história que seja o melhor possível. O juiz, ademais, como participante do romance em cadeia, há de atuar não somente como um seu autor, mas também como crítico da produção precedente a que lhe caberá dar seguimento.

Não se deve cogitar de um reducionismo da atividade judicial a partir da metáfora do romance em cadeia; nele, como se viu, os juízes são, a um só tempo, autores e críticos; é-lhes dado, pois, introduzir acréscimos na tradição que interpretam⁶³. Quer dizer, pode haver maneiras variadas pelas quais o romance se possa desenvolver, cada uma delas ajustando-se igualmente bem às limitações aceitas como existentes nos capítulos precedentes. Nesses casos, como explica GUEST⁶⁴, o participante do romance encadeado terá de fazer um tipo diferente de julgamento a respeito de como o romance deve se desenvolver. Este julgamento será sobre a substância do romance: que desenvolvimento tornaria o romance *melhor* como romance, por exemplo.

Veja-se, deste modo, que a resposta é, indubitavelmente, interpretativa. E não é por tal razão que se poderá aventar que cada um dos seguimentos possíveis seja tão bom quanto o outro. Neste sentido, os casos judiciais não serão decididos de

⁶³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275.

⁶⁴ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 55.

forma discricionária. Pois, como explica VIEIRA⁶⁵, apesar de a regra muitas vezes não possuir todos os elementos para a tomada de decisão, o Direito oferece outros critérios que também compelem o magistrado. Não há uma liberdade total, em que se decide a partir de valores externos ao Direito, que, na maioria das vezes, são os seus próprios, mas uma dimensão normativa carregada de princípios - que pertencem ao sistema jurídico, o que era negado pelo positivismo -, que limitam e impõem determinado sentido às decisões judiciais.

Se o Direito é concebido como um sistema unicamente de regras, ficam de fora, no nível das decisões judiciais, os argumentos de princípios, os quais fornecem critérios a serem observados pelos juízes. Se a discricionariedade é um critério, os princípios passam a ser manipulados pelos juízes. Por isso que o espaço deixado ao julgador não é tão amplo como pretendem os positivistas, defensores da discricionariedade judicial.

E, por isso, no fim das contas toda decisão judicial expressa, e há de afinar-se, ao princípio democrático.

6. O ARGUMENTO DEMOCRÁTICO

Não se pode deixar de lado uma espécie de crítica, decorrente do potencial deslocamento do polo de poder, do parlamento para o judiciário. Noutras palavras, é de se analisar se, ao decidirem conforme aos princípios, sob cujo influxo haverá de ser cotejada a própria legalidade estrita – forjada em geral sob um modelo de regras -, não estariam os juízes a fragilizar o *argumento democrático*.

Notadamente em termos de jurisdição constitucional, é bastante diversa a trajetória americana da europeia. Como é sabido, a Suprema Corte Americana, desde 1803, em *Marbury*

⁶⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais do poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 199.

vs. *Madison*, já indicava a possibilidade de os atos legislativos serem sindicados a partir da atividade judicial. Era a prevalência da Constituição, e de seus princípios, sobre os atos do parlamento eleito que estava em jogo⁶⁶. Na Europa, se bem que com importantes variações no âmbito da legislação interna, certo é que foi mesmo o pós-guerra o momento em que a jurisdição constitucional houve de, com mais firmeza, florescer. A ponto de STOLLEIS dizer que, no contexto europeu, após o final da Segunda Grande Guerra, que foi acompanhado pelo final das ditaduras e dos regimes militares em vários países, a justiça e o perfil do juiz “renasceram como uma Fénix”⁶⁷.

De todo modo, importa considerar que tanto maior seja o papel dos princípios, dir-se-ia tanto maior seja a importância da Constituição, mais enfáticos serão os requerimentos de atuação da justiça constitucional. Daí indagarmos-nos sobre se a ampliação desta tarefa, a juízes em geral não eleitos, ensejaria desvio democrático⁶⁸, ou propenderia a uma espécie de

⁶⁶ A literatura a este respeito é muito vasta, de maneira que nos limitamos a referir RENQUIST, *Chief Justice* por quase duas décadas e que, sobre *Marbury vs. Madison*, afirmava: “The Court decided without much hesitation that the Constitution, which had been ratified by assemblies representing all of the people which was simply one branch of the federal government exercising powers delegated to it by the people through the Constitution. (...) The proposition for which the cases stands in United States constitutional law – that a federal court has the authority under the Constitution to declare an act of Congress unconstitutional – was not seriously challenged by contemporary observers, and has remained the linchpin of our constitutional law ever since *Marbury vs. Madison* was handed down”. RENQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Morrow, 2001, p. 32-3.

