

Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas

Damião Alves de Azevedo

*Advogado da CAIXA no Distrito Federal
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade
de Brasília (UnB)*

RESUMO

O artigo aponta as contradições da utilização do princípio da proporcionalidade, tal como elaborado por Alexy (1993), na solução dos casos de conflito entre normas jurídicas divergentes. Demonstra-se que o método não alcança a pretendida aplicação simultânea de princípios e a ordem concreta de valores, pressuposta pelo método, viola o pluralismo jurídico, fundamento da Constituição da República. Como alternativa à teoria da proporcionalidade, apresenta-se a tese, elaborada por Dworkin (2000,2003), segundo a qual o juiz deve buscar um único princípio jurídico adequado às especificidades do caso concreto e todo discurso de adequação, diferente do que postula Alexy (1993), é também interpretação jurídica, e não a mera subsunção de fatos a normas que esgotam em si mesmas todas as suas possibilidades de aplicação, não existindo diferença ontológica entre princípios e regras.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Conflito de normas. Adequabilidade. Interpretação Jurídica.

ABSTRACT

The article points to the existence of contradictions in the application of the principle of proportionality, as it is conceived by Robert Alexy, in solving conflict of legal norms. In the article it is argued that this method of interpreting the law does not succeed in the simultaneous application of diverse principles, and that a concrete moral scale of values, supposed by this method, violetes legal pluralism as one of the fundamental pillars of the Constitution. The article presents, as an alternative to the proportionality theory, the Dworkin's thesis according to which each judge must seek a single legal principle that is adequate to the specific case at hand, and that every time we engage in a discourse of appropriateness, unlike Alexy affirms, is also interpret

the law, and not merely subsume facts to norms that contain in itself all the possibilities of its application, revealing that there is actually no ontological difference between principles and rules.

Keywords: Proportionality. Conflict of norms. Appropriateness. Interpret.

1 A interpretação jurídica permite aplicar simultaneamente princípios divergentes?

O objetivo deste artigo é defender a tese da impossibilidade de aplicação simultânea e proporcional de diferentes princípios jurídicos a um mesmo caso concreto. Em especial, critica-se o método da ponderação proporcional de valores conforme a elaboração que lhe é dada por Alexy (1993).

Em nossa crítica, tomamos por fundamento a ideia de direito como interpretação e o conceito de integridade do direito formulado por Dworkin (2000,2003), para quem o conflito entre normas *prima facie* aplicáveis a um mesmo caso concreto é apenas aparente, pois a situação concreta de aplicação do direito exige que se decida qual a única norma adequada àquele caso específico.

Dworkin (200, 2003) distingue o momento de produção política do direito – quando se pretende assegurar a validade abstrata das normas – do momento de aplicação do direito – quando se procura descobrir qual dos princípios universalmente válidos e concorrentes no ordenamento jurídico é o mais adequado à solução de um determinado caso, sem que a validade e legitimidade dos demais princípios afastados sejam afetadas.

Pretende-se não apenas apontar que a proporcionalidade soluciona os casos concretos de acordo com as preferências axiológicas do julgador, mas principalmente explicitar a própria inviabilidade desse método como recurso de solução em situações de conflito aparente de normas. A partir disso, será questionada a ideia de subsunção inerente ao método da proporcionalidade confrontando-a com a teoria do direito como interpretação.

A tradição do positivismo jurídico brasileiro é fértil em tentativas de reduzir a interpretação jurídica a fórmulas matematizantes e modelos prévios de compreensão que comprometem o propósito interpretativo que desejam implementar. Entendemos que o método da proporcionalidade tem por substrato último essa mesma característica. Trata os direitos como dados reveláveis a partir de silogismos entre fatos e normas e, em nome de uma pretensa segurança, desautoriza e desabilita a sociedade a compreender e aplicar o direito conforme os conflitos e desafios vivenciados na experiência concreta dos sujeitos do direito.

O conceito de proporcionalidade usado aqui não guarda relação com razoabilidade ou *adequação de meios a fins*, ou *proibição do excesso*, que é o significado em que o termo é utilizado habitualmente. No Direito Penal, por exemplo, se fala em proporcionalidade na legítima defesa, orientação segundo a qual os meios empregados na defesa não devem exceder os limites do que seja suficiente para afastar ou cessar a agressão. Já no Direito Administrativo fala-se em proporcionalidade das políticas públicas, que devem evitar restrições de direitos, bem como a onerosidade excessiva aos cidadãos atingidos por tais políticas. Nesse sentido, proporcionalidade significa que os meios escolhidos não devem exceder os fins pretendidos. Todavia, a expressão é utilizada neste texto no sentido que lhe tem atribuído a teoria da constituição, especificamente no debate sobre conflitos de normas, significando aplicação simultânea de princípios jurídicos divergentes.

2 A aplicação proporcional dos princípios jurídicos

A proporcionalidade, como técnica de interpretação e aplicação do direito, tem exercido expressiva influência sobre autores brasileiros e nossos tribunais. Não seria exagero afirmar que é atualmente a mais difundida técnica de hermenêutica jurídica, especialmente no Direito Constitucional. Talvez a melhor formulação desse princípio tenha sido elaborada por Alexy (1993), para quem a aplicação da norma jurídica deve contemplar, simultaneamente, todos os possíveis princípios jurídicos aplicáveis ao caso concreto, graduando-os, proporcionalmente, conforme uma escala de importância.

Evidentemente tratamos aqui daqueles casos de conflito de normas que não podem ser solucionados por regras elementares de especificidade (norma especial derroga lei geral), temporalidade (norma posterior revoga norma anterior) ou hierarquia. Temos em foco normas de mesma hierarquia e simultaneamente válidas no ordenamento.

Em sua solução aos casos de conflitos entre normas, Alexy (1993) pressupõe uma diferença essencial entre regras e princípios. Regras seriam normas cogentes e determinantes da conduta, imperativos definitivos. Já os princípios seriam comandos de otimização.¹

¹ “As regras são normas que, dadas determinadas condições, ordenam, proíbem, permitem ou outorgam um poder de maneira definitiva. Assim, podem caracterizar-se como ‘mandados definitivos’. *Os direitos que se baseiam em regras são direitos definitivos*. Os princípios são normas de um tipo completamente distinto. Eles ordenam otimizar. Como tais, são normas que ordenam que algo deve ser feito na maior medida fática e juridicamente possível. As possibilidades jurídicas,

Os princípios não seriam propriamente imperativos, mas meramente orientadores, pois sua aplicação prática é condicional, dependendo da existência de regras que os tornem operáveis. Além disso, a observação de determinado princípio jurídico dependeria de outros princípios opostos que lhe precederiam no ordenamento.

Para Alexy (1993), a decisão judicial em casos que admitem a aplicação de mais de um princípio jurídico é idêntica ao processo de escolha num gráfico de microeconomia. O autor afirma que a aplicação ideal do direito deve corresponder a um Ótimo de Pareto. Este conceito indica graficamente a relação entre duas ou mais opções quando nenhuma delas pode ser melhorada sem fazer com que as demais assumam posição pior.²

Segundo Alexy (1993), a aplicação de princípios jurídicos se daria exatamente do mesmo modo que a decisão de um consumidor na aquisição simultânea de duas mercadorias A e B que satisfazem diferentes necessidades X e Y. A decisão judicial ideal em um caso em que fosse aplicável mais de um princípio jurídico seria aquela que conseguisse atingir um grau máximo de satisfação de todos os princípios em conflito. A decisão judicial deveria atingir um ponto ótimo de satisfação simultânea dos diversos princípios *prima facie* aplicáveis ao caso. Portanto, admite que os princípios jurídicos podem ser parcialmente obedecidos.

Não se trata de uma figura de linguagem ou de uma analogia meramente ilustrativa. A relação com o modelo da microeconomia

além de dependerem de regras, estão essencialmente determinadas por outros princípios opostos, fato que implica que os princípios podem e devem ser ponderados. *Os direitos que se baseiam em princípios são direitos prima facie*" (ALEXY, 1993, p. 27, grifos e tradução nossos).

² A teoria da escolha na economia mede, por exemplo, a satisfação do consumidor numa dada situação em que ele deve optar sobre quais mercadorias adquirir diante de produtos que atendem a diferentes necessidades. O consumidor não pode adquirir uma quantidade ilimitada de todos os produtos por limitações fáticas. Pode aplicar seu dinheiro integralmente em uma mercadoria A que atende a uma necessidade X, mas nesse caso ficará completamente insatisfeita sua outra necessidade Y, que é atendida pela mercadoria B. De acordo com a conduta racional pressuposta pela Economia, o consumidor tende a satisfazer simultaneamente ambas necessidades X e Y, adquirindo, tanto quanto possível, a maior quantidade de A e B. Deve ponderar qual das duas necessidades lhe é prioritária e, feito isso, escolher qual proporção de seu dinheiro usará em cada uma. Haverá um ponto em que terá chegado ao limite de seus recursos e, se quiser adquirir uma maior quantidade de A, deverá abrir mão de certa quantidade de B e vice-versa. Essa relação pode ser obtida em vários pontos do gráfico, sendo expressa por uma curva convexa. A esse ponto em que não se pode aumentar a satisfação de X sem prejudicar Y, nem aumentar a satisfação de Y sem prejudicar X, o economista franco-italiano Wilfredo Pareto (*1848 +1923) chamou ponto ótimo de satisfação, conceito que ficou mais conhecido pelo nome de seu formulador.

é decorrência lógica de sua teoria, para a qual um princípio jurídico não é uma norma jurídica definitiva, mas apenas otimizável. De um princípio não decorreria um comando do qual se possa exigir obediência, pois, como já afirmado, suas condições de aplicação são condicionadas fática e juridicamente.³ Os princípios, segundo essa teoria, não são carregados de força normativa cogente. Não trazem em si um dever ser, mas sim um valor moral que pode ser atendido de diversas formas e em proporções variáveis.⁴

Disso decorre outra distinção fundamental para a teoria: *a técnica de subsunção e a técnica de ponderação*. Essas são modos de aplicação das duas espécies de normas. As regras aplicar-se-iam por subsunção; os princípios, por ponderação.

