

1. TRANSFORMAÇÕES DA HERMENÊUTICA JURÍDICA: DO JUSNATURALISMO AO PÓS-POSITIVISMO

1.1. Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

Por muito tempo a Filosofia do Direito foi compreendida como um segmento da Filosofia. Valer-se de tal premissa é estabelecer os mesmos critérios, dar seguimento nos mesmos passos da Filosofia na sua compreensão genérica. A Filosofia do Direito permaneceu entrelaçada com os pensamentos dos filósofos que não utilizavam o Direito como objeto de estudo, mas analisavam as questões morais, de justiça e de ética.

A partir de Hegel a investigação filosófica começa a voltar-se para o Direito. A Filosofia do Direito torna-se autônoma. Miguel Reale¹ distingue a Filosofia Jurídica implícita da Filosofia Jurídica explícita. A Filosofia Jurídica implícita parte do pensamento da Filosofia genérica, sem consciência da autonomia do seu objeto, corresponde, no mundo ocidental, ao período dos pré-socráticos até Kant, enquanto que a Filosofia Jurídica explícita estabelece o objeto próprio de investigação. Expõe Reale:

Ao mesmo tempo que se reconhece que o pensador do Direito não pode prescindir de conhecer o ramo ao qual se dedica, não pode muito menos estar despreparado para pensar filosófica e adequadamente os problemas. Em outras palavras, quer-se dizer que se reconhece a importância ao fato de que a Filosofia lance luzes sobre a Filosofia do Direito, e vice-versa, mas não se pode afirmar que a Filosofia do Direito esteja atrelada, perdendo sua autonomia, à Filosofia. O que ocorre é que, por especialização, a Filosofia do Direito tornou-se, historicamente, um conjunto de saberes acumulados sobre o Direito (objeto específico), distanciando-se da Filosofia, como a Semiótica se distanciou da Lógica. Ocorrendo isso, não significa que se deva menosprezar a sede primigenia do contato histórico, ou muito menos a importância da ligação teórica ou, ainda, a necessidade de a espécie relacionar-se com o gênero.²

A história da Filosofia do Direito remonta da generalização filosófica dos pré-socráticos, dos sofistas, de Sócrates, Platão, Aristóteles, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino. Ganha dimensionamento na modernidade no século XVII. Franco

¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 285 e 286.

² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 46.

Montoro³ entende que a autonomia da Filosofia do Direito é ainda mais antiga, datando do século XVI com Francisco de Vitoria, F. Suárez e Grocio.

A obra *Princípios da filosofia do direito* de Hegel difunde a Filosofia do Direito por toda a Europa, embora não seja um marco pacífico, pois “Esta história é vivida de idas e vindas, passando por todo o tipo de oscilação, inclusive, neste próprio século que entrou para a história reconhecido como o positivismo nas ciências, inclusive no conhecimento jurídico.”⁴ Com um posicionamento crítico frente ao direito natural e a escola histórica, Hegel comprehende a Filosofia do Direito enquanto manifestação da lógica, é no conceito de Direito que deve ocorrer toda a análise, uma vez que, existe e sua existência é racional⁵, o racionalismo é notório no seu pensamento, conforme se extraí do seguinte excerto:

A Filosofia do Direito é um saber crítico a respeito das construções jurídicas erigidas pela Ciência do Direito e pela própria *práxis* do Direito. Mais que isso, é sua tarefa buscar os fundamentos do Direito, seja para cientificar-se de sua natureza, seja para criticar o assento sobre o qual se fundam as estruturas do raciocínio jurídico, provocando, por vezes, fissuras no edifício que por sobre as mesmas se ergue.⁶

A hermenêutica jurídica enquanto ramo integrante da filosofia do direito inicia-se, por assim dizer, com a tópica e a obra, publicada em 1953, *Tópica e Jurisprudência* de Theodor Viehweg. A tópica volta-se para pensar o problema, tratá-lo e conhecê-lo através do debate e da descoberta de formas de argumentação. Segundo Bonavides, “trata-se de uma técnica de chegar ao problema ‘onde se encontra’, elegendo o critério ou os critérios recomendáveis a uma solução adequada”⁷

O direito europeu tinha na escola livre do direito e na jurisprudência dos interesses o embasamento material do Direito, a teoria de Viehweg apenas ensejou a hermenêutica contemporânea, que posteriormente é completada pelo direito anglo-americano, conforme Bonavides:

³ MONTORO, Franco. *Estudos de Filosofia do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 44.

⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49

⁵ Fica evidente a célebre frase do filósofo: “o que é racional é real; o que é real é racional”. HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1990. p. 13

⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. *op. cit.* p. 59

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.506

O direito anglo-americano do *case law* revela uma estrutura tópica que faltava ao direito europeu codificado e sistematizado. Na esfera teórica o conceito de interesse introduzido por Ihering já possuía, segundo Viehweg, sem embargos de refutação que nesse ponto lhe faz Diederichsen, a feição de uma categoria tópica, sendo a jurisprudência dos interesses estruturalmente de natureza tópica.⁸

Alguns autores opõem-se ao pensamento de Viehweg, principalmente Diederichsen e Canaris, pois entendem que o conceito de tópica não se acaba por completo na jurisprudência e que o raciocínio tópico pode deixar de escanteio a congruência da ordem jurídica por prender-se muito ao problema isolado. Com a tópica o problema passa a ser o núcleo da operação interpretativa e a norma e o sistema começa a perder espaço⁹.

Todos os métodos clássicos são igualmente rebaixados à condição de pontos de vista ou *topoi*, a saber, instrumentos auxiliares que o intérprete em presença do problema poderá empregar ou deixar de fazê-lo, conforme a valia ocasional eventualmente oferecida para lograr a solução precisa.¹⁰

A interpretação possibilita uma maior abertura, permite uma melhor adequação das diversas situações ao ordenamento, trabalha com o sentido mais pragmático possível, para alcançar o tão almejado ideal de justiça.

Verifica-se, portanto, que a interpretação é construtiva para o Direito. Não cabe ao legislador, mas ao *sujeito-da-interpretação*, ou ao usuário da linguagem jurídica de modo geral, atribuir sentidos a textos normativos. Se o usuário for a um só tempo intérprete e aplicador, então a aplicação, a decisão, se forjará de acordo com uma interpretação sustentada em provas racionais. Com esse tipo de atitude ante a discussão da interpretação, não se está a atribuir o *texto em si* um sentido único; está-se, em verdade, a atribuir ao usuário o poder de “dizer” o sentido jurídico (*juris-dictio*).¹¹

1.2. Hermenêutica Jurídica no contexto das variadas abordagens interpretativas¹²

1.2.1. Interpretação jurídica e Jusnaturalismo

São Tomás de Aquino, com a ideia de lei eterna, e Santo Agostinho pregavam que a lei divina, perfeita e imutável era quem regia o Direito. “Na concepção tomista há uma lei eterna, uma lei natural e uma lei humana. A lei eterna

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 508

⁹ *Ibidem*. p. 509

¹⁰ *Ibidem*. p. 510

¹¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.607

¹² Para uma melhor coerência da pesquisa delimita-se a análise de quatro principais escolas: Direito Natural, Positivismo, Realismo e Pós-Positivismo.

regula toda ordem cósmica (céu, estrelas, constelações etc.) e a lei natural é decorrente desta lei eterna.”¹³

Pode-se afirmar que duas fases são marcantes no Direito Natural, uma iniciada na Cidade-estado Grega e a da Escola Clássica do Direito Natural que coloca a razão no centro.