⁶⁷ STOLLEIS, Michael. *O perfil do juiz na tradição europeia*. In: O perfil do juiz na tradição ocidental. Org. António Pedro Barbas Homem e outros. Coimbra: Almedina, 2009, p. 31.

⁶⁸ Neste ponto, por todos a crítica de ELY, ao afirmar que: “thus the central function, and it is at same time the central problem, of judicial review: a body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way is telling the people’s elected representatives that they cannot govern as they’d like”. ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of a judicial review*. Harvard University Press, 1980, p. 07.

governança exercida pelos juízes constitucionais⁶⁹.

Tal ordem de objeção, entretanto, deve ser afastada. E a discussão situa-se, segundo cremos, no plano político⁷⁰.

Segundo adverte DWORKIN, nem sempre as maiorias devem ser a juíza suprema de quando o seu poder deve ser limitado para protegerem-se os direitos individuais⁷¹. Isto é, tomando-se em conta, agora, o entendimento de FERRAJOLI, poder-se-ia dizer que: “si vuol garantire un bisogno o un interesse come fondamentali, li si sottrae sia al mercato che alle decisioni di maggioranza.(...) Nessuna maggioranza politica può disporre delle liberta e degli altri diritti fondamentali”⁷².

Noutros termos, concebe-se o princípio democrático com respeito à premissa majoritária, mas não se extrai, como seu corolário, um enfraquecimento da legitimidade da atividade jurisdicional, sobretudo quando vocacionada à deliberação constitucional. Trata-se, aqui, do que se denominaria uma *concepção constitucional* de democracia, que, justamente ao entregar o controle da atividade parlamentar a atores não eleitos, como o são os juízes, procura retirar-lhes da pressão de opiniões públicas majoritárias, forjadas aleatoriamente.

Não se deixa de reconhecer que “essa é uma concepção mais abstrata e problemática do que a majoritarista”⁷³, todavia,

⁶⁹ Em exagerada referência, por exemplo, assinala PRIETO SANCHÍS que se correria o risco de “yugular la democracia política en el altar de un cuerpo elitista como son los jueces”. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 288.

⁷⁰ BARBAS HOMEM, António Pedro. *Lei fundamental e lei constitucional: a formação do conceito de Constituição. Contributo para uma história do Direito Público*. Separata de estudos em honra de Ruy de Albuquerque. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 154, sobretudo quando acentua que a circunstância de a Constituição “pertencer ao horizonte metodológico do jurista só se tornou possível mercê de transformação radical na forma de entender o Direito Público nas suas relações com a Política”.

⁷¹ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. Martins Fontes, 2006, p. 25.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali: un dibattito teorico*. Roma: Editori Laterza, 2008, p. 19.

⁷³ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.

com tal perspectiva evita-se que, por exemplo, governos populistas aprovem leis ou exerçam políticas a partir de maiorias efêmeras⁷⁴. Do contrário, ou seja, sem o reconhecimento da possibilidade de um poder *contra-majoritário*, notoriamente característico da jurisdição e particularmente da jurisdição constitucional, seria “sempre possibile alla maggioranza decidere democraticamente la sua dissoluzione”⁷⁵. E isto, na advertência de FERRAJOLI, não é “un’ipotesi di scuola. È quanto è avvenuto con il fascismo e con il nazismo, che hanno preso il potere con regolari elezioni. E non è un caso che le costituzioni rigide siano state introdotte, in Itália e in Germânia, proprio in seguito alle nefaste esperienze del loro passato”⁷⁶.

É certo que a efetividade de um tal modo de abordar o tema haverá de conjugar-se com um sistema adequado de garantias aos magistrados, que, do contrário, estariam, em si, suscetíveis às pressões inerentes do exercício do poder; o próprio mecanismo de escolha, particularmente dos juízes dos tribunais constitucionais, bem como o exercício de suas funções sob mandatos fixos ou indeterminados, são questões de que se não pode descurar. Mas é certo, por outro lado, que é no aumento da responsabilidade dos juízes que haverá de residir

502.