A subsunção consiste simplesmente em submeter o fato à regra correspondente. Para Alexy (1993), as regras criam os direitos. O direito não é produzido pela institucionalização de discursos voltados para a solução de conflitos. Ele é dado, outorgado, pela regra (ALEXY, 1993, p. 30). Não por acaso afirma que os direitos baseados em regras são “direitos definitivos”, pois resultam da aplicação de regras que trazem uma ordem definitiva, um “comando definitivo”. As regras não dependem de ponderação porque regulam por si próprias sua aplicação, sem mediação do intérprete.

A argumentação jurídica acaba por não ter acesso à aplicação de uma de suas categorias de normas. Se as regras trazem em si seu modo de aplicação, elas não poderiam ser objeto de argumentação jurídica nem pelas partes nem pelo juiz. Se os direitos definitivos são conferidos por regras que regulam suas próprias condições de aplicação, não seria possível argumentação jurídica acerca desses direitos. As regras outorgam os direitos, que se tornam dados prévios – e imunes – à argumentação.

³ “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *principios* são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização* que se caracterizam por *poderem ser cumpridos em diversos graus* e porque a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades fáticas está determinado por princípios e regras que atuam em sentido contrário” (ALEXY, 1993, p. 14, grifo do autor, tradução nossa).

⁴ “Toda colisão entre princípios pode expressar-se como uma colisão entre valores e vice-versa. A única diferença consiste em que a colisão entre princípios se trata da questão do que é devido de maneira definitiva, enquanto a solução de uma colisão entre valores afirma o que é de maneira definitivamente melhor. *Princípios e valores são, portanto, o mesmo, contemplando-se um caso sob um aspecto deontológico, e em outro caso sob um aspecto axiológico*. Isso mostra com clareza que o problema das relações de prioridade entre princípios corresponde ao problema de uma hierarquia de valores” (ALEXY, 1993, p. 16, grifo do autor, tradução nossa).

Por isso Alexy (1993) pode afirmar que a argumentação jurídica é um caso especial da moral, pois ela só trata das normas que teriam conteúdo moral (os princípios). As normas jurídicas restantes (as regras) não entram no discurso de aplicação jurídica, pois os direitos definitivos que outorgam seriam aplicados de acordo com as condições trazidas pela própria regra, sem necessidade de se fazer uso da argumentação.

Entretanto, não explica como solucionar essa incongruência, isto é, como é possível que uma regra seja aplicada por si própria, sem que se faça necessária a mediação de um ser humano que leia a norma e a aplique de acordo com o que compreendeu da leitura.

Alexy (1993) reserva o conceito de argumentação jurídica à tarefa de ponderação de valores realizada por meio do direito. O direito fornece apenas a forma de institucionalização do processo. A ponderação se realiza pelo método da proporcionalidade. Esse método se realiza em três etapas, ou sub-regras, como o autor as nomeia: I - Adequação; II - Necessidade; III - Proporcionalidade em sentido estrito.

A primeira delas consiste em verificar quais são os princípios que se aplicam ao caso concreto, quais os princípios de que se pode lançar mão para orientar a lide existente. Trata-se de uma verificação fática, não jurídica. Uma norma é inadequada quando não serve ao objetivo a que se propõe o aplicador diante de um caso concreto. Se um caso puder ser resolvido fazendo-se recurso apenas desta sub-regra não estaremos diante de um Ótimo de Pareto e, portanto, não será um caso de argumentação jurídica (ALEXY, 1993, p. 32).

Quando não se consegue resolver o caso apenas descobrindo qual é a norma adequada, passa-se à segunda etapa, da necessidade. Por ela se verifica se uma entre as normas aplicáveis causa menor dano ou pode solucionar o caso de modo menos oneroso. Se houver duas normas N1 e N2, ambas *adequadas* ao caso C, em que estão em jogo os princípios P1 e P2, é preciso, antes de se tentar sopesá-las aplicando-as proporcionalmente, verificar se uma delas pode atender a ambos princípios de forma menos danosa. Por exemplo, imaginemos que N1 atende ao princípio P1 e ao princípio P2, enquanto N2 atende a P1, mas causa uma pequena restrição a P2. Nessa hipótese, se conclui que N2 não é necessária, pois os princípios em colisão podem ser mais bem atendidos aplicando-se a norma N1.

Se a verificação da necessidade também não for suficiente para a solução do caso, passa-se à proporcionalidade em sentido estrito. Nessa sub-regra está encerrada a verificação das condições de aplica-

ção jurídica dos princípios. Seria, pois, diferente das anteriores, que verificam apenas condições fáticas. Ponderar valores significa graduá-los, quantificá-los de modo que seja possível aplicar simultaneamente vários princípios concorrentes. “Quanto mais alto seja o grau de descumprimento ou menosprezo de um princípio, tanto maior deve ser a importância de cumprimento do outro. A lei da ponderação não formula outra coisa que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito” (ALEXY, 1993, p. 18, tradução nossa).

A ideia de um Ótimo de Pareto é ponto essencial da teoria, reafirmado constantemente em sua obra.⁵ A proporcionalidade ocorre quando as normas concorrentes são adequadas e necessárias, não podendo afastar-se uma para aplicar a outra por subsunção. Todos os princípios concorrentes devem caber no resultado.

Imaginemos um exemplo. Um inquérito policial ou processo judicial em que se acuse alguém de um crime de grande repercussão pública. Concorrem aí, por exemplo, o princípio da proteção à privacidade e o princípio à liberdade de expressão.

O juiz poderia restringir a divulgação a certos elementos específicos do processo preservando simultaneamente a privacidade do acusado – que teria alguns de seus bens jurídicos protegidos – e o direito à liberdade de imprensa e à informação da sociedade – que teria acesso a certos elementos específicos do processo.

Em cada situação, o Ótimo de Pareto seria alcançado com uma combinação diferente. Podemos imaginar que a divulgação fosse restrita ao nome do acusado, protegendo-se o nome das testemunhas, ou às peças, proibindo-se a divulgação de fotos ou outros documentos contidos nos autos.

2.1 Decisão jurídica e juízo moral: a Teoria dos Princípios

Entretanto, essa conclusão aparentemente coerente não revela todas as implicações do caso. Alexy (1993) consegue elaborar seu método de ponderação proporcional porque o conteúdo jurídico dos princípios é substituído por um conteúdo moral.⁶

A teoria de Alexy identifica a decisão acerca do que é juridicamente devido com a razão prática kantiana. A razão prática é dirigida à consciência do indivíduo e constrói um modelo de orientação da ação humana fundado na moral.

⁵ “Quanto maior é o grau de recusa à satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2002, p. 161, tradução nossa).

⁶ “Dita tarefa é, quanto à forma, jurídica; quanto ao conteúdo, sem embargo, é sempre também moral, por causa de seu conteúdo moral” (ALEXY, 1993, p. 15, tradução nossa).

A razão prática kantiana substitui os fundamentos externos de legitimidade da conduta típicos da pré-modernidade, tais como tradição e religião, por um fundamento de validade interno ao indivíduo, justificando a liberdade alcançada a partir do Iluminismo num comando de conduta que não dependeria de quaisquer motivações externas porque presente na própria consciência inata do sujeito. Este fundamento, o imperativo categórico, é a norma moral.

A Teoria dos Princípios expande a razão prática kantiana para além da consciência do indivíduo, estendendo-a ao processo jurídico. Ao afirmar que o direito não possui um objeto próprio, pois lida com valores, se acredita poder tomar os processos de decisão dirigidos à consciência individual e aplicá-los aos processos de decisão pública. O discurso de aplicação dos princípios jurídicos seria um discurso de aplicação de valores morais em processos de decisão pública. “A argumentação jurídica é por isso um caso especial da argumentação prática em geral” (ALEXY, 1993, p. 20, tradução nossa).

Essa teoria da argumentação jurídica pretende descobrir quais valores são preferíveis. Ela não busca o que é juridicamente devido, mas sim o que é moralmente melhor.

Contudo, tal qual no gráfico da Teoria do Consumidor, não é possível descobrir aquilo que é melhor *em si*, mas somente o que é melhor para aquele que escolhe. O processo de decisão racional orientado por valores não revela mais que as preferências de quem julga. O Ótimo de Pareto encontrado, o dever-ser exigível alcançado pelo uso da ponderação proporcional de valores, será resultado das preferências morais do julgador, em geral, das preferências morais do juiz. Tal indeterminação é admitida por Alexy (1993).⁷

Aí se revela um dos pontos frágeis da teoria. Para superar a indeterminação e proteger o Direito de caprichos e preferências variáveis, a argumentação racional orientada pela proporcionalidade exige uma escala concreta de valores morais. Só é possível a ponderação proporcional determinando-se uma ordem de hierarquia absoluta entre os valores que se quer aplicar. Se a argumentação jurídica é uma argumentação moral, só uma escala fixa de valores pode impor ao julgador que decida conforme uma ordem determinada, eliminando a insegurança do sistema.

⁷ “Mas é claro que a regra só nos diz a direção do argumento. Não prescreve nenhum resultado. Alguém que não considere os direitos individuais como algo com grande valor pode aplicar a regra para favorecer o bem coletivo [...] Alguém para quem os direitos individuais são muito valiosos *chegaria ao resultado contrário aplicando a mesma regra de ponderação*” (ALEXY, 1993, p. 33, grifo e tradução nossos).

Alexy (1993) reconhece que não é possível uma listagem exaustiva que esgote todos os princípios jurídicos existentes. Também reconhece que não é possível expressar o *peso* dos princípios nem quantificar o grau de sua realização de modo matematicamente calculável. Ainda assim, acredita ser possível estabelecer uma ordem, mesmo que frágil: “Parece que é possível que a teoria dos direitos fundamentais consista numa lista de direitos fundamentais abstratos que podem ser tomados em consideração” (ALEXY, 1993, p. 29). Ele concebe essa lista ordenada como sua *Teoria dos Princípios* (ALEXY, 1993, p. 16).

Tal teoria permite chegar a uma escala concreta de valores morais definida a partir de três elementos: I - Um sistema de condições de prioridade; II - Um sistema de estruturas de ponderação; III - Um sistema de prioridades *prima facie*.