Os diferentes autores da Escola Clássica do Direito Natural não necessariamente concordavam entre si. Autores como Henrique e Samuel Coccejo, Leibiniz e Joan Cristian Von Wolf adotaram uma posição antirracionalista afirmando, categoricamente, que Deus é a fonte última do Direito Natural, o que contrariava a famosa assertiva de Grócio: “O Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse, ou ainda que Deus não cuidasse das coisas humanas”.¹⁴

Ocorreu a transição do pensamento teocêntrico para o pensamento antropocêntrico nascido no Iluminismo. Deus, portanto, não é mais a resposta para as leis regentes, mas sim a natureza e o homem por meio da razão é que exterioriza esse entendimento.

1.2.2. Notas características do juspositivismo segundo Norberto Bobbio

As principais teorias juspositivistas foram mais desenvolvidas na segunda metade do século XIX. O positivismo abstrai os valores, desconsidera o direito natural, numa tentativa de sistematizar o Direito. Segundo Norberto Bobbio:

O Direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural: O jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formar juízos de valores.¹⁵

Norberto Bobbio aponta mais sete características do positivismo jurídico, além do modo de abordagem do Direito como primeira característica, aponta a segunda característica à teoria da coatividade do Direito, pois para que a norma vigore há a necessidade de impor certo nível de coação, também assinala a teoria da legislação que seria a terceira característica como fonte preeminente do Direito. A

¹³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 282

¹⁴ *ibidem*. p. 283

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006. p. 131.

quarta característica seria a teoria da norma jurídica, segundo a qual “(...) o positivismo jurídico considera a norma como um comando, formulando a teoria imperativa do direito, que se subdivide em numerosas ‘subcategorias’, segundo as quais é considerado este imperativo: como positivo ou negativo, como autônomo ou heterônomo, como técnico ou ético.”¹⁶

A quinta característica é a da teoria do ordenamento jurídico que considera todas as normas jurídicas vigentes na sociedade adotando os critérios de coerência e completitude.

A sexta característica, que é a abordada de forma mais intensiva no presente trabalho, refere-se ao problema da interpretação, pois o positivismo sustenta a interpretação mecanicista, tão debatida pelos hermeneutas pós-positivistas. Por fim, a sétima característica refere-se à teoria da obediência, segundo a qual a norma posta deve ser seguida sem questionamentos.

O Direito a partir da concepção positivista é comparado com as ciências exatas, há a distinção do juízo de valor e do juízo de fato, a abordagem *avvalorativa* do Direito.

O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o *juízo de fato* representa uma *tomada de conhecimento da realidade*, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de *informar*, de comunicar a um outro a minha constatação; o *juízo de valor* representa, ao contrário, uma *tomada de posição frente à realidade*, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas.¹⁷

Hans Kelsen na sua teoria pura do Direito defenderá o juízo de fato e a abordagem *avvalorativa* do Direito. Essa dicotomia será uma constante preocupação de Ronald Dworkin que não entende o Direito apenas como um juízo de fato, mas como uma ciência integrativa.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006. p.132

¹⁷ *Ibidem*. p. 135

1.2.2.1. A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen

Hans Kelsen em 1934 apresentou a primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, obra que se tornou referência nos estudos de hermenêutica jurídica. O autor austríaco revelou que a interpretação compreendida em essência como um ato de decisão, e não um ato de cognição. Demonstra, também, a concepção vertical do ordenamento jurídico.

No caso ordinário de interpretação da lei, a questão que demanda solução é a de tirar da norma geral da lei, aplicada a fatos concretos, a correspondente norma individual de uma decisão judiciária ou de um ato administrativo. Mas acrescenta ele existir também interpretação na Constituição na medida em que se faz mister aplicar a Constituição, isto é,¹⁸ em que urge aplicá-la com relação a um grau ou esfera mais baixo.

A pureza da teoria deriva da escolha metodológica do autor em procurar garantir um conhecimento exclusivo para o Direito, apartado de tudo aquilo que rigorosamente não pertença ao objeto, esta pretensão é explicitada no seguinte trecho da obra: “Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.”¹⁹ A norma sempre determinará uma conduta devida, real, e deverá ser objetivamente válida.

Para determinar o seu objeto, ou seja, a teoria do Direito, Hans Kelsen propõe que em primeiro lugar seja analisada a linguagem, isto é, o significado da palavra Direito. Chega à conclusão que Direito apresenta-se como ordens de conduta humana. Define ordem como um sistema de normas que só serão válidas se derivarem de um único fundamento de validade. “Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem”.²⁰

Em segundo lugar, assevera que às ordens de conduta humana são ordens coativas, pois nascem contra fatos indesejáveis e são aplicadas aos destinatários mesmo contra a sua vontade até, se for necessário, por intermédio de força física. O ato coativo funcionará como sanção, aplicada ao mau destinatário.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 462

¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.1

²⁰ *Ibidem*. p. 33

A moral, na concepção da teoria Pura do Direito, é uma moral positiva. Só sendo apreciada se estiver contida na conduta regulada pela ordem jurídica. Só se distingue Direito da moral, se for concebida uma ordem de coação.

(...) como uma ordem normativa que procura obter determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas, nela não entrando sequer em linhas de conta, portanto, o emprego da força física.²¹

A justificação do Direito pela moral só será possível se as normas estiverem em contraposição. A validade das normas jurídicas independe da moral e da ética, segundo Hans Kelsen, uma ordem jurídica poderá ser considerada válida mesmo que contraria a moral.

(...) a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo, alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.²²

O que importa, na realidade, é se a norma está inserida dentro de um ordenamento jurídico válido. Hans Kelsen foi muito criticado na pós-Segunda Guerra Mundial, pois muitos doutrinadores²³ afirmavam que o Partido Nacional Socialista Alemão dos Trabalhadores havia utilizado a teoria pura para justificar as leis antisemitas do holocausto.

