

## UMA CRÍTICA HERMENÊUTICA À PONDERAÇÃO JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: paradigmas contrapostos?

Vinicius de Melo Lima\*  
Marcelo Cacinotti Costa\*\*

**Resumo:** O artigo em tela produz uma crítica hermenêutica à ponderação judicial na concretização de direitos, prevista no §2º do artigo 489 do Código de Processo Civil, na perspectiva da Hermenêutica Filosófica e da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Luiz Streck. Procura-se demonstrar que a metódica da ponderação, além de ser uma recepção equivocada da doutrina de Robert Alexy, colide com os ideais de coerência e de integridade, além do dever de fundamentação analítica das decisões judiciais (artigo 489, §1º, do CPC). Nesse sentido, a ponderação traz como consequência o risco do decisionismo (arbitrio judicial), em contraposição à integridade do Direito e à responsabilidade política (Ronald Dworkin) que decorrem da decisão jurídica democrática.

**Palavras-chave:** Ponderação. Decisionismo. Hermenêutica. Responsabilidade. Decisão jurídica democrática.

**Abstract:** The article in the screen produces a hermeneutical criticism of judicial consideration in the implementation of rights provided for in §2º of article 489 of the Civil Procedure Code, in view of Philosophical Hermeneutics and Critical Hermeneutics of Law, of Lenio Luiz Streck. It seeks to demonstrate that the methodical weighting, besides being a mistaken reception of the doctrine of Robert Alexy, collides with the ideals of coherence and integrity, beyond the analytical statement of reasons of judicial decisions (Article 489, §1º of the CPC). In this sense, the weighting brings as a

---

\* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça/RS e Professor na Faculdade do Ministério Público (FMP) e na Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Campus Torres, RS. Contato: [viniciuslima@mprs.mp.br](mailto:viniciuslima@mprs.mp.br).

\*\* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI, campus de Santo Ângelo, RS; Advogado e Professor na Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. Contato: [mccacinotti@hotmail.com](mailto:mccacinotti@hotmail.com).

consequence the risk of decisionism (judicial discretion), as opposed to the integrity of the Law and political responsibility (Ronald Dworkin) arising from the democratic legal decision.

**Keywords:** Weighting. Decisionism. Hermeneutics. Responsibility. Democratic legal decision.

**Sumário:** 1. Breve introito. pré-compreensão acerca do tema proposto: a reformulação do formalismo no processo e a identificação de paradigmas filosóficos contrapostos. 2. Dois cenários para o conflito normativo. 3. Regras e princípios: do conflito semântico ao diálogo hermenêutico. 3.1. Da ponderação de interesses à distinção ou cisão estrutural entre regras e princípios: a regra da ponderação em Alexy. 3.2. Ponderação judicial e direitos fundamentais. 3.3. A discricionariedade judicial e as decisões interpretativas: da onticidade das regras à ontologicidade dos princípios. 4. Uma crítica hermenêutica à ponderação judicial: do decisionismo à resposta constitucionalmente adequada. 4.1. A teoria integrativa em Dworkin e a “única resposta correta”. 4.2. A justiciabilidade dos direitos fundamentais e a resposta constitucionalmente adequada. Considerações finais. Referências.

## 1 Breve introito. pré-compreensão acerca do tema proposto: a reformulação do formalismo no processo e a identificação de paradigmas filosóficos contrapostos

Revisitando alguns institutos do Código de Processo Civil/73, diante das inovações trazidas para o processo civil pela entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, é bem verdade, inexistirão boas lembranças do CPC/73 revogado, pois, como se sabe, o Código de Buzaid compreendia o processo como instrumento ideológico-individualista, parafraseando o saudoso Professor Ovídio A. Baptista da Silva.<sup>1</sup> Nele, o formalismo era superestimado e a figura do juiz tinha posição processual de destaque na relação com as partes, clara herança do paradigma racionalista da *modernidade*.<sup>2</sup> Por tudo isso, logicamente, não se poderia suscitar qualquer lampejo de que aquele Código de Processo Civil tivesse alguma preocupação de natureza ética ou moral.