O primeiro elemento é por si só problemático. Condições de prioridade não seriam mais que verificações sobre quais princípios têm merecido preferência num dado ordenamento jurídico. Tais condições de prioridade são estabelecidas por ocasião de decisões judiciais que indicam quais são os valores existentes naquela sociedade. O histórico de utilização desses princípios permitiria inferir qual é a importância de cada um deles e qual sua relevância em relação aos demais. É um modo de antecipar o peso de um princípio analisando a ocorrência mais ou menos expressiva do mesmo em decisões do passado. Exige-se, desde o início, que o juiz projete para o futuro a perspectiva e os valores predominantes no passado.

O segundo elemento, as estruturas de ponderação, consiste no já analisado método da ponderação proporcional, por meio do qual se otimizam os princípios (valores morais) em situações em que estes encontram limitações fáticas (adequação e necessidade) e jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito).

Porém, falta ainda a essa razão prática pública o equivalente a algum imperativo categórico, isto é, a motivação interna ao sistema que conduz o processo de escolha à melhor decisão. Uma vez que Alexy (1993) reconhece que o resultado da escolha depende do julgador, o campo dos princípios permanece até aí indeterminado. É preciso algo que ordene os princípios concorrentes, discipline a escolha e a dirija e imponha ordem num ambiente tomado e ocupado por valores relativos, cada qual a exigir precedência sobre os demais e a atrair as preferências dos participantes do processo decisório. A esse terceiro elemento Alexy (1993) chama de Sistema de Prioridades *Prima Facie*, que nada mais é que uma escala hierárquica construída a partir da importância de cada princípio frente aos demais.

Mas como fundamentar uma teoria dos princípios numa hierarquia concreta de valores? Alexy (1993) tenta resolver esse problema por meio de sua versão da Teoria do Discurso. Para ele “um discurso racional prático é um procedimento para provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de argumentos” (ALEXY, 1993, p. 34, tradução nossa). As regras do discurso garantem a cada indivíduo o direito de participar do discurso, apresentando e criticando argumentos. Portanto, é preciso que todas as pessoas sejam respeitadas e tenham seus direitos respeitados.

Apesar de o discurso ter caráter público e coletivo, ele só se dá na medida em que é garantido o respeito aos indivíduos e seu acesso ao espaço coletivo. A partir desse pressuposto, Alexy (1993) formula a tese de que *o discurso racional só pode ser alcançado num sistema de direitos fundamentais que priorize os direitos individuais sobre os coletivos*.

Sua Teoria dos Princípios é calcada na ideia de que só é possível assegurar os direitos coletivos garantindo-se primeiramente os direitos individuais, de modo que seu sistema de prioridades favorece estes últimos. Eles são prioritários *prima facie*, o que significa dizer que, no processo de argumentação por meio da ponderação, eles devem ser priorizados sempre, independentemente de quaisquer especificidades que possam ser trazidas pelo caso concreto.

Por isso sua teoria exige a materialização dos valores. Os valores perdem seu aspecto de algo preferível conforme a situação e são fixados numa escala concreta que ordena a precedência entre eles. Os princípios jurídicos perdem sua natureza deontológica e assumem um caráter axiológico. A argumentação racional orientada para a ponderação de valores exige o escalonamento concreto dos mesmos. Só é possível ponderação proporcional determinando-se uma ordem de hierarquia absoluta entre os valores que se quer aplicar.

2.2 Sistema de prioridades *prima facie* e o risco de tutela da sociedade

Com este terceiro elemento de sua Teoria dos Princípios, Alexy (1993) acredita poder eliminar a indeterminação constada no resultado da ponderação. O funcionamento dessa teoria exige que todos os intérpretes do direito admitam a primazia dos direitos individuais sobre os direitos coletivos. Porém, ele não percebe que isso não é uma ordem absoluta nem necessária.

Os direitos individuais não são prévios aos direitos coletivos. O fato de o constitucionalismo ter surgido a partir da formulação dos direitos individuais não significa a primazia ontológica desses di-

reitos. É um evento histórico. Foi assim que ocorreu na Europa Ocidental. Mas isso não significa que o mesmo tenha ocorrido em todos os lugares e em todas as épocas. A trajetória do constitucionalismo ocidental não revela a natureza dos direitos *em si*. Outras tradições ou outras experiências constitucionais podem conduzir a resultado exatamente oposto sem que isso signifique que os direitos fundamentais terão uma natureza diferente.⁸

Da mesma forma que se poderia argumentar que é preciso garantir a liberdade individual para que sejam construídos os direitos coletivos, seria perfeitamente plausível afirmar que a liberdade individual só existe se forem assegurados os direitos coletivos relativos à organização do Estado. Há quem fundamente a liberdade em direitos individuais anteriores à esfera pública, à maneira de Locke, mas também há quem a fundamente numa decisão pública que materializa a identidade constitucional como se fosse um macrossujeito resultante da união de todos os indivíduos, à maneira de Rousseau.

Por exemplo, para os comunitaristas, herdeiros de Rousseau, não haveria direitos individuais anteriores ao Estado. Pelo contrário: somente com a constituição de um Poder Público é que teriam surgido os direitos individuais. Por essa perspectiva só existe liberdade individual assegurando-se primeiro a soberania da coletividade. Aliás, a ideia primitiva de democracia surgiu num contexto exatamente assim na Grécia antiga, quando se entendia a pólis como uma plenitude ética e que só na pólis era possível ser verdadeiramente livre. A democracia – ou pelo menos a ideia de uma forma de soberania difusa numa coletividade de cidadãos – surgiu num momento histórico em que se compreendia o sujeito como simples parte, elemento formador da pólis.

Portanto, a precedência dos direitos individuais sobre os coletivos não é um dado evidente por si só. Essa é uma deficiência que compromete a Teoria dos Princípios de Alexy. Para que sua teoria tenha sentido, é preciso assumir os mesmos valores políticos do autor.

Na realidade, esse é um problema de qualquer modelo de direitos fundado em posturas ético-valorativas, sejam elas liberais ou comunitaristas. Tais modelos tomam as preferências do intérprete

⁸ Carvalho (2001, p. 10-13), por exemplo, questiona a ordem de surgimento dos direitos fundamentais que compõem a cidadania, que T.A. Marshall, com base na experiência inglesa, apresenta: primeiro aparecendo os direitos civis no século XVIII, os direitos políticos no século XIX e os direitos sociais no século XX. Para Marshall não seria apenas uma ordem cronológica, mas sim “lógica”. Segundo Carvalho, essa ordem teria sido totalmente diferente no Brasil, onde primeiro teriam surgido os direitos políticos, depois os sociais e, por fim, os direitos civis. Para o comentário de Habermas ao modelo de cidadania de T.H. Marshall ver Habermas (1997, p. 107 *et seq.*).

como um valor que deve ser assumido por todos, negando a validade de outras opiniões e de outras formas de viver, materializando a ideia do *bem* e do *bem viver*. O fundamento último do sistema de princípios resultante dessa perspectiva que entende os valores morais a partir de escala concreta e universalmente válida acaba por ser a própria preferência, ou opinião, do intérprete.

Essa crítica é bem formulada por Maus (2000) ao estudar o crescimento da importância do Poder Judiciário nos EUA e na Alemanha. A autora descreve como o Judiciário na Alemanha substituiu o Executivo nos papéis de símbolo de unidade nacional e protetor dos valores éticos da comunidade, frente ao Legislativo, no qual a sociedade apresenta-se segmentada em facções em contínua disputa.

Num contexto no qual o Executivo estava enfraquecido e a experiência da democracia parlamentar era incipiente, o Judiciário se apresentava como um poder composto de membros tecnicamente qualificados e um espaço imune às disputas partidárias e por isso capaz de garantir os direitos fundamentais.⁹

Esse processo de substituição do Executivo e do Legislativo pelo Judiciário na definição da identidade coletiva da sociedade seria comparável à perda da importância do pai na definição da “consciência individual” (ego) estudada na psicanálise por Herbert Marcuse. A figura do pai perde importância no século XX frente a *diretrizes sociais* estabelecidas pelo mercado, pela Administração Pública e por outros mecanismos dominantes numa sociedade industrial e hipercomplexa, na qual as instituições familiares tradicionais sofrem forte concorrência de valores e formas de comportamento trazidas por influências exteriores.

De forma semelhante, a figura do chefe da nação teria cedido espaço à ideia de um *direito substancial*, representado por direitos fundamentais materiais e, por conseguinte, por uma *constituição material*. Esta deveria ser revelada pelo juiz, pois, além de ser um técnico qualificado e não um político, a ele a Constituição atribui a obrigação de garantir que as leis e comportamentos sociais estejam conforme a norma constitucional.

⁹ “Erich Kaufmann é representativo da fração conservadora dessa época quando considera que ‘com a queda da monarquia o povo alemão perdeu indubitavelmente um importante símbolo de sua unidade’. Como ‘sucedâneo’ ele propõe exatamente os direitos fundamentais da nova Constituição e seus intérpretes judiciais. A ascensão dos ‘juizes da corte’ é fundamentada na argumentação de que a noção racional de direito natural do Iluminismo estaria superada para auxiliar na compreensão dos direitos fundamentais. De acordo com Kaufmann, o preceito fundamental de igualdade do Iluminismo se refere a um conceito de Justiça que ‘*implica não somente um método para discussão [...], mas sobretudo uma ordem material*’.” (MAUS, 2000, p. 183-202, grifo nosso).

Há alguma semelhança desse projeto com a Teoria dos Princípios de Alexy, para quem os direitos são comandos definitivos contidos nas regras e sua aplicação aos casos concretos se dá sem necessidade de argumentação, ocorrendo por subsunção similar a um silogismo matemático. Também fica patente a semelhança com o processo de argumentação racional orientada por uma hierarquia concreta de valores. A definição dos direitos fundamentais a partir de uma *constituição material* contida na constituição formal revelada pelo juiz é idêntica à teoria dos direitos fundamentais consistente em uma lista material de direitos escalonados conforme sua importância relativa.