A norma geral do Direito só será autêntica se for criada pela via legislativa ou consuetudinária. Quando o Tribunal aplica a norma geral ele realiza o processo de individualização, parte do abstrato para o concreto, e estatui uma sanção que poderá ser uma execução ou pena. O julgador deve observar qual norma geral em vigor ligará a sanção ao fato. “Depois de realizada estas duas averiguações, o que o Tribunal tem a fazer é ordenar *in concreto* a sanção estatuída *in abstracto* na norma

²¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 71

²² *Ibidem* p.71.

²³ Gustav Radbruch foi um crítico contumaz da *Teoria Pura do Direito*, pois para ele a organização do sistema jurídico proposto por Kelsen possibilitou a ascensão do nazismo. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 1.ed. Tradução Marlène Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

jurídica geral. Estas averiguações e esta ordem ou comando são as funções essenciais da decisão judicial”²⁴

A norma individual advinda do processo de subsunção da norma geral que implica uma sanção determinada pode ter origem tanto na decisão judicial, quanto na norma individual administrativa.

Hans Kelsen chama a atenção para a ignorância da norma jurídica individual:

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declara um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples “descoberta” do Direito ou júris-“dição” (“declaração do direito”) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. O tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar, quer dizer: se ela foi produzida segundo o processo prescrito pela Constituição²⁵ ou por via de costume que a mesma Constituição delegue.

A conduta do indivíduo é regulada pela ordem jurídica tanto positivamente, quanto negativamente, ou seja, pode ser permitida ou proibida. Uma ordem jurídica pode não conter uma norma geral que regule a conduta do indivíduo de modo positivo, mas nesse caso a conduta é regulada de modo negativo, uma vez que, o que não é proibido seria permitido. O que gera problemas na “teoria das lacunas” é a situação na qual nenhuma norma geral se coaduna ao caso concreto, obrigando o tribunal a criar uma norma correspondente, que na concepção da teoria pura do Direito é incabível, porque falta a premissa fundamental: a norma geral. De acordo com Hans Kelsen:

Esta teoria é errônea, pois funda-se na ignorância do fato de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta. A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso em que a teoria tradicional admite a existência de uma lacuna, logicamente impossível. Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular.²⁶

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 264

²⁵ *Ibidem*. p. 264

²⁶ *Ibidem*. p. 273

Tal pensamento afasta-se completamente da postura ativista que a jurisprudência exerce atualmente, pois se uma norma geral não foi inserida no ordenamento jurídico pelas vias autênticas, é porque era indesejável do ponto de vista político-jurídico e não porque houve uma evolução da sociedade e um engessamento do ordenamento.²⁷ Segundo Hans Kelsen:

Vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma “lacuna” só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação – logicamente possível – do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do Direito como não eqüitativa ou desacertada.²⁸

Também se pode afirmar que o Poder Legislativo quando elabora a norma presume que é adequado não antecipar determinadas situações que possam levar a um resultado insatisfatório, por isso é importante que o tribunal tenha uma jurisprudência unificada, uma norma jurídica individual única criada por ele para as lacunas do Direito, conferindo ao Judiciário autonomia para decidir segundo sua livre convicção, agindo, portanto, com discricionariedade. Ideia rejeitada pela teoria pura:

A tentativa de limitar esta atribuição de competência aos casos que o legislador não previu tem, no entanto, de esbarrar com o fato de o legislador também não poder determinar estes casos. Se os pudesse determinar, regulá-los-ia ele mesmo positivamente. A suposição do tribunal de que um caso não foi previsto pelo legislador e de que o legislador teria formulado o Direito de diferente modo se tivesse previsto o caso, funda-se quase sempre numa presunção não demonstrável. A intenção do legislador somente é apreensível com suficiente segurança quando adquirida expressão no Direito por ele criado.²⁹

A justificativa para a interpretação não extrapolar os limites do ordenamento jurídico é que o legislador antevê que em determinados casos onde existe a lacuna a ordem jurídica vigente, não pode ser aplicada e o tribunal deve trabalhar com a mesma ficção do legislador.

²⁷ Um exemplo interessante que Kelsen apresenta para ilustrar a situação é o seguinte: Se uma ordem jurídica não contém qualquer norma geral que imponha ao empresário o dever de indenizar o prejuízo causado por um empregado seu em serviço da empresa, e o tribunal tem, portanto, de rejeitar uma ação dirigida contra o empresário e apenas pode receber uma ação contra o empregado, a aplicação da ordem jurídica vigente será consideravelmente razoável por um liberal. A falta de uma norma jurídica geral que conduza à rejeição de uma demanda ou à absolvição de um acusado é geralmente considerada por este ou pelo demandado razoável e, portanto, como eqüitativa ou justa, e é tida pelo demandante ou acusador como insatisfatória, portanto, como iníqua ou injusta.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 274

²⁹ *ibidem*. p. 276

Há, entretanto, uma possibilidade mais aberta de interpretação quando a norma geral não prevê a norma individual e a decisão judicial cria o precedente. Decisão judicial de um tribunal de última instância que possui competência para criar segundo Hans Kelsen “(...) não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais”³⁰

O precedente pode ocorrer em dois casos: quando a norma individual de uma decisão judicial não é previamente estabelecida por uma norma geral e quando a determinação da norma geral não é inequívoca, permitindo diversas interpretações. A vinculação com casos idênticos ocorre em decorrência de a norma individual ser generalizada pelo próprio tribunal ou por outros tribunais também vinculados pelo precedente.

A criação de precedentes não descentraliza a função legislativa, porque a função central de criar as normas gerais ainda continua com o Legislativo, sendo reservado ao tribunal apenas a aplicação ao caso concreto as normas individuais, inclusive as que são generalizadas. Apesar de o sistema ser pouco flexível, defende Hans Kelsen que há “(...) a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais”.³¹

O autor estabelece uma diferença muito significante entre livre descoberta do Direito e o sistema da descoberta do Direito à lei ou ao direito consuetudinário. Uma norma geral deve conter um conteúdo de igualdade que na realidade não existe, por isso, a livre descoberta do Direito que flexibiliza o Direito não garante a justiça. O Direito acaba adquirindo um caráter individual que a decisão do caso concreto não pode ser vinculada a norma geral.