<sup>1</sup> Embora sejam conhecidos os resultados alcançados pela Filosofia do Direito durante todo o século XX, especialmente o resgate do pensamento clássico e o conseqüente retorno à Hermenêutica, nossas instituições, tanto universitárias quanto legislativas, impõem que nos comportemos dogmaticamente. O sistema obriga-nos – mesmo quando estamos cientes de que o direito processual civil não é destinado à descoberta de verdades necessárias – a pensá-lo como instrumento conceitual. O sistema pressupõe que o Direito seja produzido pelo Poder Legislativo. Conseqüentemente, sua estrutura é formada a partir desse pressuposto. O resultado inevitável é tornar os juizes e, de um modo geral, os juristas, além de responsáveis, uma espécie de braço mecânico do Poder. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 2.

<sup>2</sup> “Nosso Direito é um produto da modernidade. A concepção jurídica moderna opõe-se ao comunitarismo, tanto da filosofia clássica quanto da estrutura social da Idade Média. Por sua vez, também a democracia caracteriza-se por seu um regime político que, não apenas pressupõe o conflito, como o tem como uma de suas virtudes naturais. É o conflito que gera a competição, matéria-prima do progresso e do desenvolvimento, as ideologias básicas do pensamento moderno”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, op. cit., p. 304-305.

O formalismo pelo formalismo decorrente da logicidade matemática que marcou o positivismo exegético desenvolvido no âmago do Estado Moderno está bastante presente na tradição jurídica (processual) brasileira, não só na construção das regras de procedimento, mas, também, na própria *aplicação do Direito*,<sup>3</sup> demonstrando a grande influência que o paradigma filosófico científico<sup>4</sup> da modernidade exerceu sobre o senso comum dos juristas. Tudo isso ganha contornos de arbitrariedade na medida em que o Juiz é levado a acreditar que possui (super) poderes para “produzir” uma “livre interpretação” do Direito, como se capaz fosse de “descobrir sentidos”.

O juiz como figura central da relação processual inquisitiva é traço marcante do modelo instrumental de processo, como refere José E. Medauar Ommati ao dizer que “Essas teorias do processo não conseguem pensar a atividade jurisdicional desatreladas da figura do juiz como um sujeito dotado de superpoderes”.<sup>5</sup> Por série de razões óbvias, ao se apostar na discricionariedade judicial como uma consequência inerente ao próprio processo, retira-se do procedimento um dos seus elementos mais importantes, isto é, fere-se de morte a democracia e, por via de consequência, a imparcialidade.

Os efeitos colaterais da postura metafísica que se instaurou no processo reduzindo-o a relação sujeito-objeto, como se sabe, de há muito vêm sendo denunciados no Brasil por Lenio Streck, intenso defensor da Constituição como matriz ético-legal suficiente para dar respostas corretas no Direito. Corroborando com o pensamento de Streck, certamente a Constituição como fonte interpreta-

---

<sup>3</sup> Veja-se decisão do TJRS em que se “cria” uma nova hipótese de não recebimento de recurso adesivo, alheia às regras de procedimento e sem qualquer fundamento Constitucional, muito antes pelo contrário: Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. COMPRA E VENDA DE TERRENO. RESCISÃO. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. FAVOR DEBITORIS. DESCABIDA A RETENÇÃO DE TAXA DE OCUPAÇÃO. 1. Recurso adesivo. Pressuposto de conhecimento. O recurso adesivo deve contrapor-se à matéria abordada no recurso principal. Apelação adesiva não conhecida. [...]. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO E PROVIDO O APELO DOS AUTORES. (Apelação Cível Nº 7003407 6968, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 22/07/2010). Grifo nosso.

<sup>4</sup> A ciência, que em seus efeitos técnicos mudou os alicerces do nosso cotidiano e provou na guerra quanta força de destruição nela reside – essa ciência tornou-se uma fatalidade, mas mesmo assim nos deixa sozinhos com as questões do significado: “Qual é... o significado da ciência como vocação, pois todas essas antigas ilusões, “caminho para o verdadeiro ser”, “caminho para a verdadeira arte”, “caminho para a verdadeira natureza”, “caminho para o verdadeiro Deus”, “caminho para a verdadeira felicidade”, naufragaram? Tolstói deu a resposta mais simples dizendo “ela não tem sentido porque não responde a única pergunta realmente importante para nós: o que devemos fazer? Como devemos viver? O fato de inexistir essa resposta, o significado não pode ser negado”. SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. Tradução Lya Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2005. p. 124.