Se um juiz ou tribunal adota como método essa argumentação orientada por valores mais desejáveis que outros, acaba por impor seus próprios valores à sociedade, agindo numa espécie de tutela moral, como se sua condição de julgador lhe atribuísse um papel pedagógico sobre os cidadãos.¹⁰

Todavia, o Estado Democrático de Direito pressupõe uma democracia pluralista e a convivência entre diferentes formas de vida sem que seja necessário sopesar ou estabelecer prioridades entre os diversos valores culturais existentes no seio da sociedade, não cabendo ao juiz substituir os valores das partes pelos seus próprios ou por aquilo que acredita ser a melhor forma de *bem viver*.

As ideias de constituição material e de ordem concreta de valores falham no discurso constitucional porque este não pode priorizar valores morais. A Constituição trata de direitos, por isso

¹⁰ Podemos citar aqui a fundamentação de alguns votos recentes do STF como expressão dessa pedagogia moral às vezes assumida pelo Judiciário. No HC 82.424/RS, em que se discutiu se a publicação de um livro antissemita constitui racismo, lemos no voto do Ministro Celso de Mello que naquele julgamento estava “em debate, uma vez mais, o permanente conflito entre a civilização e a barbárie, cabendo, ao Supremo Tribunal Federal, fazer prevalecer” a dignidade sobre a “estupidez humana” “como uma grave advertência, para as presentes e futuras gerações, de que o MAL jamais deverá triunfar outra vez”. Esse aspecto talvez fique mais claro no RE 153.531-8/SC, em que se discutia a Farra do Boi, no qual o Ministro Marco Aurélio a define como um evento em que “uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem”. Não questionamos as decisões, mas sua fundamentação, nas quais o Judiciário parece assumir um papel *civilizador* e *educador*, desconhecendo ou menosprezando valores culturais distintos. Sobre o último voto, Baracho Júnior (2004, p. 517) comenta: “Os descendentes de açorianos que faziam da farra do boi uma celebração anual, não associavam à manifestação uma idéia de violência que nós, que não somos descendentes de açorianos, associamos. Este é um dado importante, pois, na Espanha, por exemplo, em práticas semelhantes, a idéia de violência não está associada. Dificilmente tais práticas seriam atribuídas a uma “turba ensandecida” na Espanha. Muito menos seriam os procedimentos considerados estarrecedores. [...] A decisão revela uma enorme dificuldade em lidar com tradições que não são compartilhadas pela maioria dos brasileiros”.

não deve menosprezar *a priori* o potencial de verdade de quaisquer formas de vida socialmente compartilhadas, sob pena de negar validade a determinadas culturas, religiões ou preferências sexuais que não estejam de acordo com os valores morais colocados pelo juiz no topo de sua escala de valores.

A primazia dos direitos individuais, que constitui a norma moral fundamental da Teoria dos Princípios de Alexy, não pode ser demonstrada de forma satisfatória porque a precedência lógica de alguns direitos sobre outros será sempre ideológica.

Não é possível demonstrar satisfatoriamente a superioridade dos direitos individuais sobre os coletivos, e vice-versa. Essa divisão, não importa qual categoria se priorize, compreende o ordenamento jurídico de forma fragmentada, como uma relação, uma listagem de direitos. Tal compreensão fica evidente quando se estuda a história do direito como uma sucessão de “novos” direitos que surgem de tempos em tempos. Cada época contribuiria com um novo repertório de direitos que se juntariam aos já existentes, numa simples operação aritmética.

A versão mais habitual desse esquema de *gerações de direitos* é aquela segundo a qual primeiro surgiram os direitos individuais (liberdade, igualdade, propriedade), depois teriam sido acrescentados à lista os direitos sociais (proteção do trabalho, educação, saúde, assistência e previdência social, etc.) e por último os direitos difusos (direito ao meio ambiente equilibrado, direitos econômicos como a proteção do consumidor e da concorrência, etc.).

Habermas (1997) propõe a superação dessa descrição histórico-cronológica que classifica os direitos em gerações, adotando a ideia de paradigmas jurídicos. Paradigmas jurídicos seriam os horizontes históricos de sentido nos quais se realiza a prática jurídica. Seria possível identificar em cada época uma percepção particular do contexto social no qual o direito se insere. Percepção esta que orienta a interpretação do direito e lhe permite cumprir seu papel de integração social e estabilização de expectativas.

O paradigma expressa apenas uma posição preponderante. Não se trata de uma percepção monolítica do direito. O que identifica o paradigma vigente em cada época são sempre as ideologias predominantes, mas isso não quer dizer que sejam universalmente aceitas. Pelo contrário: Habermas (1997) entende que desde o advento do Estado Moderno haveria dois grandes modelos interpretativos que têm concorrido por precedência ao longo da Modernidade.

Num primeiro momento, o modelo comunitarista, inspirado em Rousseau, teria sido marginal. O modelo liberal, talvez por ser mais sintonizado com os principais desafios políticos enfrentados

pelo constitucionalismo nascente em sua luta contra o Absolutismo, obteve maior adesão e, por isso, as constituições foram inicialmente interpretadas a partir de tal perspectiva dominante, embora a perspectiva social-comunitarista continuasse a existir.

Já no século XX, sobretudo depois da 1ª Guerra Mundial e das crises econômicas da década de 20, o modelo comunitarista passou a preponderar. Porém, a ideologia liberal jamais deixou de existir. Apesar de não se sustentar mais como um paradigma, permanece, mas sob a forma de vestígios de racionalidade. Afinal, nem mesmo o mais convicto dos liberais se negaria hoje a reconhecer, por exemplo, a legitimidade do Direito do Consumidor, embora este represente uma intervenção do Estado nas relações privadas num grau absolutamente incompatível com o liberalismo clássico.

A partir da crise fiscal do Estado, vivenciada internacionalmente a partir da década de 1970, e, sobretudo, depois dos abusos e violências inigualáveis perpetrados por países que a levaram ao extremo, como ocorreu durante o nazifascismo ou sob as ditaduras comunistas, a ideologia social também entrou em crise. Se o individualismo extremo produziu opressão e exploração, o ideal coletivista do Estado Social, mesmo em suas formas democráticas, transformou o cidadão num cliente dependente de tutela estatal permanente. Os direitos passaram a ser encarados como serviços públicos concedidos por uma Administração cada vez mais centralizadora.

Diante da crise do paradigma do Estado Social, o cenário político e jurídico se vê diante de uma encruzilhada. Há os que propõem um imponderável retorno a modelos anteriores, postulando ora formas mitigadas do liberalismo, como o neoliberalismo, ora formas mitigadas de comunitarismo, como o vacilante socialismo democrático alardeado por movimentos políticos que ganharam expressão e visibilidade na América Latina.

Porém, ambas pretensões padecem da mesma incongruência. Embora pretendam construir fórmulas intermediárias ou mistas entre os discursos polarizados que caracterizaram os paradigmas anteriores, elas inevitavelmente estabelecem a precedência de certos valores políticos sobre os demais, comprometendo o pluralismo.

Embora o neoliberalismo incorpore certas críticas comunitaristas e tente se proteger contra os excessos que no passado produziram os maiores casos de exploração registrados em toda a história da humanidade, ele ainda assim mantém a prevalência dos valores individualistas sobre os sociais. Ainda que de forma mitigada, o direito permanece colonizado pela ideologia política liberal, em detrimento de outros valores plurais.

As ainda indefinidas tentativas de elaboração de um socialismo democrático incorrem no mesmo problema. Embora tentem se imunizar contra o autoritarismo e a homogeneidade de pensamento que no passado levaram a reduzir o interesse público ao interesse do Estado, permanece a ideia de que o direito deve adotar prioritariamente certos valores políticos, colocando igualmente em risco o pluralismo político.

Portanto, tanto uma como outra tentativa não chegam a meio-termo algum. Pelo contrário: ainda que de forma abrandada, ambos exigem a oficialização de determinado valor político.

A teoria de Alexy (1993) é expressão desse mesmo projeto, pois estabelece que o direito deve se estruturar sobre uma escala de valores na qual uma ideologia prevalece sobre as outras. Para que seu método funcione, todo juiz deve assumir para si o pressuposto de que há níveis distintos de direitos fundamentais e os direitos individuais são mais importantes que os coletivos.

Contudo, a grande lição que a crise do Estado Social nos ensinou foi que não se deve tornar oficial nenhum valor moral ou forma de pensamento. O Estado Social exigia uniformidade e igualdade material, ameaçando a pluralidade, a diferença e o respeito às identidades locais. O grande desafio democrático depois do Estado Social é fazer com que os cidadãos e coletividades se reconheçam como juridicamente iguais, ainda que materialmente diferentes.

Contra a tentativa de se construir formas híbridas vacilantes, que nunca conseguem coordenar todas as possíveis formas de pensamento e de concepções legítimas de bem viver, Habermas (1997) sugere como alternativa o paradigma do Estado Democrático de Direito. Não se trata de uma invenção teórica, mas da constatação fática de que contemporaneamente todos os movimentos políticos demandam respeito e reconhecimento. E isso só é possível se o direito não discriminar *a priori* qualquer valor moral ou político em abstrato. A manutenção das diferentes formas de vida, da diversidade de opiniões e do próprio direito à divergência é condição da legitimidade do direito. Por isso, se reconhece a possibilidade de um paradigma do direito que esteja estruturado sobre a forma comunicativa e dinâmica da democracia. Um paradigma do direito que interprete a lei sem estabelecer a primazia dos valores de certo grupo sobre os demais.

Isso não é uma ambição idealista ou puramente retórica. É uma característica do cenário político e jurídico contemporâneo. Basta observar o art. 1º de nossa Constituição, que dispõe, em seu inciso IV, que tanto os valores sociais do trabalho como da livre iniciativa são, igualmente, princípios fundamentais da República.

O valor social do trabalho é, a princípio, contrário à livre iniciativa. Proteger o trabalho necessariamente restringe a livre iniciativa, ao passo que garantir a livre iniciativa necessariamente torna mais vulnerável a proteção do trabalho. Contudo, a Constituição prevê esses ambos *valores* num único inciso, o que demonstra que o intérprete do direito não pode estabelecer, em abstrato, a precedência de um sobre o outro.