Se o órgão, perante o qual se apresenta o caso concreto a decidir, deve dar uma decisão “justa”, ele somente o pode fazer aplicando uma norma geral que considere justa. Como uma tal norma geral não foi criada por via legislativa ou consuetudinária, o órgão chamado a descobrir o Direito tem

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 278

³¹ *ibidem*. p. 279

de proceder pela forma que um legislador que, na formulação das normas gerais, é orientado por um determinado ideal de justiça.³²

O Sistema da descoberta do Direito vinculada à lei ou ao direito consuetudinário é para Hans Kelsen o que chega mais perto do “justo”, pois é feito pelo órgão designando para essa função, trata-se da interpretação autêntica. Na análise do autor,

A teoria, nascida no terreno do *common law* anglo-americano, segundo a qual somente os tribunais criam Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida do Direito legislado na Europa continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma o Direito mas apenas aplicam o Direito já criado. Esta teoria implica a ideia que só há normas jurídicas gerais, aquela implica a de ver só há normas jurídicas individuais. A verdade está no meio. Os tribunais criam direito a saber – em regra – Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor do Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica.³³

Pode-se afirmar a partir da leitura da *Teoria Pura do Direito* que o “ideal de justiça” não consegue plenamente alcançado, uma vez que o tribunal não é órgão adequado para produzir normas gerais. Observa-se, portanto, que a opção metodológica pelo afastamento da ponderação valorativa acaba sendo insuficiente para esta finalidade.

1.2.2.2. Positivismo moderno e o descritivismo teórico em Hebert Hart

Herbert Lionel Adolphus Hart pode ser enquadrado no rol dos positivistas, haja vista, sua abordagem teórico-dscritivista. Ele compreendia as regras como elemento fundamental do conceito de direito, pois sua noção de regra é imprescindível para a compreensão do ordenamento jurídico. Divide as regras em duas: regras primárias e regras secundárias. As regras primárias, geralmente, constituem um dever, ou seja, determinam um comportamento para as pessoas, enquanto que as regras secundárias estabelecem a formalidade da aplicação das primárias.

³² *Ibdem.* p. 281

³³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8 ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 283

Segundo expõe Herbert Hart:

O recurso criado para conciliar o caráter autovinculante da legislação com a teoria de que a lei é uma ordem dirigida a *outros* consistia em considerar os legisladores, agindo em caráter oficial, como *uma pessoa que dava ordens a outras*, que incluem eles próprios como cidadãos particulares. Esse recurso, em si mesmo impecável, exigia que complementasse a teoria com algo que está não contém: a noção de uma norma que define o que deve ser feito para legislar; pois é só em conformidade com essa norma que os legisladores têm uma natureza oficial e uma personalidade autônoma que contrapõem a eles mesmos enquanto indivíduos.³⁴

A regra primária apresenta falhas como a incerteza, pois não causam a identificação das regras do grupo, que só pode ser encontrada na regra de reconhecimento, também só poderão ser alteradas de acordo com a mudança dos costumes do grupo, e será o Poder Legislativo o responsável por inserir no ordenamento essas mudanças. Mas, o problema principal das regras primárias é a falta das pessoas indicadas para aplicar as sanções às pessoas que as infringem, ou seja, a formalidade do procedimento que só será resolvido pelas regras secundárias.

A solução para cada um desses três defeitos principais dessa forma mais simples de estrutura social consiste em suplementar as normas primárias de obrigação com normas secundárias, que pertencem a uma espécie diferente. A introdução de correção para cada um dos efeitos mencionados poderia ser considerada, em si mesma, uma etapa da transição do mundo pré-jurídico ao jurídico, pois cada recurso coercitivo traz consigo muitos dos elementos que permeiam o direito: certamente, combinados, os três recursos bastam para converter o regime de normas primárias em algo que é indiscutivelmente um sistema jurídico.³⁵

Em sua teoria, Hebert Hart apresenta a norma de reconhecimento, semelhante à norma hipotética-fundamental de Hans Kelsen, resguardadas as peculiaridades das teorias, trata-se de uma norma conclusiva sobre a regra do grupo. “Essa norma especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce.”³⁶

As regras de conhecimento aparecem na prática, geralmente pelos Tribunais e, como sempre o autor refere-se, aos funcionários capazes de identificá-las. Hebert Hart tem um pensamento moderno, pois diferencia as sociedades simples das

³⁴ HART. H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. pp. 104 e 105

³⁵ *Ibidem*. pp.121 e 122

³⁶ *Ibidem*. p.122

sociedades complexas. Na sociedade mais simples, a sociedade de “Rex”, as regras limitam-se as declarações de vontade do soberano (primárias), enquanto que, nas sociedades modernas a identificação da regra de reconhecimento depende de uma série de fatores.

A principal diferença entre a norma hipotética fundamental de Hans Kelsen e a regra de reconhecimento de Hebert Hart é que na primeira a norma é pressuposta, e na segunda tem a validade da regra determinada com sua aceitação pelos “funcionários” do sistema. Para a sua validade é necessário observar se a afirmação da regra é interna, se expressa uma regra ou se é uma afirmação externa que expressa um fato gerado pela regra. A dicotomia entre enunciados internos e externos é fundamental para o entendimento da formação do conceito de discricionariedade judicial.

Nos termos empregados por Hebert Hart,

Chamaremos à primeira dessas formas de expressão *enunciado interno*, porque manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usado por alguém que aceitando a norma de reconhecimento e sem explicitar o fato de que é aceita, aplica a norma para conhecer como válida alguma norma específica do sistema. Denominaremos *enunciado externo* a segunda forma de expressão, por ser a linguagem típica de um observador externo ao sistema, que sem aceitar ele próprio sua norma de reconhecimento, enuncia o fato de que outros a aceitam.³⁷

Na realidade a norma de reconhecimento conduz para as regras jurídicas produzidas pelo Legislativo, o juiz acede as regras de reconhecimento, sem inovar o sistema, apesar da existência dos enunciados externos com suas características fáticas. Não há como negar que Hebert Hart faz uma ponte entre o positivismo tradicional para o realismo jurídico, principalmente, porque alguns elementos por ele abordados assemelham-se a teoria de Alf Ross, conforme será verificado adiante.

Em um sistema jurídico evoluído, as normas de reconhecimento são evidentemente mais complexas; em vez de identificarem as normas exclusivamente pela consulta a um texto ou lista, o fazem por meio da referência a algumas características gerais das normas primárias. Pode ser, por exemplo, o fato de terem sido aprovadas por um órgão específico, ou sua longa prática consuetudinária, ou ainda por sua relação com as decisões judiciais.³⁸

³⁷ HART. H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.132

³⁸ *ibidem*. p. 123

Hebert Hart tenta responder as principais críticas feitas por Ronald Dworkin, principalmente as sobre a sua teoria do direito. Defende que a teoria por ele elaborada é geral porque não se dirige a nenhuma cultura jurídica específica, podendo ser aplicada em qualquer Estado, pois parte da regra de reconhecimento e descriptiva porque é dotada de neutralidade, não fazendo nenhuma avaliação moral.