⁷⁴ Nas palavras de DWORKIN: “o governo da maioria não é justo nem valioso em si. Só é justo e valioso quando atende a determinadas condições, entre elas as exigências de igualdade entre os participantes do processo político, por meio da qual se definirá a maioria”. IDEM, p. 510. Mais enfaticamente, noutra obra, acentua DWORKIN que democracia significa “autogoverno com a participação de todas as pessoas, que atuam conjuntamente como membros de um empreendimento comum, em posição de igualdade”. Desta forma, a regra da maioria só é democrática quando certas condições prévias – as condições democráticas de igualdade dos membros – são atendidas e mantidas. Portanto, caso se adote essa concepção de democracia, o “argumento de que o controle de constitucionalidade é, por natureza, incompatível com a democracia, cai por terra”. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 190.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali: un dibattito teorico*. Roma: Editori Laterza, 2008, p. 323.

⁷⁶ IDEM, op. loc. cit.

uma atuação pautada pelo afastamento da discricionariedade e alguma medida de autocontenção. Pois não teria o menor sentido que diante de um quadro de tal envergadura estivessem os juízes dispostos a estabelecer as suas próprias convicções, ao invés de empreenderem a difícil tarefa de encontrar no sistema normativo, que já agora compõe-se de regras e princípios, a resposta adequada às situações concretas.

Que haverá sempre a potencialidade do equívoco parece uma evidência⁷⁷. Mas nem isso afastaria a correta referência de LARENZ, que, diante da pergunta sobre quem haveria de *controlar* a jurisdição constitucional, afirma-a supérflua. A não ser que se prefira confiar na onipotência do legislador – como nela confiava o positivismo – ou, o que é o mesmo, numa democracia “en el sentido de un señorío ilimitado de las mayorías”⁷⁸, a qual, já aí, não se coadunará com o Estado de Direito.

CONCLUSÃO

Este já é o momento próprio para concluirmos. Em rigor, os modestos propósitos a que se destinou o texto, bem ou mal, foram revelados. Tudo a indicar, a esta altura, uma necessidade de síntese, a modo de conclusão.

A consagração dos princípios no Direito não pode significar uma retomada, dir-se-ia ampliação, da margem de

⁷⁷ Ainda assim, DWORKIN reafirma a importância da justiça constitucional, apesar de assinalar que: “if i had to judge the American Supreme Court only its record during the last few years, i would judge it a failure. But i believe that the overall balance of its historical impact remains positive”. DWORKIN, Ronald.. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 395-399. Menos recente, mas com sentido semelhante, de defesa da jurisdição constitucional, sem prejuízo de crítica a decisões pontuais, agora, todavia, no panorama europeu, Cf. BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 18 e segs, *passim*.

⁷⁸ LARENZ, Karl. *Derecho Justo: fundamentos de la ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 2001, p. 178-9.

discrecionalidade que o positivismo jurídico fez ínsita à atividade judicial. Porque não mais é concebível separar Direito e fato, numa autonomização que, ao fim, conduzirá à ilusão de uma lógica de subsunção. Como também não mais se há de conceber esteja o plano das regras jurídicas dissociado dos valores, de forma a terem-se como suficientes critérios de ordem formal para a legitimação da decisão de casos.

Decisão de casos, ressaltamos, pois nisto reside o fim último da normatividade jurídica.

Deste modo, a questão que se põe é: se o positivismo jurídico culminou no triunfo da discrecionalidade judicial, defendê-la, a esta altura, após o advento da categoria dos princípios – em muito diversos, já o vimos, do que eram os alcunhados *princípios gerais do Direito* -, ainda que o seja refinadamente no nível da argumentação, não estaria a entregar-nos uma *vitória de Pirro*?

Por isso a importância de convocarmos Dworkin. Sem que seja o caso, aqui, de repetir o que alhures referimos, bastaria dizer que, mesmo se entendida como um paradigma, a ideia da *resposta correta* tem o efeito de limitar o âmbito da atividade judicial, mormente no manejo dos princípios. Pois estes não haverão de ser portadores de conteúdos que estejam à livre disposição do julgador; pertencem à história institucional do povo em que se apresentam, pertencem à moral, e, deste modo, dão o alicerce, o fundamento e a justificativa para a incidência das regras, ou, ainda, tornam-nas inválidas, quando indicarem situação de inconstitucionalidade. Sempre, ressaltamos, em vista das situações da vida real que se impõem para o juiz decidir, o que seria o mesmo que dizer tratar-se deveras de *applicatio*.