Para deixar ainda mais evidente essa opção pela equiparação dos valores, a Constituição, em seu art. 1º, V, estabeleceu ainda como princípio fundamental o pluralismo político. A Constituição exige, pois, que os diferentes valores políticos devem ser respeitados e considerados igualmente relevantes para o Estado de Direito.

A teoria da ponderação de valores requer que certos valores sejam assumidos, oficialmente, como prioritários pelo juiz e pelo direito, o que inequivocamente estabelece uma forma de discriminação contra os demais valores sociais e políticos. Exigir que o direito seja interpretado e aplicado a partir de certo valor moral ameaça frontalmente o pluralismo, pois todos os outros indivíduos que não compartilham desse mesmo valor ficam alijados do debate jurídico. A teoria da proporcionalidade coloca o direito sob o pálio dos valores morais oficiais, o que fere diretamente um dos fundamentos da República: a exigência do respeito à pluralidade das formas de vida.

Certamente os Constituintes de 1987/1988 não eram leitores de Habermas. Contudo, a dinâmica política contemporânea os fez reconhecer que o direito não pode estabelecer a precedência de certos valores sobre outros, sob pena de que a lei perca sua legitimidade perante diferentes setores da sociedade. O pluralismo político consagrado pela Constituição demanda que todos os valores sociais e políticos sejam colocados no mesmo nível abstrato de importância.

3 Uma só resposta para cada caso

Como alternativa à interpretação dos princípios jurídicos como valores, Dworkin (2000) elabora um sistema de direitos baseado na ideia de *integridade* do direito. Por essa teoria, os princípios jurídicos não podem ser vistos como opostos entre si, mas coordenados a partir de uma concepção pública de justiça. Cada princípio, sendo ligado a todo o ordenamento de forma integral, traz em si uma dimensão pública e uma dimensão individual. Portanto, é um equívoco compreender a liberdade como um direito exclusivamente individual, pois a liberdade individual é a finalidade de qualquer

ordem pública soberana. Tampouco a assistência social seria um direito exclusivamente coletivo, pois ela só se realiza na esfera do indivíduo, capacitando-o para exercer sua autonomia e liberdade privada. Nesse sentido, as esferas pública e privada são co-originárias e igualmente primordiais. Todo direito individual só se realiza mediante a dimensão pública que permite a cada cidadão torná-lo legitimamente exigível frente ao Estado e aos demais cidadãos. E todo direito coletivo só se realiza mediante a dimensão privada de cada cidadão que, individualmente, acessa e exerce tais direitos.

Dworkin (2000, p. 217) traz sua experiência como crítico literário ao definir o direito como interpretação e compará-lo à literatura. O direito seria uma interpretação contínua e em permanente desenvolvimento, tal qual um romance em construção. O processo de interpretação consiste em recuperar o trajeto desse *romance* e produzir a melhor interpretação possível com os dados e informações de que se dispõe. Essa interpretação será tanto melhor quanto maior for sua capacidade de expressar o significado do direito em sua integridade, e não apenas o significado de certas normas, pois o significado destas deve ser coerente com os princípios revelados pela *leitura* de todo o ordenamento.

Contudo, não é uma narrativa histórica. A interpretação não se volta para algo como a *mens legislatoris*, a vontade dos pais fundadores ou uma *vontade geral*. O que importa é o seu significado presente, não aquele ao tempo em que foi construída a norma. Como uma obra literária, o significado da norma não é circunscrito pela intenção de seus autores e tampouco se limita aos valores adotados por um intérprete oficial. A hermenêutica jurídica é, assim, um exercício de interpretação construtiva de uma prática social.¹¹ É inútil tentar reduzir a complexidade da interpretação do direito por meio de esquemas matemáticos ou compará-la à lógica silogística, exatamente da mesma forma que seria inútil fazer por esses meios uma interpretação literária.

Integridade significa que o direito deve ser interpretado a partir de princípios ordenadores, e não como fruto da tradição ou de acordos políticos casuais nem como uma norma moral que deve ser seguida por todos os cidadãos.

Portanto, a integridade não significa preferência pelos direitos individuais nem pelos coletivos. Pelo contrário, ela nega tal distinção. Direito como integridade significa que o direito é uno e, por consequência, todas as normas existentes no ordenamento

¹¹ “O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial” (DWORKIN, 2003, p. 488).

devem ser interpretadas de maneira a manter a coerência interna que lhe garanta unidade. Embora não se deem conta disso e o façam instintivamente, quando os juízes ou as partes de um contrato aplicam o direito não estão aplicando somente um artigo ou uma lei, pois sua conduta pressupõe um sistema jurídico regido por princípios gerais ordenadores. Ainda que uma decisão judicial não seja uma obra teórica, em toda decisão judicial há implícito um exercício de teoria geral do direito (DWORKIN, 2003, p. 314-317).

O objetivo da integridade não é diferente do objetivo da proporcionalidade. Ambas pretendem conferir certeza e segurança jurídica à decisão do caso concreto. Contudo, a proporcionalidade acredita que a segurança decorre da uniformidade de pensamento e só num contexto guiado pela razão moral é possível garantir a legitimidade da decisão no caso concreto. De acordo com a proporcionalidade, só haverá segurança se as decisões particulares reproduzirem valores morais maiores.

Já de acordo com a integridade se reconhece a necessidade de garantir o pluralismo e o multiculturalismo e a impossibilidade de haver objetividade absoluta na decisão jurídica, mas se acredita que, ainda que precária, a segurança jurídica pode ser alcançada se houver um compromisso de que em cada caso concreto haja a consciência de que se está aplicando não apenas um fragmento do direito, mas a própria Constituição. Ainda quando não se está diante de um caso em que se discuta nenhuma alínea da Constituição, a insegurança pode ser abrandada se a interpretação do caso levar em conta os princípios orientadores do ordenamento e se buscar conformar a decisão concreta aos princípios constitucionais.

A proporcionalidade compreende que o direito é um caso especial da moral porque os juristas aplicariam valores morais. A integridade acredita que o direito é um discurso autônomo e distinto da moral, defendendo que os juristas não precisam se socorrer de estruturas extrajurídicas, pois o próprio direito lhes confere condições de decisão a partir de uma interpretação sistemática de todo o ordenamento.¹²

¹² “[Os filósofos do direito] não podem produzir teorias semânticas eficazes sobre o direito. Não podem expor os critérios comuns ou as regras fundamentais que os advogados seguem para colocar rótulos jurídicos nos fatos, porque tais regras não existem. [...] As teorias gerais do direito devem ser abstratas, pois sua finalidade é interpretar o ponto essencial e a estrutura da jurisdição, não uma parte ou seção específica desta última. Contudo, apesar de toda abstração trata-se de interpretações construtivas: tentam apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como a encontram e a melhor justificativa dessa prática. Assim, *nenhuma linha claramente delineada*”

Aplicar o direito equivale a interpretá-lo. Logo, toda deliberação judicial revela uma teoria, um modo de compreensão do direito. O caso concreto só pode se valer da segurança do direito se o exercício subliminar de teoria geral do direito que é feito ao se decidir expresse a preocupação de *levar a sério* os direitos envolvidos, tratando a questão como um *caso difícil*, e se esforce em demonstrar como aquela decisão, em última instância, é a melhor realização possível dos comandos constitucionais.

A integridade afasta a ilusão de princípios contraditórios a serem abstratamente escalonados de acordo com sua importância. Aqui surge uma distinção importante. Dworkin (2003) distingue entre duas formas de integridade, a integridade na legislação, isto é, no momento da validação abstrata das normas no processo legislativo ou no controle de constitucionalidade, e a integridade na deliberação judicial, consistente na aplicação concreta das normas abstratamente válidas no ordenamento.

Dois princípios jurídicos que revelam demandas sociais distintas podem conviver harmonicamente no direito sem que isso signifique contradição. A propriedade, por exemplo, é expressão simultânea de princípios opostos. Nela há um princípio egoísta que priva a coletividade do uso e gozo de um determinado bem, mas também há um princípio social que restringe o uso abusivo do direito de propriedade e impõe que mesmo a propriedade individual contribua para a riqueza de toda a coletividade. A validade abstrata e universal de um princípio não ameaça nem compromete a validade abstrata e universal de outro princípio que lhe seja inteiramente oposto. A integridade contesta a ideia já exposta de que “diferentes ideologias produziram partes diferentes do direito” (DWORKIN, 2003, p. 325), pois o que ocorre não é acréscimo de novos direitos, mas a reinterpretação de todo o ordenamento.

O direito de propriedade na Inglaterra do século XVIII era formulado como expressão máxima do individualismo. Entretanto o direito de propriedade não surgiu no Liberalismo. Na Idade Média ele tinha conteúdo totalmente distinto. O Liberalismo reinterpretoou o direito de propriedade atribuindo-lhe um significado compati-

separa a doutrina da deliberação judicial, ou de qualquer outro aspecto da aplicação do direito. [...] Qualquer argumento jurídico prático, não importa quão detalhado e restrito seja, adota o tipo de fundamento abstrato que lhe oferece a doutrina, e, quando há confronto entre fundamentos antagônicos, um argumento jurídico assume um deles e rejeita os outros. Deste modo, o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos. A doutrina é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredito” (DWORKIN, 2003, p. 112-113, grifos nossos).

vel com o paradigma dominante, que não mais permitia a vinculação do camponês a terra, por exemplo.

O mesmo ocorre na passagem do paradigma Liberal ao paradigma Social. O surgimento do Estado Social não significa apenas o nascimento de novos direitos, mas sim a redefinição do próprio ordenamento, que imprime novo conteúdo aos direitos existentes, não mais interpretando a propriedade como exclusiva expressão de individualismo ao exigir que ela atenda a uma função social. A função social não é um apêndice agregado ao direito de propriedade. É parte constitutiva e intrínseca do próprio direito de propriedade. De modo semelhante, o Direito do Trabalho não é apenas um novo sistema de direitos autônomo adicionado à tábua de direitos do Liberalismo. É uma das consequências de uma nova interpretação da própria liberdade de contratar.

