

UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS TEORIAS DA DECISÃO DOMINANTES E UMA PROPOSTA ALTERNATIVA

Emily Garcia ¹

Bruno Ferreira de Souza ²

Resumo: O objetivo deste trabalho é abordar, de modo crítico, as posições de Alexy e Dworkin e suas divergências acerca da busca por uma teoria da decisão, além de tratar da realidade brasileira na perspectiva duma hermenêutica crítica. Dentro das propostas de *hard cases* se intenta uma solução, por meio de ponderação (teoria mais difundida), nos casos que o sistema teoricamente não é capaz de abarcar se considerado o texto da lei. Deve ser lembrado, contudo, que não estamos mais diante de um contexto de dificuldade na interpretação da lei, mas de concretização da norma. Aborda-se, ainda, a concepção de Dworkin quanto à autonomia do Direito. E, por fim, propor uma reflexão de que dentre as inúmeras possibilidades de respostas para um caso, a resposta correta não advém de um juízo de ponderação, mas de reconstrução principiológica do caso, ou seja, a resposta correta está de acordo com os princípios jurídicos e não num juízo finalístico que leva ao subjetivismo e discricionariedade, o que, na nossa realidade, é mais que manifesta, vide os infundáveis casos que há decisões diversas com base num mesmo princípio a partir do juízo de ponderação de “valores”. Para isso, a pesquisa se pautará em levantamento bibliográfico.

¹ Mestranda em Filosofia, UEL. Especialista em Filosofia Política e Jurídica. Bacharel em Direito, PUC-PR. Advogada.

² Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo, IDCC/UENP. Bacharel em Direito, UEM. Advogado.

Palavras-Chave: Teorias Da Decisão. Reconstrução Principiológica. Hermenêutica Crítica.

Abstract: The objective of this work is to critically address the positions of Alexy and Dworkin and their divergences about the search for a decision theory, as well as dealing with the Brazilian reality in the perspective of a critical hermeneutics. Within the suggestions of hard cases, a solution is tried, by proportionality (more diffused theory), in the cases that the system theoretically is not able to include a solution. It must be remembered, however, that we are no longer faced a context of difficulty in interpreting the law, but concretization the norm. We also discuss Dworkin's conception of the autonomy of law system. And, finally, come up with a reflection that among the innumerable possibilities of answers to a case, the correct answer does not come from a judgment of proportionality, but a principle reconstruction of the case, in other words, the correct answer is in agreement with the principles legal and not in a finalistic judgment that leads to subjectivism and discretionarity. which, in our reality, is more than manifest, see the endless cases that there are diverse decisions based on the same principle from the judging of "values". For this, the research will be based on a bibliographical survey.

Keywords: Decision Theories. Principiological Reconstruction. Critical Hermeneutics.

INTRODUÇÃO



iante da frágil (porém difundida) onda pós-positivista (neoconstitucionalista), o subjetivismo se encontra em posição nuclear na discussão acerca da legitimidade da decisão judicial e do protagonismo judicial no contexto histórico no chamado

pós-guerra.

É oportuno, antes de tudo, sustentar o adjetivo “frágil” usado para caracterizar o perfil filosófico no qual se amparam as decisões judiciais excepcionais e extraordinárias, quando não há uma resposta legal diretamente subsumível ao caso apurado. Vejamos o que afirma Luís Roberto Barroso, escritor de longa data e recente juiz:

No lugar do Estado legislativo de direito, que se consolidara no século XIX, surge o Estado constitucional de direito, com todas as suas implicações. (...). O termo neoconstitucionalismo, portanto, tem um caráter descritivo de uma nova realidade. Mas conserva, também, uma dimensão normativa, isto é, há um endosso a essas transformações. (...). Trata-se, assim, não apenas de uma forma de descrever o direito atual, mas também de desejá-lo. Um direito que deixa a sua zona de conforto tradicional, que é o da conservação de conquistas políticas relevantes, e passa a ter, também, função promocional, constituindo-se em instrumento de avanço social. Tão intenso foi o ímpeto das transformações, que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções. (...) o Judiciário, paulatinamente, deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro poder político. (...) supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento. Para construir a solução que não está pronta na norma, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral — em busca da justiça e de outros valores —, da filosofia política — em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como a economia e a psicologia. (...) não é incomum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja melhor intérprete do sentimento majoritário. Inúmeras razões contribuem para isso. Início por uma que é menos explorada pela doutrina em geral, mas particularmente significativa no Brasil. Juízes são recrutados, na primeira instância, mediante concurso público. Isso significa que pessoas vindas de diferentes origens sociais, desde que tenham cursado uma Faculdade de Direito e tenham feito um estudo sistemático aplicado, podem ingressar