Assim concebida, como ao mesmo tempo descriptiva e geral, a teoria do direito (*legal theory*) constitui uma empreitada radicalmente diferente da concepção que dela faz Dworkin (que costuma chamá-la de *jurisprudence*): a seu ver toda teoria do direito deve ter caráter parcialmente avaliativo e justificatório, bem como, “dirigir-se a uma cultura jurídica específica”, geralmente a do próprio teórico, e que no caso de Dworkin é do direito anglo-americano.³⁹

Enquanto que Hebert Hart entende que a regra de reconhecimento pode ser manifestada na prática dos tribunais, Ronald Dworkin acredita que os princípios só podem ser identificados por intermédio de uma interpretação construtivista, não decorrem necessariamente do próprio direito. Rebate a crítica de que a sua norma de reconhecimento, nada mais seria do que um positivismo brando, já que não garante o grau de certeza exato que buscavam os positivistas tradicionais.

Na terminologia de *Law's Empire*, as normas e práticas jurídicas que constituem os pontos de partida para a tarefa interpretativa de identificar princípios jurídicos subjacentes ou implícitos constituem o “direito pré-interpretativo”, e muito do que Dworkin diz a respeito deste último parece endossar o ponto de vista segundo o qual faz-se necessário, para essa identificação, algo muito semelhante a uma norma de reconhecimento (...)⁴⁰

Sobre a discricionariedade judicial Hebert Hart é claro em seu posicionamento:

Não obstante, haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito. Mas não deve fazê-lo arbitrariamente: isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador contencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores. Mas, desde que satisfaça a essas condições, o juiz tem o direito de seguir padrões ou razões que não lhe são impostos pela lei e podem diferir dos utilizados por outros juízes diante de casos concretos.⁴¹

³⁹ HART. H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 310

⁴⁰ *ibidem*. p. 343

⁴¹ *ibidem*. p. 352

1.2.3. Interpretação sob o enfoque do realismo jurídico

1.2.3.1. Vertente Norte-Americana do realismo jurídico

O desenvolvimento do realismo nos Estados Unidos nas décadas de 1920 e 1930 caminha conjuntamente a escola do direito livre europeia, entretanto, é no inicio da década de 1960 com a *Critical legal studies* é que o movimento ganha força com seus principais representantes: Karl Llewellyn, John Chipman Gray, Jerome Frank, Oliver Wendell Holmes.

A estrutura do realismo norte-americano contempla uma concepção funcionalista do direito, a concepção instrumentalista, do Direito como um veículo para solucionar as diferentes visões políticas do Estado.

A doutrina formalista considerou inicialmente, por exemplo, - para citar apenas este exemplo entre outros apresentados pela literatura realista, que é abundante a este respeito - , que a proteção jurídica dos nomes comerciais (trade names) visam a proteção dos consumidores. Mas a extensão de proteção que esse domínio conheceu quando mais nenhum perigo de confusão por parte dos consumidores era possível levou tanto a doutrina quanto os tribunais a retomar suas considerações e afirmar que, além de apelação comercial de um produto, sua forma particular, de fato, sua embalagem, assim como outras características do produto às quais os consumidores estão habituados, constituem para o fabricante um valor econômico e, consequentemente, um direito de propriedade que necessita de proteção jurídica com respeito a terceiros.⁴²

A *indeterminacy thesis*, os conceitos indeterminados e vagos das regras jurídicas aparecem dentro do realismo como um obstáculo a ser solucionado, porque a inexatidão das regras torna difícil a solução do caso concreto. Os realistas compreendem que sempre haverá uma margem de incerteza, mas que devem ser solucionadas nos *hard cases*. Apesar de ser considerado, por parte minoritária da doutrina, um integrante do realismo por sua teoria aproximar-se muito da teoria dos precedentes, Ronald Dworkin foi um crítico do realismo. Para ele o realismo era implausível enquanto teoria semântica.⁴³

Outra concepção realista é a do comportamentalismo ou *behaviorismo*, muito semelhante ao realismo escandinavo de Alf Ross, por considerarem que as

⁴² BILLIER, Jean-Cassien. MARYOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005. p. 253.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.45

decisões judiciais são resultado do entendimento pessoal do individualmente, ou seja, consideram-se os aspectos psicológicos dos operadores do direito. Jerome Frank é um dos pensadores que dotam essa ideia.

Mas há também aqueles que criticaram vivamente essas posições ditas extremas (Llewellyn), preconizando para a análise das decisões judiciais que se tomasse em consideração todos os determinantes sociais, econômicos e éticos ou políticos, além das características individuais da personalidade do juiz.⁴⁴

Por fim, é apresentada a teoria do anticonceitualismo que da mesma forma como a *indeterminacy thesis*, também utiliza os julgados dos Tribunais. Nessa concepção as decisões futuras devem acompanhar o máximo possível os modelos adotados pelos julgados anteriores dos tribunais, evitando dar novo conceito a fatos já definidos. “(...) a reflexão jurídica não deverá exprimir nenhum julgamento de valor a respeito desses modelos, e menos ainda elaborar uma teoria da justiça.”⁴⁵

1.2.3.2. Realismo Escandinavo e o Jogo de Xadrez de Alf Ross

O realismo escandinavo com a escola de Uppsala e a escola de Copenhagen, sempre se voltou para as preocupações antimetafísicas. Alf Ross foi o maior representante do realismo escandinavo, juntamente com Jorgense, Naess, Hägerströn, Olivercona, dentre outros. Sua principal crítica que se contrapõem a Hans Kelsen é que a validade jurídica baseia-se em uma construção realista, visando um conhecimento mais empírico.

Alf Ross trás a noção de realismo psico-sociológico que justifica a vigência como encontro do comportamento dos tribunais ao utilizarem a força das regras de direito e do fator psicológico para expressar a “obrigatoriedade social”. Importante à teoria traçada, uma vez que, auxilia na compreensão dos pós-positivistas e da especial atenção que deram para a interpretação da lei pelos tribunais.