Por isso o conflito entre princípios *prima facie* válidos no ordenamento é apenas aparente. O problema da aplicação não se resolve tentando valorar abstratamente um princípio para estabelecer uma ordem de precedência, pois isso significaria dizer que há direitos fundamentais de primeiro e segundo escalão, quando na verdade todos valem igualmente no ordenamento.

A solução do problema deve ser buscada na “dimensão da adequação” (DWORKIN, 2003, p. 277)¹³, o que significa que os sujeitos do direito devem procurar no ordenamento, entre todos aqueles princípios abstratamente válidos no direito, aquele que significará a manutenção da coerência e da integridade de todo o sistema.

O princípio adequado só pode ser definido em cada caso e de acordo com o contexto especial de cada situação. Não quer dizer que todo evento semelhante exigirá sempre a aplicação do mesmo princípio, pois nunca haverá dois casos absolutamente idênticos. A

¹³ O autor também usa as expressões “questões de adequação”, “teste de adequação” e “exigências necessárias de adequação”, que consistiriam em verificar qual lei ou entendimento jurisprudencial seria pertinente diretamente ao caso e, em seguida, sua adequação a normas cada vez mais gerais, tal como “uma série de círculos concêntricos”. Esse método identifica, é claro, prioridades locais que podem ser identificadas com as áreas do direito, porém estabelece que mesmo o princípio local escolhido para resolver a questão deve estar de acordo com normas gerais que, em última análise, exigirão a adequação do caso à própria Constituição. O conceito de *adequabilidade* utilizado por GÜNTHER (2004) para esclarecer a solução de concorrência de princípios tem suas raízes no “teste de adequação” de Dworkin e funciona de maneira semelhante. Entretanto, Günther, diferentemente de Habermas, é um jurista e, portanto, formado sob a forte influência da jurisprudência de valores do Tribunal Constitucional da Alemanha. Talvez por isso, apesar de partir da teoria de Dworkin e ser um colaborador de Habermas, suas conclusões retornam à ideia do direito como um caso especial da moral (GÜNTHER, 2004).

justiça só pode ser produzida numa situação vivenciada no mundo, e não a partir de um valor abstrato que desconsidere as especificidades do caso, que, por mais semelhante que seja a outros, é sempre único, como qualquer experiência humana.¹⁴

Compreendendo o sistema jurídico em sua integridade, não é necessário fracionar dois princípios para que a dimensão pública e privada possa caber em uma mesma decisão.

Eventualmente pode verificar-se verdadeira contradição no conflito de normas no que diz respeito a sua validade abstrata, como num caso em que duas leis exijam condutas diferentes numa mesma hipótese. Nesses casos, a integridade só pode ser mantida eliminando-se a contradição do ordenamento por meio da declaração de invalidade de uma delas, como ocorre no controle de constitucionalidade.

Porém, se as normas concorrentes são válidas no ordenamento, não se pode falar em contradição abstrata, mas sim de concorrência no caso concreto. Isso quer dizer que no momento da aplicação do direito duas normas são apenas *prima facie* aplicáveis. A aplicação do direito consiste na tarefa de se escolher qual princípio é adequado à solução de um determinado caso.

Haverá, em cada caso, uma única norma adequada a suas especificidades e aos interesses em jogo. Cada caso concreto é um evento único, não repetível e que, portanto, não se satisfaz com decisões formuladas a partir de valores aprioristicamente cotejados. Nas palavras de Dworkin (2003, p. 492, grifos nossos):

O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política em mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os

¹⁴ Como bem resume Carvalho Netto (2003, p. 160-161, grifo nosso): “É nesse sentido que Ronald Dworkin pôde afirmar que há uma única decisão correta para cada caso, não é em termos de que só seja possível uma única leitura de um texto legal. [...] não somente que um texto admite várias leituras, mas que o horizonte de possibilidade das leituras se altera com as mudanças sociais verificadas ao longo do tempo. Por isso mesmo, para ele, *não temos acesso ao fato, mas a leituras que fazemos desses fatos.* [...] a nossa condição no mundo é hermenêutica”.

princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão.

A certeza de que o direito pode oferecer é a mesma certeza da compreensão em qualquer linguagem. Afirmar que o direito corresponde a interpretação não lhe retira sua certeza nem o remete a decisões arbitrárias. A integridade exige a adequação entre textos e contextos. Assim como uma palavra só tem significado na frase, a regra jurídica só ganha densidade normativa no caso concreto.

A certeza e segurança do direito decorrem de que é possível estabelecer um sentido correto para uma lei da mesma forma que é possível estabelecer um sentido correto para um ato de fala. A correção dos atos de fala não é estabelecida em abstrato, mas sim diante de um contexto concreto que permite avaliar e precisar o sentido da comunicação e sua correspondência a fatores circundantes.

Portanto, ainda que uma palavra possua inúmeras conotações, o contexto em que é usada permite concluir qual é, numa certa frase, seu correto significado.¹⁵ Essa conclusão será tanto melhor quanto for capaz de permitir a compreensão necessária à comunicação no contexto dos falantes. Por isso não pode ser arbitrária, pois, como toda linguagem é pública, o próprio texto possui um conjunto de significados abstratos que delimitam seu uso, de modo que a certeza da compreensão, ainda que se opere apenas em situações de uso concreto, também remete à observância de sentidos gerais e abstratos.

Do mesmo modo, o sentido de certa lei não é uma questão prévia a sua aplicação. O texto da lei é parte do problema interpretativo, mas isso não significa que não seja possível chegar a um sentido correto para um determinado caso em que aquela lei encontra aplicação. A interpretação construtiva não é interpretação arbitrária, pois estará sempre restrita pelos limites impostos por um preceito geral e abstrato.

¹⁵ Ainda que a correta interpretação nos leve, num certo caso, a reconhecer a existência de um trocadilho, isso não invalida o fato de que é possível concluir, com certeza, que se trata de uma afirmação de duplo sentido. A compreensão não requer a certeza na unicidade dos sentidos das palavras, mas sim no conteúdo que pretendem comunicar.

Da mesma maneira que em toda comunicação há um significado melhor, que pode ser construído de forma hermenêutica, em todo conflito jurídico há uma resposta ou decisão que, melhor que as demais possibilidades interpretativas, contempla as expectativas de produção da justiça no caso concreto e, simultaneamente, atende às exigências de abstração e generalidade das normas jurídicas. Integridade significa buscar tal resposta, que só vale no contexto único e não repetível do caso concreto, sem perder o lastro de validade e legitimidade abstrata imposto pela Constituição.

3.1 Uma falha congênita na proporcionalidade: a impossibilidade de maximizar simultaneamente duas normas jurídicas

A decisão judicial exige a escolha entre princípios aplicáveis ao caso. A escolha de um entre estes não retira a validade abstrata dos demais, apenas indica qual é o mais adequado às particularidades únicas de uma certa e determinada situação concreta. Ainda que o juiz acredite aplicar simultaneamente dois ou mais princípios, ele necessariamente escolherá apenas um deles. Inadvertidamente, isso fica explícito num exemplo dado pelo próprio Alexy (1993).

Para demonstrar como funcionaria a aplicação proporcional de princípios, Alexy (1993, p. 33) imagina uma hipótese de concorrência entre princípios na aplicação de uma lei que imponha quarentena vitalícia devido a uma epidemia. Nesse caso, entrariam em conflito o direito à liberdade, segundo o qual não se poderia obrigar alguém a uma quarentena vitalícia, e a necessidade de preservação da saúde pública ameaçada pela epidemia de uma doença incurável e contagiosa.

Alexy (1993) admite que o método da proporcionalidade só informa a direção dos argumentos, mas não garante qualquer resultado. Como já exposto anteriormente, o resultado depende das preferências do julgador. Se o juiz considerasse os direitos individuais como mais *valiosos*, ele declararia a quarentena inconstitucional. Já um juiz que acreditasse que as políticas de saúde pública são mais *valiosas* a consideraria constitucional.

Aí entra em cena seu sistema de prioridades *prima facie*. Partindo do pressuposto de que os direitos individuais devem ser sempre priorizados quando em confronto com outros direitos, Alexy (1993) determina que a solução deve expressar tal prioridade. Sendo a liberdade individual mais *valiosa* por si só, isto é, sendo prioritária frente a outros princípios, eliminar-se-ia a incerteza quanto à constitucionalidade da medida proposta pela lei da quarente-

na vitalícia. O juiz estaria *moralmente obrigado* a priorizar os direitos individuais e declarar a inconstitucionalidade da lei, pois um discurso racional sobre direitos inclui uma preferência *prima facie* dos direitos individuais sobre os bens coletivos. "A solução da quarentena vitalícia para o problema da SIDA não sobreviveria à prova do discurso racional, *porque este impossibilita dita preferência*" (ALEXY, p. 35). Note-se: o discurso racional impossibilita de pronto, *ex ante*, a preferência pelo princípio concorrente. Perceba-se que a solução é afastada não porque produza injustiça no caso concreto, mas porque viola uma preferência absoluta previamente estabelecida.

Há aí dois problemas. O primeiro deles é mais evidente, pois revela uma incoerência interna do argumento. A Teoria dos Princípios exige um sistema de estrutura de ponderação que permita que ambos os princípios sejam aplicados simultaneamente. Como equivaleriam a valores, os princípios deveriam ser quantificados e aplicados em frações ótimas. Em vários trechos de sua obra, Alexy (1993) exige que o resultado da argumentação racional deva contemplar todos os princípios jurídicos *adequados* e *necessários* ao caso, produzindo um Ótimo de Pareto. O resultado alcançado deveria expressar uma *prioridade maior* de um princípio e uma *prioridade menor* de outro. No caso em que um direito individual esteja em conflito com um bem público, como no exemplo por ele formulado, o resultado deveria expressar maior prioridade pela liberdade individual, mas também deveria reservar lugar para o bem coletivo.