<sup>5</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma Teoria dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 173.

tiva se constitui no caminho mais adequado para superar a “*adjucação de sentidos*” no Direito, e, dessa forma, proporcionar um ambiente menos autoritário e mais democrático.

Passados tantos anos, penso que isso, em grande medida, continua atual. A crise do modelo liberal-individualista não foi superada. Entretanto, o decorrer do tempo foi mostrando que o problema da inefetividade do Direito – compreendido a partir do Estado Democrático de Direito – não estava apenas na umbilical ligação do modelo liberal-individualista com o exegetismo ainda fortemente presente na doutrina e na jurisprudência, mas também no fenômeno que foi crescendo especialmente na última década: as teorias voluntaristas, que, sob pretexto de superar o “juiz boca da lei”, apostaram na liberdade interpretativa dos juizes e tribunais. Resultado: o *establishment* passou a investir em projetos de vinculação jurisprudencial.<sup>6</sup>

A ruptura com o formalismo no processo civil brasileiro pelas novas regras do CPC/15 é uma das alterações legislativas mais festejadas, principalmente porque o velho paradigma do formalismo pelo formalismo não se reduzia à lei processual em si, mas, simbolicamente atingia também a linha de raciocínio que predominou na jurisprudência dos tribunais de todo o País. O fenômeno que também poder ser denominado de *decisões sem fundo*, pautadas pelo intenso grau de solipsismo, comumente presente nas decisões dos tribunais e das cortes superiores, sem dúvida nenhuma, nunca se ajustou aos preceitos constitucionais do processo como direito fundamental fazendo-se necessário garantir a efetividade, o acesso à justiça, o juiz natural, a jurisdição imparcial, a fundamentação das decisões...

Em tempos de constitucionalismo democrático, o Código de Processo Civil se caracteriza como um diploma legal *pré-ocupado* com a ética e com a responsabilidade, pois tratou o legislador de afastar expressamente toda e qualquer hipótese formal que impeça o enfrentamento do mérito ou inviabilize a análise recursal, sem que seja oportunizada à parte suprir eventual vício (artigos 321, 932, § único, do NCPC). Pior que negar ao jurisdicionado o direito fundamental de acesso à justiça é não tratar com rigor todo o tipo de atuação que possa modificar e quebrar as regras do jogo prévia e legitimamente estabelecidas, espécie de *Katchanga real*<sup>7</sup> (Luis Alberto Warat), afinal, da compreensão da didática ale-

<sup>6</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 17.

<sup>7</sup> Ninguém, mais uma vez, disse nada e todos acha(ra)m lindo e maravilhoso quando aqui se importou a tese de que “princípios são valores”... mas, e daí? Afinal, o juiz boca-da-lei estava morto mesmo, certo? Ninguém nada disse e todos aplaudiram a importação da “ponderação”, espécie de *Katchanga Real*, pela qual é possível decidir de qualquer jeito... mas poucos reclamaram disso. Ao contrário: escreveram teses e aplicaram a ponderação pindoramensis. Afinal, quem tem coragem de criticar essas coisas tão fofinhas? Ninguém? Mas não mesmo. Todo o poder aos ponderadores. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-21/senso-incomum-simples-ninguem-culpado-destruicao-direito-pindorama>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

goria waratiana, “o juiz pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, inclusive alterar regras de procedimento justificadas na sua própria consciência.

Daí a importância do pensamento dworkiniano quando se refere à *resposta correta*, no Brasil, referida por Lenio Streck como a saída para uma *Teoria da Decisão Judicial*, porque o juiz não tem à disposição múltiplas escolhas das quais ele lança mão daquela que melhor lhe aprouver, como quem escolhe cotidianamente um filme que irá assistir ou uma música que irá ouvir.