na magistratura. Essa ordem de coisas produziu, ao longo dos anos, drástico efeito democratizador do Judiciário.³

Nesse contexto se inserem importantes discussões sobre legitimidade do Direito, da decisão judicial, no qual se encontram Alexy e Dworkin.

Fenômeno notado nas Constituições mais recentes na história é o fenômeno das cláusulas abertas e definições normativo-valorativas, que, em razão disso, está posta *a priori* a preocupação com o subjetivismo, além da concepção de que as normas que preveem direitos concretizadores da dignidade humana não podem ser meramente programáticas, mas de aplicabilidade imediata; e todo esse imbróglio é atribuído ao intérprete a tarefa de preenchimento de sentidos.

O neoconstitucionalismo, apesar de o nome sugerir, não é uma continuidade do constitucionalismo (liberal), nem tampouco é simplesmente positivismo jurídico a fim de introduzir a moral ao sistema. O que é claro, sob todos os aspectos e teorias, é a tentativa de superação do modelo de regras em razão de sua incompletude, com base numa perspectiva normativa e considerando o mundo fático.⁴

Em rápida análise, a meta do pós-positivismo é o embargo à subjetividade a fim de apresentar resposta jurídica de encontro à discricionariedade. Aqui deve se reforçar a percepção crítica e se exigir uma base teórico-filosófica mais sustentável, como busca Kelsen na pretensão científica de conceituação do Direito por meio de categorias e procedimentos metodológicos.

Dos trechos selecionados do trabalho de Barroso, nota-se uma preocupação moral de legitimar as decisões judiciais (razão sem voto), afastando-se da necessária técnica jurídica real

³ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf> >. Acesso 30/10/2017.

⁴ GARCIA, E.; SOUZA, B. F. . Hermenêutica como Limite à Discricionariedade Judicial. RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, v. 4, p. 295, 2017. Disponível em: < http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_0295_0322.pdf >. Acesso em: 30/10/2017.

legitimadora da função judicial. Sem qualquer pudor técnico, o Judiciário é vinculado à uma política a ser validada pela vontade popular, seja majoritária ou minoritária, sem, no entanto, serem respeitadas as regras do jogo democrático que determinam a fundamentação legal, a qual passa a ser coadjuvante em nome de uma moral não institucionalizada. O que se nota são decisões discrepantes sobre um mesmo assunto ressaltando uma vontade política em detrimento da obediência e submissão à lei. O escritor finaliza o trecho em destaque exaltando a *justiça* e referendando as decisões judiciais por serem mais aptas ao sentimento popular majoritário e a *democratização* do cargo na magistratura.

Ousa-se discordar do ilustre escritor, primeiro pela indefinição de justiça; segundo porque a magistratura é ocupada por representantes de seletos grupos brasileiros.

Como afirma Alexy, a problematização proposta é milenar e ainda existem posições positivistas e não positivistas, ou seja, autonomia e separação de direito e moral⁵.

Feitas essas considerações, esclarece-se que para fins de contextualização e em razão das classificações mais reconhecidas, chama-se de pós-positivismo a vertente filosófica que trouxe métodos de racionalização da interpretação e aplicação do direito, que, dentre os teóricos, encontra-se Alexy, que é representante da raiz romano-germânica e afirma que a solução dos casos fáceis se baseia no acoplamento da norma ao fato mediante emprego da lógica formal dedutiva (silogismo), sendo necessário, porém, o emprego de procedimentos e a observância de regras mais complexas para a solução dos casos difíceis.

1. UMA ABORDAGEM DA CONCEPÇÃO DE ROBERT ALEXY

⁵ ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Tradução de Jorge M. Senã. 2. ed. Colección estudios alemanes. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 13.