No entanto a ponderação falha nesse intento, pois não se explica em que medida o bem coletivo foi contemplado. Alexy (1993) simplesmente opta pela liberdade e afasta a saúde pública. Ótimo de Pareto é um conceito que expressa ponderação relativa entre dois ou mais valores, mas na prática Alexy aplica um dos princípios e não esclarece como o outro pode ter sido também respeitado na mesma decisão. Não se esclarece a *proporção* em que o segundo princípio seria contemplado, fazendo simplesmente desaparecer um dos eixos do gráfico de ponderação e, com ele, o próprio significado de um ótimo paretiano.

Não se trata de uma hipótese mal formulada nem de um exemplo mal escolhido. Trata-se de uma incoerência do método. Se ao decidir o juiz aplica apenas um dos *valores*, não há variáveis a serem otimizadas e, portanto, não há Ótimo de Pareto. Mas a ideia central da proporcionalidade é que a aplicação dos direitos fundamentais exige sempre um Ótimo de Pareto. Porém, no exemplo dado pelo próprio Alexy, isso não ocorre.

Poderíamos tentar imaginar outras situações e em nenhuma delas conseguiríamos aplicar simultaneamente dois princípios di-

ante de um caso, pois no momento da aplicação deve-se escolher um, e somente um, princípio *adequado*. Mesmo no exemplo da ação criminal mencionado no item 2, em que concorrem, de um lado, o direito à própria honra e à própria imagem e, de outro, o direito à informação e à liberdade de expressão, não ocorre aplicação proporcional. A simultaneidade é ilusória. O que há são várias escolhas frente a bens jurídicos distintos dentro de um mesmo processo.

Se o juiz opta por proteger a imagem do acusado e das testemunhas, mas permite a divulgação de seus nomes, ele não está aplicando ponderadamente dois princípios a uma mesma situação, pois são bens jurídicos distintos. Para cada bem jurídico, o juiz faz uma opção, aplicando-lhe um único princípio que julga adequado. No caso do direito à imagem, não houve nenhuma proporção de aplicação do direito à informação ou da liberdade de expressão. O juiz estaria avaliando que a exposição da imagem é desnecessária, pois nega à imprensa e a toda sociedade conhecer a imagem do indiciado. No caso da divulgação do nome, o juiz estaria autorizando o exercício da liberdade de imprensa e negando a tese do direito à honra e à boa reputação do acusado. Em nenhum dos casos há Ótimo de Pareto. Aplica-se um princípio em detrimento *integral* do outro.

Num mesmo processo podem existir vários direitos em jogo, concorrendo para cada qual vários princípios abstratamente pertinentes. E cada um desses direitos exigirá uma decisão própria. A soma dos vários direitos questionados num mesmo caso concreto não produz um Ótimo de Pareto. Ainda que haja uma coordenação entre todos eles, pois todos envolvem os mesmos eventos, o resultado não indicaria uma ordem de preferência, mas apenas um resultado composto a partir de decisões relacionadas a uma situação fática única e irrepetível.

3.2 Crítica ao critério de subsunção: todo discurso de adequabilidade é interpretação

O segundo problema revelado pela solução de Alexy (1993) à discussão sobre a constitucionalidade da lei de quarentena vitalícia diz respeito à sua própria concepção de direitos. O autor acredita que os direitos definitivos são dados pela própria norma jurídica (as regras), enquanto os princípios jurídicos não são propriamente direitos, porque equivalem a valores morais que não se sujeitam à subsunção, mas sim à otimização proporcional.

De acordo com sua Teoria dos Princípios, os direitos aplicar-se-iam por subsunção. Somente depois de verificada a impossibilidade

de da subsunção do fato à norma nas etapas da *adequação* e da *necessidade* é que teria início a argumentação racional. Nesse sentido, no processo de subsunção não haveria argumentação racional, pois as regras regulariam suas próprias condições de aplicação.

Todavia o autor não percebe que sua construção transforma os *direitos definitivos* (e por fim quaisquer direitos) numa questão de fato, e não numa questão de lógica jurídica. Diferente do que acredita, as regras não regulam sua própria forma de aplicação, pois mesmo aquelas regras precisas e detalhadas só ganham densidade normativa diante de um contexto de aplicação.¹⁶

Isso não quer dizer que as palavras não possam ter um significado prévio que permita sua compreensão abstrata. Quer dizer apenas que, quando se está diante de um caso concreto, a subsunção não é uma questão de fato. Não é uma contingência ou limitação extrajurídica. A decisão de aplicar uma regra a um caso, por mais precisa que a regra possa ser, exige uma confrontação de argumentos.

Num processo judicial, por exemplo, o juiz sempre terá de levar a sério os argumentos de ambas as partes, mesmo quando o que as partes estejam discutindo seja o cabimento ou não de uma lei ou súmula sem grande complexidade. O juiz deverá tratar todos os casos como se fossem difíceis não no sentido que uma boa decisão é uma decisão prolixa ou rebuscada, mas no sentido de que não se pode desprezar o potencial de verdade trazido por ambas as partes, ainda quando a solução pareça evidente.

Tratar um caso como difícil ou levar os direitos a sério não significa criar dificuldades artificiais nem usar o processo como exercício de erudição. Significa apenas que o juiz ou tribunal não pode tomar a norma – trate-se de lei, súmula ou precedente – como etapa final do julgamento. E só poderá fazê-lo se dispondo a tomar conhecimento dos argumentos contrários presentes no caso e tratando o processo como um texto a ser interpretado.

¹⁶ “ *Todas as normas vigentes são naturalmente indeterminadas*, inclusive aquelas cujo componente ‘se’ explicita a tal ponto as condições de aplicação, que elas somente podem encontrar aplicação em poucas situações típicas padronizadas e muito bem descritas (e podem encontrar aplicação sem dificuldades hermenêuticas). Constituem naturalmente exceções as normas que Dworkin caracteriza como ‘regras’ e que, em casos de colisão, exigem uma decisão em termos de tudo ou nada. A coerência de um sistema de direitos é realmente ameaçada, quando regras conflitantes desse tipo prevêm para o mesmo caso de aplicação prescrições contraditórias e que pretendem ter a mesma validade. Todas as demais normas continuam indeterminadas com relação à sua situação, necessitando de interligações *suplementares* no caso concreto – e isso vale não somente para os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito, à luz dos quais o sistema jurídico pode ser justificado em sua totalidade” (HABERMAS, 1997, p. 269-270, grifos nossos).

O resultado de tal procedimento nunca será o retorno à vontade original do legislador, muito menos a revelação de um direito definitivo já contido na norma, mas apenas um convencimento a partir de argumentos, a melhor compreensão possível do texto. Mesmo no caso das regras é necessário recorrer à argumentação, pois toda compreensão é interpretação.

Do modo como Alexy (1993) elabora suas fórmulas de adequação e necessidade como etapas prévias ao discurso de argumentação racional, corre-se o risco de engessar a compreensão do direito como um dado *a priori*, retornando-se àquele ideal da hermenêutica como *revelação da vontade da lei*, segundo a qual o juiz ou tribunal exerce uma tarefa muito mais próxima do sacerdócio do que de uma função na estrutura administrativa do Estado. Esse *superego* da sociedade seria a instância capaz de dirimir os conflitos encontrando um direito com existência anterior, pois já contido dentro da regra abstrata vigente no ordenamento, cuja aplicação é regulada por si própria e não por um processo de interpretação que leve em conta os melhores argumentos no caso.

Esse problema também aparece no exemplo da quarentena vitalícia. Para poder chegar à etapa da proporcionalidade em sentido estrito, o autor simplesmente dá como pressuposto que aquela lei seja tanto adequada como necessária. Mas só é possível assumirmos esse pressuposto se admitirmos que a adequação e a necessidade já tenham sido objeto de um debate fundado em argumentos.

Para que se afirme que uma lei é adequada é preciso ter em vista o objetivo a que se propõe e os direitos que atinge. Só poderíamos admiti-la como adequada se levássemos em conta os argumentos contrários, que poderiam questionar que a lei, por qualquer razão, não se prestaria ao objetivo de controlar a epidemia. Isso já seria uma conclusão feita a partir de um discurso racional orientado por argumentos, e não um silogismo pelo qual se extrai uma conclusão tendo por base uma premissa maior (norma) e uma premissa menor (fato), pois não é uma mera questão *fática*. A interpretação jurídica tem início antes da etapa denominada de argumentação racional, pois desde o início se está diante de uma interpretação daquilo que é juridicamente devido.

Um defensor da proporcionalidade poderia afirmar que a separação dos portadores de uma doença contagiosa e, por consequência, o isolamento do agente biológico que a provoca são dados *fáticos*. Mas também se poderia questionar a eficiência de tal isolamento a partir de dificuldades *fáticas*, como custos, espaço, grau de certeza de exames e muitas outras. Ambas afirma-

ções lidam com fatos, mas isso não afasta a conclusão de que elas são argumentos. Se for possível chegar à decisão de que tal medida é adequada ao objetivo que se propõe é porque terá havido um processo discursivo racional que avaliou que os argumentos favoráveis à lei seriam melhores que os argumentos contrários.

Exige-se um discurso racional mesmo sem que se tenha trazido ao debate a questão do outro princípio conflitante (a liberdade individual). Não há subsunção de um fato a uma regra autoaplicável. A decisão de adequação ou necessidade será sempre mediada por um procedimento discursivo fundado em argumentos, ainda que tal processo possa dar-se de maneira pouco evidente em casos que não exigem sofisticação hermenêutica.¹⁷

Por mais simples que sejam, as regras também têm aplicação principiológica. Queremos dizer com isso que, tal como se dá com os princípios, a compreensão de regras específicas e bem determinadas requer uma contextualização que permita atribuir-lhes um sentido coerente com as demais normas do ordenamento. Tal como ocorre com os princípios, a interpretação dessas regras exige uma interpretação que mantenha a integridade do direito como um todo.

Toda norma jurídica, como de resto toda experiência humana, equivale a texto, pois é compreendida por meio de linguagens socialmente compartilhadas. E o significado de qualquer texto é atingido dentro de um contexto comunicativo que lhe confere densidade interpretativa. Esses contextos cambiantes ao mesmo tempo modificam e mantêm o texto, permitindo ou excluindo novos sentidos e garantindo a continuidade e a certeza de seu significado.