No fim, trata-se de assinalar que se o Direito significativamente alterou-se nos últimos tempos, não se pode aceitar que os juízes continuem a decidir da mesma maneira. Diante dos princípios, categoria normativa cuja densidade não

se faz em pormenor, o exercício da discricionariedade conduzir-nos-ia a uma espécie de descontrolo. Em prejuízo da *democracia*.



BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, Aulis. *Una única respuesta correcta?* In: Bases teóricas de la interpretación jurídica. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzóz Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ATIENZA, Manuel. *Sobre la única respuesta correcta*. In: Bases teóricas de la interpretación jurídica. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1985.
- BARBAS HOMEM, António Pedro. *O movimento de codificação do Direito em Portugal no século XIX: aspectos gerais*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2007.
-
- _____. *Lei fundamental e lei constitucional: a formação do conceito de Constituição. Contributo para uma história do Direito Público*. Separata de estudos em honra de Ruy de Albuquerque. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
-
- _____. *O justo e o injusto*. Reimpressão. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2005.

-
- _____. *História do Pensamento Jurídico*: relatório de uma disciplina. Apresentado no concurso para professor associado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, policopiado. Lisboa, 2003.
-
- _____. *Judex Perfectus: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal (1640-1820)*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Histórico-Jurídicas, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Policopiado. Lisboa, 1998.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Volume II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1955.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 2006.
- BONGIOVANNI, Giorgio. *Teoria “costituzionalistiche” del diritto: morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*. Bologna: CLUEB, 2000.
- BRONZE, Fernando José. *Racionalidade e Metodonomologia: nótila sobre os pólos e o sentido de uma relação de correspondência problemáticamente inucleada*. In: O perfil do juiz na tradição ocidental. Org: António Pedro Barbas Homem e outros. Coimbra: Almedina, 2009.
-
- _____. *A metodonomologia para além da argumentação*. In: *Ars Iudicandi*: Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves. Volume I: filosofia, teoria e metodologia. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CADEMARTORI, Luiza Valente. *Os casos difíceis e a discricionarietà judicial: uma abordagem a partir das*

teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin. In: *Novos Estudos Jurídicos* – v. 10, jan/jun. 2005.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* - I. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

_____. *A crise actual da filosofia do Direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade*. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 1976.

_____. *Questão de facto - Questão de Direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica) – A crise*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade moral da Constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. *A Justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral*

- da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of a judicial review*. Harvard University Press, 1980.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali: un dibattito teorico*. Roma: Editori Laterza, 2008.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6 ed. São Paulo: Vozes, 2004.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- KELSEN, Hans. *Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca*. In : Direito natural, Direito positivo, Direito discursivo. Org: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. *O que é positivismo jurídico?* In: Direito natural, Direito positivo, Direito discursivo. Org: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- KNIJNIK, Danilo. *Os Standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. In: Revista Forense, volume 353. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4 ed..

- Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- _____. *Derecho justo: fundamentos de la ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 2001.
- LOMBARDI, Luigi. *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1967.
- LYONS, David. *El afianzamiento jurídico de la antijuridicidad*. In: El legado de H.L.A. Hart. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- RENQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Morrow, 2001.
- RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005.
- RODRÍGUEZ, César. *La Decisión Judicial : El debate Hart-Dworkin*. Universidad de los Andes : Siglo Del Hombre Editores, 1997.
- SAGNOTTI, Simona C. *I Diritti tra storia e morale: riflessioni sul pensiero di Ronald Dworkin*. Milano: Giuffrè Editore, 1998.
- SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- SOUSA MENDES, Paulo de. *A originalidade do positivismo juscientífico de Kelsen*. Anexo G, In: O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da

- imputação da pena. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- STOLLEIS, Michael. *O perfil do juiz na tradição europeia*. In: *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Org: António Pedro Barbas Homem e outros. Coimbra: Almedina, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
-
- _____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Porto Alegre: Lúmen Juris, 2009.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Coleção Del Rey Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais do poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 4 ed.. Tradução de A.M Botelho Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.