Alexy arquiteta um método racional de produção das decisões judiciais a partir da chamada ponderação de princípios, o que se resulta, essencialmente, da presença dos princípios e da constitucionalização do direito na produção normativa⁶. A simples proposta de ponderação não resolve uma das principais questões problematizadas contemporaneamente, a legitimidade. A fim de dar fulcro legítimo à decisão ponderadora de princípios, o autor alemão elaborou a teoria da argumentação jurídica, meio pelo qual uma decisão é fundamentada pelo discurso racional.

A legitimidade, em poucas palavras, pode ser definida como oriunda do dever de fundamentar, o que não está distante do ordenado pelo art. 93, IX, CF. Nos artifícios utilizados por Alexy, a solução jurídica para um caso de conflito de princípios não perpassa por uma dedução natural do texto constitucional, mas é dependente de uma construção que perpassa pela necessidade de acolhimento de ambos princípios envolvidos, harmonizando-os a fim de dar concretização a um(uns), e anular outro(s) na menor medida, para formulação de uma regra jurídica específica para aquele determinado caso.

Por outro enfoque, o mesmo autor leciona que em sociedades pluralistas o Direito é carente de legitimação e o objetivismo pretendido pelo positivismo clássico não satisfaz à essa necessidade. Alexy se vale do paradoxo de que o Direito deve poder valer como justo e não apenas sob a legalidade, mas como instituição legal do Direito (consenso procedural). Quanto à ideia de autonomia política, há legitimidade pelo objeto e não pelo procedimento (consenso sobre objeto/valores). Por fim, a coação deve ser fundada em princípios garantidores do Direito. Tratando-se, assim, de legitimação pós-metafísica do Direito não se sustenta intrajurídico, mas em instância moral, dessa forma, não basta legitimação processual, mas substantiva. Para

⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução da 5ª edição alemã: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editoras, 2006

Alexy, a norma posta não precisa recorrer a nenhum elemento para ser legítimo, mas isso não o pressupõe justo – o justo parte de um direito oriundo da sociedade. Isso leva à grande questão filosófica contemporânea de que existe em evidência uma injustiça legal que se legitima processualmente, mas não substancialmente.

Feitos esclarecimentos sobre a concepção filosófica jurídica de Alexy, cabe expor que quanto à aplicação normativa entende pelo municiamento do Tribunal Constitucional com poder para atribuir o alcance normativo desconhecido, nos casos de semântica e estruturalmente haver abertura normativa.

É preciso insistir no dito acima para esclarecer uma crítica feita aos tribunais, que é a má aplicação do método discursivo de Alexy (do qual também se faz críticas). No processo de harmonização dos princípios colidentes, utiliza-se o método da ponderação. O fim do método é a criação de uma regra jurídica para ser aplicada ao caso concreto. Ou seja, não utiliza a ponderação para aplicar os princípios, mas para elaboração da fórmula exata (regra jurídica) a ser aplicada ao caso concreto.

(...) Deve ficar claro que essas três parciais dizem respeito à três níveis, ou seja, só se caminha para o nível seguindo se perfeito o nível anterior. Outra afirmação importante é a de que o prejuízo de um princípio deve ser proporcional ao cumprimento do outro, ou seja, quanto maior o dano do princípio perdedor, maior deve ser a realização do princípio vencedor.⁷

Em respeito ao rigor científico, não pode ser olvidada a distinção feita por Alexy entre espécies de normas, lembrando, ainda, que toda norma ou é uma regra ou um princípio. Para o autor alemão, a principal distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, por isso, são mandados de otimização,

⁷ GARCIA, E.; SOUZA, B. F. Análise do Fenômeno da Judicialização e estudo de propostas para uma Teoria Da Decisão. Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município de Londrina, v. 5, p. 31-50, 2016. Disponível em: <<http://www.aprolon.com.br/pkp/ojs/index.php/rdp-pgmlondrina/article/view/107>>. Acesso em: 30/10/2017.

caracterizados pela realização em diferentes graus a depender das possibilidades reais e jurídicas. Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau.