Para compreender plenamente sua teoria o autor propõe imaginarmos um jogo de xadrez. As regras do jogo seriam as regras jurídicas diretivas que visam dirigir o comportamento humano para agir conforme o indicado. O terceiro que

⁴⁴ BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. História da Filosofia do Direito. Tradução de Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005. p. 257

⁴⁵ *Ibidem*. p. 259

observa o jogo e não conhece as regras não comprehende e as julga como sendo arbitrárias e desconexas. Expõe o autor que:

Se o observador nada conhece de xadrez não compreenderá o que está se passando. Com base em seu conhecimento de outros jogos provavelmente concluirá que se trata de algum tipo de jogo. Porém não será capaz de compreender os movimentos individuais ou perceber qualquer conexão entre eles. Terá, menos ainda, qualquer noção dos problemas envolvidos por qualquer disposição partículas das peças sobre o tabuleiro.⁴⁶

Mas se comprehende as regras, entende os movimentos como ações previamente previstas e as regras ganham sentido. A teoria do jogo de xadrez seriam regras técnicas, são os expedientes táticos, enquanto as regras do xadrez, ao contrário, são diretivas e tidas por cada jogador como socialmente obrigatória. Assim, Alf Ross analisa que:

As regras primárias do xadrez, por outro lado, são diretivas. Embora sejam formuladas como asserções a respeito da “capacidade” ou “poder” das peças em se moverem e “tomar”, fica claro que visam a indicar como deve ser jogado o jogo. Visam diretamente, isto é, não qualificadas por nenhum objetivo subjacente, a motivar o jogador; é como se lhe dissessem: joga-se assim!⁴⁷

Alf Ross ao longo da obra “Direito e Justiça” sempre usa a expressão socialmente obrigatória, um dos aspectos psicológicos, para demonstrar que o indivíduo sente-se vinculado as regras e que também sabe que a transgressão das mesmas pode gerar protesto do outro, no caso do jogo de xadrez, do adversário. Segundo enfatiza:

Essas diretivas são sentidas por cada jogador como socialmente obrigatórias, quer dizer, o jogador não só se sente espontaneamente motivado (“ligado”) a um certo procedimento como também está ao mesmo tempo seguro de que uma transgressão às regras provocará uma reação (protesto) de seu adversário. E deste modo, as regras primárias distinguem-se claramente das regras técnicas que formas a teoria do jogo. Um movimento estúpido pode suscitar espanto, porém não um protesto.⁴⁸

É contra o formalismo, pois a regra deve ser efetiva, o direito válido é o socialmente obrigatório. Por isso o direito vigente pode ser usado em analogia às normas vigentes do xadrez, as normas são acatadas, porque são experimentadas e sentidas, o que gera o conceito de “direito em ação” que versa sobre o agrupamento

⁴⁶ Ross, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. p.34

⁴⁷ *Ibidem*, p.37

⁴⁸ *Ibidem*, p.37

de atos jurídicos (fatos condicionantes) que postos em relação às normas jurídicas, podem ser pensados num todo com sentido.

Ademais, todos esses fatos condicionantes ganham seu significado específico como atos jurídicos através de uma interpretação feita à luz da ideologia das normas. Por essa razão, poderiam ser abrangidos pela expressão *fenômenos jurídicos* no seu sentido mais lato ou *direito em ação*.⁴⁹

Conveniente que a validade está ligada a um sentimento psicológico de obrigatoriedade, enquanto que a eficácia ocorre na aplicação das normas pelos juízes. “conclui-se disso que os fenômenos jurídicos que constituem a contrapartida das normas têm que ser as decisões dos tribunais. É aqui que temos que procurar a efetividade que constitui a vigência do direito.”⁵⁰

Sobre a discricionariedade judicial, Alf Ross segue a lógica semelhante a dos positivistas clássicos, pois quando ele fala em ordenamento jurídico está tratando das normas ditas “supraindividuais” que são normas particulares da nação. As escolhas dos juízes dependem do direito vigente. “Não é possível determinar o que é direito vigente por meio de recursos puramente comportamentais, ou seja, pela observação externa da regularidade das reações (costumes) dos juízes.”⁵¹ O juiz sente-se vinculado a ideologia jurídica em vigor, considera a norma vigente como socialmente obrigatória (elemento da natureza jurídica presente na mente do juiz).

Reconhece que os precedentes (a jurisprudência) são importantes para uma decisão judicial, uma vez que, se determinada regra foi escolhida para um caso similar, também será um forte motivo para o juiz utilizá-la. No seu entendimento a utilização dos precedentes serve para a boa administração da justiça por poupar tempo e exime a responsabilidade do juiz. Faz uma crítica pontual aos anglo-americanos quando diz que a doutrina do *stare decisis* é uma ilusão, porque a referida doutrina não reflete uma situação efetiva, já que os juízes do sistema de *civil law* não se sentem (aspecto psicológico do que é socialmente aceito) obrigados a decidir com base na jurisprudência. Para Alf Ross:

⁴⁹ Ross, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. p. 59

⁵⁰ *Ibidem*. p. 59

⁵¹ *Ibidem*. p.61

O Juiz é um ser humano. Por trás da decisão tomada encontra-se toda sua personalidade. Mesmo quando a obediência ao direito (a consciência jurídica formal) esteja profundamente enraizada na mente do juiz como postura moral e profissional, ver nesta o único fator ou móvel é aceitar uma ficção. O juiz não é um autômato que de forma mecânica transforma regras e fatos em decisões. É um ser humano que presta cuidadosa atenção em sua tarefa social, tomando decisões que sente ser *corretas* de acordo com o espírito da tradição jurídica cultural.⁵²

As críticas à teoria de Alf Ross são semelhantes às referidas a Hans Kelsen, porque os únicos fatos que interessam a ambos são os fatos jurídicos, ou seja, os fatos vinculados a uma norma jurídica. E aparece o problema da circulariedade, sua teoria depende das normas singulares que aplicam os juízes, mas que só conseguem identificá-las a partir das normas consideradas válidas.

Apesar da semelhança que o realismo guarda com o positivismo, ou melhor, o realismo seria um adendo do positivismo, Alf Ross avança muito o pensamento tradicional e chega a reconhecer a escola do direito livre.

As teorias do movimento do direito livre se acham mais próximas da verdade do que as teorias positivistas. Por trás da aparência dogmática-normativa há uma compreensão correta do fato de que a administração da justiça não se reduz a uma derivação lógica a partir de normas positivas. As teorias positivistas ocultam a atividade político-jurídica do juiz. Da mesma maneira como o jogador de xadrez é motivado não só pelas normas do xadrez, como também pelo propósito do jogo e pelo conhecimento de sua teoria, também é o juiz motivado por exigências sociais e por considerações sociológico-jurídicas. O papel desempenhado pelas considerações livres pode variar com o estilo de interpretação, porém jamais podem ser excluídos por completo.⁵³

1.2.4. Pós-Positivismo e protagonismo do Judiciário

1.2.4.1. A Teoria principiológica de Robert Alexy: O balanceamento e a ponderação

Devido à materialidade da Constituição e a enorme gama de direitos positivados em seu bojo, frequentemente poderá ocorrer o choque desses direitos fundamentais que exigirá do intérprete uma técnica própria, a fim de preservar cada norma envolvida. Não só o direito constitucional, como também o direito infraconstitucional, apresenta antinomias que necessitam ser esclarecidas pelo intérprete.