Basta pensar, por exemplo, na norma clara e precisa do art. 5.º, XI, da Constituição e em quantos processos civis e criminais existem em nossos tribunais discutindo a amplitude da palavra *casa ali*

¹⁷ A título de mera ilustração, pode-se fazer um paralelo entre os discursos de argumentação em casos de pouca complexidade e a ideia de *pensamento automático* da psicologia cognitiva, segundo a qual os estados depressivos não decorrem diretamente das experiências vivenciadas, pois estas são mediados por um pensamento não percebido pelo paciente, resultante de hábitos e de uma dada maneira de encarar a vida e a si mesmo. O pensamento automático é, portanto, uma conclusão implícita e anterior ao estado patológico a partir de pré-compreensões já solidamente estabelecidas. Como se trata de um processo inconsciente, do qual o paciente não se dá conta, a literatura médica o denomina pensamento automático, propondo que algumas formas de estados depressivos podem ser solucionadas *cognitivamente*, isto é, fazendo com que o paciente seja capaz de identificar e corrigir tais formas de pensar, tentando encontrar argumentos contrários àquela pré-compreensão dominante. Portanto, mesmo atitudes aparentemente desprovidas de reflexão seriam na verdade resultado de interpretação.

contida.¹⁸ Seria inocência pensar que sua adequação a tão diversos casos se faz por subsunção, sem recorrer à confrontação de argumentos de adequação. Em suma, só é possível concluir que uma norma é *adequada* ou *necessária* por meio de uma argumentação sobre o significado dos direitos envolvidos.

A ideia de subsunção faz crer que a argumentação racional só tem início depois de definidos os fatos, como se os próprios fatos não fossem estabelecidos a partir de uma compreensão discursiva acerca de argumentos contrafactuais. A divisão entre subsunção e argumentação ponderada faz crer que os direitos já têm conteúdo completo, prévio e “definitivo” na própria norma, cuja aplicação seria um mero silogismo, ao passo que só haveria verdadeira interpretação quando não estamos diante de direitos, mas sim de valores morais. Contudo, a interpretação jurídica não é algo que ocorre apenas em casos difíceis e complexos, pois a própria definição de um caso como *fácil* ou *simples* é também uma forma de interpretação.¹⁹

A Teoria da Proporcionalidade acredita que a subsunção pode dar segurança à decisão judicial, mas a segurança jurídica não pode ser obtida à custa da exclusão ou da rejeição de valores minoritários, sob pena de oprimir as minorias que expressam tais valores. Compreendendo o direito como interpretação, percebe-se que não é possível tratar os direitos fundamentais como dados pré-interpretativos ou mera questão de fato, de modo que só podemos ter alguma certeza acerca da legitimidade e correção do julgamento jurídico se revelamos em cada caso concreto a teoria que lhe é subjacente, permitindo que se possa afirmar qual a melhor interpretação e dizendo, no caso, qual a única resposta adequada à Constituição.

Um exemplo conhecido a respeito disso é o caso Elmer (*Riggs vs. Palmer*), descrito por Dworkin (2003, p. 20). Nesse caso, ocorrido em Nova York por volta de 1880, um legatário exigia que lhe fosse adjudicada a herança mesmo tendo matado o testador, seu avô. A legislação da época não trazia qualquer vedação que estabelecesse o homicídio do autor da herança como exceção ao direito de herdar. Porém, o tribunal foi capaz de reconhecer que, mesmo não havendo norma escrita, a integridade do ordenamento seria com-

¹⁸ Diversos julgados do STF (RHC 90.376/RJ, HC 82.788/RJ, RE 230.020/SP, MS 23.452/RJ) discutem se um quarto de hotel, a sede de uma empresa ou o escritório de um contador onde ficam os livros de uma empresa investigada pelo fisco se incluem no conceito normativo de CASA para fins de impetração de *habeas corpus*.

¹⁹ Compreender um caso como fácil já decorre de interpretação. A teoria do direito como integridade serve para resolver não apenas casos difíceis, mas também os fáceis e, principalmente, para explicar “por que são fáceis” (DWORKIN, 2003, p. 317). Sobre a pseudodistinção entre casos fáceis e difíceis ver Dworkin (2003, p. 419).

prometida caso se ofendesse o princípio geral pelo qual ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza. O tribunal entendeu que o caso não poderia depender de previsão legislativa que fixasse exceção específica e negou ao homicida a adjudicação da herança.

Nesse caso havia uma regra clara que garantia ao testador a liberdade de dispor de seus bens em testamento e ao legatário o direito de receber tais bens destinados por um ato jurídico perfeito. Contudo, a mera subsunção do fato àquela regra levaria a uma injustiça porque a *premissa menor não coube na premissa maior*, isto é, o *elemento fático* da subsunção silogística tinha características que não poderiam estar previstas no *elemento normativo*, ainda que se tratasse de uma *regra* clara, precisa e sem exceções.

Seja no exemplo da violação de residência a partir definição do significado normativo da palavra casa, seja no caso Elmer, as normas jurídicas nunca serão capazes de prever todas as suas condições de aplicação, pois a cada instante surgem situações concretas de aplicação que jamais poderão ser previstas por qualquer legislador, pois a realidade é viva e requer a todo instante um novo olhar e uma nova compreensão.

A tradição jurídica brasileira é significativa em sobrecarregar todas as expectativas de cidadania na regulação abstrata dos direitos fundamentais. Certamente nosso Poder Judiciário não tem a mesma expressão simbólica no imaginário popular que em países como Alemanha e EUA, dominado que é pela imagem de morosidade e formalismo, sendo talvez exagerado entre nós tratarmos-lo por *superego da sociedade*. No entanto, independente de que instituição assuma melhor tal papel entre nós, o que importa é reconhecer que existe um hábito reiterado de depositar alhures o compromisso de realização do direito. E essa tradição está intimamente relacionada com o predomínio da ideia de subsunção, que não apenas deslegitima práticas legítimas de interpretação do direito, mas principalmente nos torna incapazes de vislumbrar ou produzir tais práticas. Passamos a depender de uma permanente regulação heterônoma e delegamos nossa capacidade de interpretar o direito de acordo com as exigências de nossa cidadania, como se toda prática social só pudesse ser legítima se ancorada numa autorização prévia.

Padecemos de um mal que nos obriga a depositar no processo legislativo a solução dos dilemas jurídicos e nos impede de articular e exigir um direito sem que ele primeiro esteja expressamente previsto na legislação, mesmo quando esse direito pode ser construído a partir de princípios gerais do direito já contemplados no ordenamento. Desde a emancipação de minorias à implementação

dos direitos do consumidor, percebe-se a tendência de se aguardar um ato legislativo antes que o direito seja articulado nos tribunais ou mesmo implementado nas práticas sociais, como se um direito só surgisse a partir de uma lei que *enquadra* a realidade.

A concentração de expectativas sobre o procedimento legislativo decorre exatamente de uma postura que não é capaz de interpretar o direito em sua integridade. Pensa que os direitos somente são “definitivos” se puderem ser extraídos de uma “regra” jurídica usando-se um processo silogístico, pois, acredita-se, na regra estariam presentes todas as hipóteses de sua aplicação. Fora da subsunção teríamos não direitos, mas valores que, ainda que nobres e desejáveis, só podem se tornar exigíveis se *oficializamos* a preferência de algum segmento da sociedade e o tornamos a referência moral a ser seguida.

Conclusão

O sistema de prioridades *prima facie* estabelecido pela Teoria dos Princípios de Robert Alexy ameaça o pluralismo inerente à democracia porque transforma os direitos fundamentais em uma escala concreta de valores morais a ser ministrada pelo juiz à sociedade e recupera a ultrapassada ideia de uma constituição material superior à constituição formal, como se houvesse dentro da mesma ordem constitucional direitos fundamentais de primeira e segunda classe.

A proporcionalidade em sentido estrito requerida pelo sistema de estruturas de ponderação não atende a seus próprios requisitos, pois não consegue mensurar a aplicação dos princípios jurídicos a serem *otimizados em menor proporção*. A proporcionalidade em sentido estrito exige que, mesmo preteridos, os princípios secundários na ordem de priorização também devem ser otimizados, ainda que em grau inferior. Porém, a teoria não realiza essa exigência em situações de aplicação, porque não esclarece como a preferência de um princípio a partir do sistema de prioridades *prima facie* permite que os demais sejam também observados, e muito menos esclarece a medida, ou proporção, em que podem ser observados, eliminando a simultaneidade pretendida. A proporcionalidade promete um Ótimo de Pareto que não é capaz de alcançar.

A ideia de direitos definitivos estabelecidos por subsunção, também exigida pelo sistema de estruturas de ponderação, trata os direitos como fatos e elimina o caráter hermenêutico inerente a qualquer texto jurídico e prática social. A subsunção nega a condição hermenêutica da existência humana, acreditando que todas as

hipóteses de aplicação de uma norma podem estar desde o início nela contidas, como se um texto concreto – seja lei, jurisprudência ou convenção social – pudesse ser mais amplo que a própria imaginação humana.

Afastando, por suas contradições internas, tanto seu sistema de prioridades *prima facie* como seu sistema de estruturas de ponderação, resta da Teoria dos Princípios de Alexy apenas um vago sistema de condições de prioridade. Mas, como vimos, tal sistema consiste no levantamento histórico de decisões predominantes no passado, o que, obviamente, também requer contextualização e interpretação, afinal, a história judicial não consiste em desenterrar artefatos arqueológicos que poderiam ser ordenados em diferentes prateleiras de uma estante. Ou, como afirma Dworkin (2003, p. 114):

nossa cultura nos apresenta as instituições jurídicas e a idéia de que elas formam um sistema. A questão de quais características próprias as fazem combinar-se para formar um sistema jurídico bem definido faz parte do problema interpretativo. Não é um dado da estrutura pré-interpretativa, mas parte do processo polêmico e incerto de atribuir significado ao que encontramos.

No fim das contas, encontramos na base da Teoria dos Princípios não um dado e estabelecido sistema de condições de prioridade, mas sim histórias de experiências humanas a serem compreendidas e interpretadas.

Referências

- ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. México: Distribuciones Fontamara, 1993.
- _____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 509-520.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** Justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução do alemão: Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.