Diferentemente de Alexy, Dworkin ensina que as regras, quando valem, são aplicáveis de uma maneira do tudo ou nada, enquanto que os princípios só contêm uma razão que indica uma direção, mas que não tem como consequência necessariamente uma determinada decisão. É possível concluir que Dworkin entende haver um mesmo caráter *prima facie* para os princípios, assim como existe um mesmo caráter definitivo para as regras.

Por derradeiro, acerca da legitimidade da decisão judicial, o processo de fundamentação não é desprovido de condições, apesar da variação da aplicação de sua teoria pelos Tribunais Superiores (conforme crítica acima). Pelo contrário, há regras que devem ser respeitadas no processo argumentativo chamadas de determinantes da argumentação prática geral⁸. Essas regras delimitam a argumentação tanto substancial quanto procedimentalmente, e respeitando a liberdade de participação nos argumentos daqueles que são interessados, impregnando maior democracia ao discurso. A fim de dar cada vez mais substancial fundamentação à sua teoria, Alexy sustenta que a fundamentação no argumento jurídico deve ter dois aspectos, um interno e outro externo. A justificação interna diz respeito à adequação entre a solução encontrada ao fato e a norma positivada. A justificação externa é a fundamentação para a escolha da norma positivada ou construção da norma específica pelo juiz (lei de colisão)⁹.

⁸ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora, 2001.

⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. et seq.

2. UMA ABORDAGEM DA CONCEPÇÃO DE DWOR- KIN

Noutra linha de análise, o autor estadunidense Dworkin afirma que aquilo pensado, vivido, estudado pelo juiz dizem mais à solução do caso do que as normas jurídicas. Vale a lembrança que a tradição estadunidense é de *common law*.

Na defesa da atuação protagonista do juiz, Dworkin aduz que o magistrado deve utilizar do discurso argumentativo para fundamentar as decisões tomadas pela observação da sociedade, pois o direito é mais que regras e princípios, é uma atividade interpretativa e reflexiva.¹⁰

Antes de tudo, vale retificar algum entendimento equivocado das lições de Dworkin que, apesar da realização por um protagonismo judicial, para o autor, não deve existir discricionariedade. Explica que a função de decidir cria o direito, entretanto, ao decidir um caso importante em que não há precedentes, deve-se decidir a partir “da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direitos.”¹¹

Quanto à conceituação das normas, não obstante o que já foi anotado anteriormente, o autor entende que princípio trata de padrão a ser observado, como exigência de justiça ou equidade ou outra dimensão da moralidade.¹²

Na diferenciação entre regra e princípio, o autor credita natureza lógica. Quanto às regras, de aplicação na forma tudo ou nada. Quanto aos princípios, possuem, no caso concreto, uma dimensão de peso ou de importância, não aplicadas automaticamente e com consequências predefinidas. Ainda segundo o autor trabalhado, num eventual conflito de regras, a solução provém da aplicação das regras de antinomia. Diferentemente, na colisão dos princípios, deve-se ponderar o grau de importância de cada

¹⁰ DWORIN, Ronald. O império do direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹¹ GARCIA, E.; SOUZA, B. F. Op. Cit.

¹² DWORIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

princípio, no caso concreto, e aquele com maior grau de importância, no episódio, prepondera em detrimento do outro¹³.

Nessa esteira, com objetivo de buscar balizas para a decisão judicial (Dworkin confia que discricionariedade deve existir; arbitrariedade, não), o autor determina observância da integridade, expressão de coerência de justiça e equidade. Para cumprir a exigência da integridade, Dworkin cria a figura do Juiz Hércules dotado de capacidade e sensibilidade sobre-humanas de resgatar principiologicamente toda a história institucional do Direito, considerando adequadamente as pretensões jurídicas levantadas nos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação; é um tipo ideal, metafórico, criado para demonstrar a tese da única resposta correta.¹⁴

Voltando ao tema relacionado ao âmbito de preenchimento social e representatividade das decisões judiciais que implicam escolhas políticas e decisões legítimas, se aplicada as lições de Dworkin, o ativismo judicial é bem-vindo perante as cláusulas constitucionais vagas, sem, contudo, interferirem nas decisões de governo.¹⁵

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpreta-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.¹⁶

Deve ser observada a simbiose entre político e jurídico, soberania e lei, que, por causa disso, nascem relações de poder que só podem se estabilizar se for satisfeita a condição de relação

¹³ Idem, et seq.

¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. et seq.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p. 451-452.

de domínio instituída pelo direito. A dominação política é desacoplada das relações concretas e decisões particulares e decisões restritas a domínio de pessoas e passa a tomar forma de dominação generalizada e simbólica. O nome disso é domínio do direito, império do direito, para Dworkin.

3. UMA PROPOSTA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Embora o que mais se lê, ouve, busca nas mais diversas esferas jurídicas seja a superação de paradigmas diante de novos paradigmas, o que mais se vê é a repetição dos antigos paradigmas diante da nova realidade. Observa-se real análise dos princípios com a cabeça das regras, fala-se em superação do *positivismo* por necessidade de adequação à realidade principiológica, contudo, naquilo que não há resposta clara no sistema, dá-se discricionariedade ao juiz – na mesma velha política positivista – mas agora por meio da ponderação alexyana (na terceira fase de aplicação).

Em outras palavras, se se crer que princípios são mandados de otimização, então devem ser aplicados (na maior medida possível), ainda tal aplicação é feita de maneira discricionária (terceira fase de aplicação da ponderação), pois inclui juízo de valor. Além disso, deve estar claro na mente do leitor (não parece estar claro na mente dos operadores do [operados pelo] Direito) que a técnica de Alexy procura uma lei final de colisão, a ser aplicada por subsunção, por regra que é.

Segundo Dworkin, o positivismo jurídico é falho quanto a este aspecto por ignorar que existem padrões jurídicos para um juiz sustentar sua decisão ainda que ausente o dispositivo legal. Isso ocorre justamente por conta da noção de princípio, que a visão positivista ignora ou relativiza.

Penso, aqui, que o calcanhar de Aquiles da ponderação – e, portanto, das diversas teorias argumentativas (e suas derivações) – reside no deslocamento da hierarquização

“ponderativa” em favor da “subjetividade” (assujeitadora) do intérprete, com o que a teoria da argumentação (para falar apenas desta), como sempre denunciou Arthur Kauffman, não escapa do paradigma da filosofia da consciência. Ou seja, independentemente das colorações assumidas pelas posturas que, de um modo ou de outro, deriva(ra)m da teoria da argumentação de Robert Alexy, o cerne da problemática está na continuidade da “delegação” em favor do sujeito da relação sujeito-objeto.¹⁷

Quanto à ponderação de Alexy, trata-se de solução que necessariamente passa pelo juízo de valor, o que o autor *resolve* determinando que a escolha (escolhas são subjetivas) passe pelo crivo da argumentação jurídica. Isso é aceitável?

Percebe-se, desde logo, que opostamente à solução buscada pela hermenêutica, a argumentação jurídica acredita em respostas prontas (regras com mandamento definitivo), porém se o caso se trata de um *hard case* busca solução a partir do caso concreto, hierarquizando aprioristicamente os princípios envolvidos. Os princípios, em razão da distinção estrutural, ganham um poder olímpico no caso de não haver resposta definitiva no sistema, o que se observa com a tendência que existe na doutrina, jurisprudência e com o projeto de lei para incluir na Constituição o princípio da felicidade (se a questão é normatividade, qual a normatividade do princípio da felicidade?)¹⁸. Essa tendência é uma busca incessante de encontrar todas as respostas no sistema jurídico, o que se convém anotar como sistema autopoietico, e para tanto, a criação de princípios é uma maneira simples, fácil, rápida e aparentemente aceitável para se decidir. Isso ainda melhora aos intérpretes quando se percebe que os princípios, na Teoria de Alexy, são aplicados por ponderação, realizada segundo o “convencimento do juiz”, ou seja, ponderação das vontades subjetivas. Deve se ter em definitivo: princípios não são valores.