⁵² Ross, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. p. 168

⁵³ *Ibidem*. pp. 186 e 187

Várias são as razões para a utilização da ponderação no direito constitucional, entre elas podemos destacar: a inexistência de uma ordenação abstrata de bens constitucionais, formatação de muitas das normas do direito constitucional, fratura da unidade de valores de uma comunidade. Conforme Gomes Canotilho: “No momento da ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes num determinado caso.”⁵⁴

A ponderação sempre tentará obter uma solução justa para um conflito. Não é uma discricionariedade do intérprete, muito menos uma interpretação irracional fundamentada na casuística. A ponderação é um modelo de verificação e tipificação da ordenação de bens em concreto.⁵⁵

Para aplicar a ponderação, antes de qualquer coisa, deve-se observar em que medida um direito se coloca sobre outro direito também normativamente tutelado e qual o espaço que restará para cada direito conflitante. Importante a discussão a cerca do balanceamento e da ponderação, pois, necessário se faz criar técnicas para poder limitar o exercício dos direitos fundamentais e contrabalanceá-los com o fim precípuo de alcançar a justiça.

A ponderação aparecerá quando a subsunção não for mais tão adequada na análise do caso concreto. A clássica ideia de subsunção, em que a partir de um silogismo com sua premissa maior incidindo sobre sua premissa menor, chegamos a uma solução para o caso. Mas, em determinados casos a subsunção apresenta-se obsoleta por não apresentar uma conclusão que abrigue todos os elementos normativos pertinentes, ante as diversas premissas maiores igualmente válidas.

Geralmente conceitua-se a ponderação como uma decisão própria para casos difíceis, os *hard cases*. A ponderação é definida em grande parte da doutrina como um método de solução de conflitos normativos de maneira que as normas colidentes continuem a conviver, sem a exclusão de nenhuma delas, mesmo que sejam aplicadas em intensidades diferentes. Ela ajudará o intérprete a definir o

⁵⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da constituição*. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1110.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 1111.

sentido de conceitos jurídicos indeterminados e decidir o confronto entre princípios e regras.

Costumeiramente, a ponderação era utilizada somente para os casos em que ocorria a colisão de princípios de mesma hierarquia, porém hoje já é possível encontrá-la como uma técnica de decisão autônoma.

Pode-se estruturar a ponderação em basicamente três processos. No primeiro caberá ao intérprete identificar quais são as normas conflitantes e quais são as soluções que elas apresentam. Logo depois, no segundo processo, deverá examinar o caso concreto, propriamente dito, e suas particularidades e quais serão as suas repercussões sobre o elemento normativo. No terceiro e último processo, encontra-se a fase de decisão, em que serão apurados os elementos em colisão, pois só assim será possível graduar a intensidade da solução normativa escolhida.

Muitos dos conflitos que surgem no texto constitucional são facilmente percebidos. A contínua observação desses conflitos pelos intérpretes do direito produz um agrupamento de dados formado por elementos típicos e fatos reais, em função dos quais será possível proceder a ponderação para criar um parâmetro para a solução desses conflitos que ainda não existem realidade. Geralmente irão apresentar um conflito normativo. Trata-se da ponderação em abstrato, que nos apresentará um conjunto de soluções pré-fabricadas.

Através da ponderação em abstrato, os conflitos normativos que se revestiam de um alto grau de dificuldade tornar-se-ão fáceis em decorrência dos parâmetros propostos nessa interpretação prévia, pois desta maneira será proporcionado maior segurança e uniformidade em sua aplicação.

A ponderação realizada em cima dos conflitos normativos específicos cria parâmetros particulares de interpretação, mas não podemos esquecer a existência dos parâmetros gerais. Os parâmetros gerais decorrem de construções de metodologia jurídica e não estão ligados a qualquer circunstância de fato particular: eles servem de referência a ser usada pelo aplicador diante de qualquer conflito. Os parâmetros gerais serão subdivididos em dois: os que dão preferências às regras

sobre os princípios e a prevalência das normas de direitos fundamentais sobre as demais.⁵⁶

O modelo da interpretação em abstrato pode não ser suficiente por si só, pois nem sempre será possível antecipar todos os detalhes fáticos. E quando surgir esse tipo de situação, em que nem os parâmetros gerais, nem os parâmetros particulares da ponderação em abstrato forem suficientes, caberá ao intérprete aplicar a ponderação em concreto.

A ponderação em concreto sempre recairá sobre um caso real e geralmente aprimorarão o modelo pré-estabelecido pela ponderação em abstrato. Se a ponderação em abstrato não apresentar parâmetros perfeitamente adequados para o caso concreto, será necessário que o aplicar utilize a ponderação em concreto.

Os parâmetros estabelecidos para a ponderação não são rígidos e imutáveis. São os únicos instrumentos que conseguem limitar e tirar a ponderação da total liberdade do intérprete. Ao contrário os parâmetros deveram ser regularmente analisados pelo intérprete, entretanto, a ele incube a faculdade de não utilizá-los por razões puramente particulares que deverão sempre que recusadas ser justificadas de forma analítica. Alcunha-se a construção dessa técnica de parâmetro preferencial.

Mesmo não sendo possível criar parâmetros absolutos, nada impede que sejam utilizados aqueles possíveis e preferenciais, que apresentam eficácia apropriada. Entretanto, podemos destacar dois parâmetros como gerais, pois podem ser aplicados em qualquer conflito e não há um conflito legislativo específico. O primeiro parâmetro é utilizado quando em uma situação de ponderação, as regras devem ter preferências sobre os princípios constitucionais. O segundo parâmetro trata da questão dos enunciados de direitos fundamentais que devem ter preferência sobre qualquer outra disposição que o afronte.

A ponderação de direitos gera grande discussão sobre a enorme discricionariedade dada ao intérprete do conflito das normas. Por isso, que é

⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 61.

necessário estabelecer certos parâmetros para a sua aplicação, pois, serão eles que controlarão as possibilidades ilimitadas que a ponderação traz.

O primeiro parâmetro diz respeito a preferência das regras em detrimento aos princípios, as regras consideradas padrões gerais e não podem ser ponderadas. Já o segundo parâmetro preferencial mostrará que os direitos fundamentais possuem preferência sobre qualquer outra espécie normativa, que o presente trabalho elucida de maneira veemente com a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, aqui exposta. Tal parâmetro é fundamental em qualquer decisão judicial não há como sobrepujarmos qualquer outra espécie normativa em detrimento a dignidade da pessoa humana, por exemplo.

Balanceamento e ponderação são conceitos sinônimos. O conceito de balanceamento é o conceito central da Corte Constitucional Federal Alemã. Como já mencionado alhures este se sobrepõe a interpretação clássica da subsunção.

O balanceamento decorrerá de outro aspecto mais abrangente que será a proporcionalidade que se subdividirá em três: o princípio da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros dizem respeito ao que é possível, enquanto que o último, fundamental para a lei do balanceamento, expressa otimização da possibilidade jurídica.