Todas essas indagações apontam para a carga de solipsismo no

¹⁷ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

¹⁸ Idem, et. Seq.

sopesamento, visto que a escolha e definição dos “princípios” a serem sopesados acabam se submetendo, tão somente, à consciência do julgador, em detrimento à construção de critérios deontológicos intersubjetivos que não podem ser ignorados, eis que plasmados na tradição jurídica como compromissos e conquistas do progresso político-jurídico de dada sociedade.¹⁹

Tocando no ponto nuclear de uma pretensa (da hermenêutica filosófica - crítica) proposta para a realidade de crise interpretativa, deve ser observado que não mais se entende as coisas com uma essência que se busca alcançar, ou seja, os conceitos legais não são elementos que possuem um único significado (essência) que se revela por meio da melhor interpretação.

Com efeito, Heidegger, desenvolvendo a hermenêutica no nível ontológico, trabalha com a idéia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão; é na compreensão que se esboça a matriz do método fenomenológico. A compreensão possui uma estrutura em que se antecipa o sentido. Ela se compõe de aquisição prévia, vista prévia e antecipação, nascendo desta estrutura a situação hermenêutica. Já Gadamer, seguidor de Heidegger, ao dizer que ser que pode ser compreendido é linguagem, retoma a idéia de Heidegger da linguagem como casa do ser, onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado. Daí que, para Gadamer, ter um mundo é ter uma linguagem. As palavras são especulativas, e toda a interpretação é especulativa, uma vez que não se pode crer em um significado infinito, o que caracterizaria o dogma. A hermenêutica, desse modo, é universal, pertence ao ser da filosofia, pois, como assinala Palmer "a concepção especulativa do ser que está na base da hermenêutica é tão englobante como a razão e a linguagem".²⁰

Tendo em vista essa percepção, os conceitos não

¹⁹ MORAIS, Fausto Santos de. Entre princípios jurídicos e valores: uma investigação histórica sobre esse imaginário. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: < www.univali.br/direitoepolitica >- ISSN 1980-7791. Acesso em: 30/11/2017

²⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 157-158.

possuem a verdade em si e qualquer tentativa de possuir todas as respostas é trabalho em vão, pois a decisão adequada é aquela impulsora da autonomia do direito, por meio de fundamentação, valendo ressaltar que o entrelaçamento de autonomia do direito e fundamentação passa pelos princípios, jamais pela política, pelo utilitarismo de vontades momentâneas, pela moral do julgador etc.

Seguindo, num apanhado das críticas feitas – superação dos métodos de interpretação, descrença na essência dos conceitos, afastamento das paixões que influenciam nas decisões – nos leva a um outro nível paradigmático, o qual exige um novo conceito de princípio. Ocorre que se não se entende mais as coisas como possuidoras de uma tida essência, é preciso entender o que passam a ser. Os princípios são, assim, aqueles elementos que se revelam como tal no caso concreto, ou seja, não há um conceito semântico-estrutural (como afirma Alexy) definidor de princípio, mas um conceito interpretativo.

(...) não há um conceito a priori de norma que determina antecipadamente o que são princípios e o que são regras. A norma é o produto da interpretação do texto e, por isso, ela só se realiza na concretude. Essa realização não pode ser considerada uma singularidade existente por si só, mas, sim, como componente de uma cadeia que a transcende em direção à história institucional do direito. Nessa medida – e novamente com Dworkin – insisto em afirmar: a norma é um conceito interpretativo e não um conceito semântico.²¹

Por outro enfoque, não existe a cisão entre sujeito e objeto – e a linguagem não é aquilo que liga esses dois mundos (linguagem não é instrumento para o conhecimento) –, mas linguagem é a própria condição para se poder constituir o conhecimento. Sequer existe um mundo sem linguagem. Assim, não há algo por si só existente no mundo pronto para ser conhecido (não existe essência nas coisas) – porque tudo existe a partir do contexto sócio prático. Por isso, não há um sujeito/objeto em que o

²¹ STRECK, Lênio. Op. Cit. p. 505

sujeito busca conhecer a verdade/essência do objeto; o que há é relação entre sujeitos num contexto.

E o mesmo aplica-se ao universo jurídico. Trocando em miúdos, exemplificando, igualdade não é princípio porque se chama “princípio da igualdade”, mas porque é pressuposto de um querido estado democrático de direito (por causa do contexto, da realidade).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As principais discussões jurídicas giram em torno dos *hard cases*. Indaga-se sobre o que exatamente é um *hard case* e, a contrário sensu, se todo o restante são “*easy cases*”. Categoricalmente, tal nomenclatura não pode ser usada como álibi à discricionariedade, mas é o que se mostra na situação de não encontrar resposta por meio da mera subsunção do caso concreto à hipótese legal.

Indaga-se: Está correta a divisão entre *hard cases* e *easy cases*? Relegar os chamados *hard cases* à discricionariedade é uma saída democrática? Não seria mais uma forma de atribuir ao juiz discricionariedade chamando um problema de *hard case*? Quem decide o que é um *hard case*? É aceitável que o juiz escolha (escolha literalmente) o que entende ser o melhor, o mais interessante, o mais bonito, o mais aceitável para determinado caso (?) e o legitime essa escolha por meio da argumentação?

Como ensina Lênio Luiz Streck, com a ponderação, está-se diante do retrocesso à discricionariedade, assentada na atribuição de superpoderes ao juiz. Assim, nos chamados *hard cases*, o princípio solucionador da celeuma é de livre escolha do juiz, ou seja, se não se tem solução óbvia no sistema, é hora de ativar os superpoderes magistrais.

Pra não dizer que não falei das flores, analisa-se o Caso Ellwanger²² em que o Ministros Marco Aurélio e Gilmar

²² Publicação de livros antissemitas. Caso Ellwanger, STF, HC 82424, disponível em:

Mendes, com votos opostos, se apoiaram nos mesmos fundamentos. Claramente, os juízes, numa atitude utilitária, buscaram fundamentos para aquilo que discricionariamente escolham como melhor decisão. Resultado: enfraquecimento da autonomia do Direito. Contudo, a comunidade jurídica não se viu provocada por tamanho afrontamento.

Por outro lado, num esforço hipotético, imagine-se essa mesma postura diante de uma questão administrativa simples como uma placa proibindo a entrada de cães no local. É evidente que ursos também são proibidos. Contudo, aplicado o positivismo (de expoentes como Kelsen e Hart), não há resposta direta no sistema, então recorre-se à discricionariedade do juiz. Seria aceitável que um juiz reconhecesse a entrada de ursos e a pacificasse a sociedade por meio de sua fundamentação? Foi o que ocorreu no Caso Ellwanger, mas devido a maior complexidade, passa-se despercebido.

A proposta da hermenêutica filosófica passa pela reconstrução principiológica do caso e a decisão deve ter como característica o aperfeiçoamento da autonomia do Direito. Assim, por solução, há uma busca principiológica no caso da proibição de cães/ursos que se nota a impossibilidade de ursos em razão da faceta proibição da proteção insuficiente do princípio da proporcionalidade. Ou seja, cães são proibidos, então a proibição tão o é para ursos. Já no Caso Ellwanger, provoca-se se de fato seria um caso para tamanha complexidade, pois, a partir do momento que um ato é registrado como crime (racismo, no caso), não há esfera de liberdade de expressão atingível.

Por fim e em conclusão, nos espaços não ocupados pelas normas, não há discricionariedade (não há possibilidade de ponderação), mas uma reconstrução principiológica, pois não podemos ficar reféns da discricionariedade do juiz, já que nela está presente fatores subjetivos que mudariam a decisão pelo fato de mudar o juiz que decide.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Senã. 2. ed. Colección estudios alemanes. Barcelona: Gedisa, 1997.
- _____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora, 2001.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5ª edição alemã: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editoras, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Carmargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GARCIA, Emily; SOUZA, Bruno Ferreira de. *Análise do Fenômeno da Judicialização e estudo de propostas para uma Teoria Da Decisão*. Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município de Londrina, v. 5, p. 31-50, 2016.
- GARCIA, Emily; SOUZA, Bruno Ferreira de. *Hermenêutica como Limite à Discricionariedade Judicial*. RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, v. 4, p. 295, 2017. Disponível em: <

http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas_rjlb/2017/4/2017_04_0295_0322.pdf>. Acesso em: 30/10/2017.

MORAIS, Fausto Santos de. *Entre princípios jurídicos e valores: uma investigação histórica sobre esse imaginário*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Verdade e consenso*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.