Robert Alexy apresenta três estágios para a utilização do balanceamento. No primeiro estágio ocorre o não estabelecimento do grau de não-satisfação ou o detrimento do primeiro princípio. Já no segundo estágio traz a importância de satisfazer o princípio concorrente. E o terceiro estágio mostra a importância do detrimento de um princípio em relação ao outro para chegar a uma solução. O autor cita como exemplo um caso da Corte Constitucional Alemã:

Consideraremos uma decisão da Corte Constitucional Federal sobre alertas de possíveis danos à saúde. A Corte qualifica o dever de os produtores de tabaco de colocarem alertas de dano à saúde concernentes aos riscos de se fumar seus produtos como uma interferência relativamente menor da liberdade de profissão, ocupação. Um banimento dos produtos do tabaco ou uma proibição total da produção e do consumo desses produtos, em contraste, pareceria a ela uma interferência séria. Os riscos para a saúde resultantes do fumo são altos. As razões justificadoras da interferência pesam muito. Desse modo, se a intensidade de interferência é estabelecida como menor, e o grau de importância das razões para interferência como alta, o resultado ao examinar a proporcionalidade em sentido estrito pode

muito bem ser descrita – como a Corte Constitucional de fato o fez – como óbvia.⁵⁷

Neste caso verificamos o conflito entre a liberdade de profissão versus a o dever de informação sobre os riscos a saúde. Tal decisão da Corte constitucional alemã baseou-se nas leis do balanceamento para dirimir o conflito de princípios.

O jurista conclui seu raciocínio afirmando que o balanceamento na é um risco para os direitos, mas, ao contrário, um meio necessário de emprestar-lhes proteção, e que o balanceamento não é uma maneira alternativa à argumentação, mas uma forma indispensável de discurso prático racional.

Jürgen Habermas criticava veemente a estrutura do balanceamento, segundo ele tal estrutura gerava diversos problemas para o Direito constitucional, pois tal instituto era utilitarista demais e apresentava um conceito muito frágil para resolver um problema de conflito principiológico.

Para ele o balanceamento retiraria os direitos constitucionais de seu poder normativo, tendo em vista, que os igualaria aos demais tirando sua prioridade estrita. O enfoque da ponderação tiraria as decisões judiciais do conceito de correção e incorreção e as levaria para o conceito de adequado ou inadequado, gerando decisões extremamente utilitaristas, em que o bem se identifica com o útil. Tal juízo geraria um resultado, porém este seria injustificável. Também afirma que o preço a ser pago pelo balanceamento seria a perda da categoria da correção, que é vital para o Direito.⁵⁸

Robert Alexy ao formular sua tese sobre balanceamento e racionalidade consegue esclarecer estas objeções trazidas por Habermas e mostrar o quanto útil é o instituto da ponderação no mundo contemporâneo. A ponderação ou balanceamento surge como instrumento para a aplicação de uma solução do conflito de direitos fundamentais.

A ponderação é utilizada em todas as esferas judiciais. Não se nega a possibilidade de que possa ocorrer algum arbítrio frente a esta técnica, muito menos

⁵⁷ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Disponível em:<http://aprender.unb.br/file.php/350/moddata/forum/1622/44598/DIREITOS_FUNDAMENTAIS_BALANCEAMENTO_E_RACIONALIDADE_Robert_Alexy_2_.pdf> Acesso em 01/03/2008. p.5.

⁵⁸ *Ibidem*. p.4

a questão, trazida por Habermas, de que as decisões poderiam revestir-se de um alto grau de utilitarismo. Entretanto, a ponderação não se trata de uma operação matemática, em que um mais um é dois, pois o direito não é uma ciência exata, e neste passo, cada vez mais vemos os doutrinadores criando parâmetros para a aplicação deste instituto. Todo conceito que é novo, demora a ser aceito, mas nem por isso podemos negar a sua importância, como não podemos negar a importância da ponderação para o direito.

1.2.4.2. Ronald Dworkin e a Integridade do Direito

Muitas das divergências sobre o conceito de direito decorrem de questões de moralidade e fidelidade. Ronald Dworkin analisando a questão da fidelidade normativa afirma que grande parte da opinião popular, principalmente, da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos, acredita que os juízes devam seguir o direito, ao invés de tentar aperfeiçoá-lo, submetendo a lei a seus objetivos e opiniões políticas, pois se tentarem modificá-lo serão usurpadores, destruidores da democracia, os denominados maus juízes. A opinião popular contrária, mais liberal, espera que os juízes tentem melhorar a lei sempre que possível e que devem ser sempre políticos. “Na opinião da minoria, o mau juiz é o juiz rígido e ‘mecânico’, que faz cumprir a lei pela lei, sem se preocupar com o sofrimento, a injustiça ou a ineficiência que se seguem. O bom juiz prefere a justiça a lei.”⁵⁹

Assim, as diversas correntes da abordagem profissional da teoria do direito fracassam pela mesma razão subjacente. Elas ignoram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não estratégias ou fatos jurídicos. Enterraram esses problemas ao insistir na abordagem jurídica convencional. Mas, para ser bem-sucedida, a teoria do direito deve trazer à luz esses problemas e enfrenta-los como problema de teoria moral.⁶⁰

O Juiz para Ronald Dworkin são pessoas treinadas para analisar tanto as leis escritas, quanto as decisões judiciais, e a partir dessa avaliação extrair uma doutrina jurídica.

Eles são treinados para analisar situações factuais complexas com o objetivo de resumir, de forma precisa, os fatos essenciais. E são treinados

⁵⁹ DWORAKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 11

⁶⁰ *Ibidem*. p. 12

para pensar em termos táticos, para conceber leis e instituições jurídicas que produzirão mudanças sociais específicas, anteriormente decididas.⁶¹

Não há dúvidas que se trata de uma interpretação típica do Sistema de *common law*, que alias, extrapolou suas fronteiras e atingiu os países de tradição romano-germânica. O Direito norte-americano seguiu a linha do realismo o que permite tamanha preocupação com as mudanças sociais.

Apesar de seguir uma metodologia sistémica, um pouco mais formal, semelhante é o pensamento de Juarez Freitas que também concebe que interpretar uma norma é interpretar um sistema inteiro.

(...) importa compreender o Direito como totalidade vivificada na aludida interpretação circular e dialética. Mais do que a valorização desse ou daquele comando singularmente considerando, urge destacar a promoção da integridade dos princípios , das regras, dos valores, na condição de solidários e entrelaçados.⁶²

A integridade do Direito é a visão de conjunto, o Direito voltado tanto para o presente, quanto para o futuro. O juiz enxerga o Direito como criação de um único autor, o romance em cadeia. Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.⁶³

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.12.

⁶² FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 76

⁶³ DWORKIN, Ronald. *op.cit.* p. 276