Daí a máxima hermenêutica: no plano de uma teoria da decisão, nem mesmo o Tribunal encarregado de dizer o direito em *ultima ratio* pode decidir ao seu alvedrio. É evidente que, se o fizer, a decisão terá validade. Não é disso que se está tratando. O papel a ser jogado pela doutrina e pela Academia jurídica será a condição de possibilidade de realização desse controle. Em definitivo, também as Supremas Cortes devem obedecer à integridade, à coerência e à igualdade no trato das questões hermenêutico-aplicativas. Por isso, a pergunta “e se a Suprema Corte for conservadora?” não deve ter importância no contexto de uma legitimidade do direito. É o mesmo que indagar: e se a Constituição não fosse democrática? A resposta óbvia seria: então não haveria jurisdição, tampouco produção democrática de direito.<sup>8</sup>

Entretanto, embora se possa comemorar o exaustivo rol de hipóteses em que o juiz não pode incorrer sob pena de não ser considerada fundamentada a sua decisão, previsto no parágrafo primeiro do artigo 489 do Código de Processo Civil, o avanço em direção à construção de uma “Teoria da decisão judicial” (*paradigma da responsabilidade*) que este novo instituto representa, retrocede na medida em que, como se verifica no seu parágrafo 2º do artigo em comento, “no caso de *colisão de normas*”, está o juiz autorizado a solver a questão seguindo critérios gerais de *ponderação*.

Inexoravelmente, quem pondera, escolhe, e a escolha está no âmbito da razão prática, ou seja, algo é porque é, sem necessidade de alinhar maiores justificativas. Se há escolha pelo julgador no ato de prestar jurisdição, então não se pode falar em isonomia e, por via de consequência, a democracia passa ao largo. Ora, e alguém poderá dizer, mas o parágrafo primeiro é empecilho para que o juiz possa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Mas aí vem a pergunta: se o problema da discricionariedade judicial, ao menos legislativamente, foi resolvido com a exigência de uma fundamentação efetiva, porque falar em ponderação logo a seguir? Seria mais um daqueles casos em que o jurista brasileiro importa teorias saxãs para tornar o sistema jurídico mais erudito? Neste contexto, não há como deixar de enfrentar esta questão.

---

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 590-591.

Verificam-se dois paradigmas contrapostos neste trabalho, os quais são representativos da crítica que se realiza ao NCPC: i) o primeiro, defendido por Streck e com estofo na estrutura deontológica de princípios (Habermas e Dworkin), daí a insistente menção contida na NDC – Nova Crítica do Direito sobre a necessidade de uma *resposta correta*<sup>9</sup> e a inexistência de *colisão de princípios*;<sup>10</sup> ii) e o segundo, com estrutura claramente teleológica, defendido no Brasil principalmente pelos adeptos da *teoria da argumentação* de Robert Alexy.

<sup>9</sup> Em Dworkin, a garantia contra a arbitrariedade está no acesso a uma moralidade institucional; em Gadamer, essa “blindagem” se dá através da consciência da história efetual, representada pela suspensão de todo o juízo e o questionamento dos próprios pré-juízos por parte do outro e pelo texto. Em Dworkin, há uma única resposta correta; na hermenêutica, a partir dos seus dois teoremas fundamentais (círculo hermenêutico e diferença ontológica) e na leitura que faço de Gadamer, há uma resposta verdadeira, correta; nem a única e nem uma entre várias corretas; apenas “a” resposta, que se dá na coisa mesma. Também em Habermas há a defesa igualmente de uma única resposta correta, ponto de estofo entre a hermenêutica, a teoria discursiva habermasiana e a teoria interpretativa dworkiniana. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 117-118.

<sup>10</sup> Penso que o problema não está na distinção (estrutural ou não) entre discursos de justificação/fundamentação e discursos de aplicação. Em ambas as posições (Günther e Alexy), a solução apresentada implica uma cisão entre compreender e aplicar, ou, ainda, uma resposta ao caso e a busca posterior da fundamentação (por exemplo, com a construção de uma norma que diga que promessas devem ser cumpridas, exceto quando um amigo estiver em necessidade). Se o discurso de aplicação pode ser visto distinta ou isoladamente não parece relevante. O que importa é que, primeiro, é inadequado afirmar que se estaria diante de colisão de princípios ou normas (promessas devem ser cumpridas *versus* amigos devem ser ajudados); segundo, essas normas não se sustentam em si e por si, pois não abarcam as diversas hipóteses de aplicação (o grau de amizade, o sentido de “amigo”, o grau de assistência requerido pelo amigo, a importância da festa – aniversário – que Smith ofereceu, qual o sentido da obrigação de cumprir promessas e o que são promessas, e assim por diante); terceiro, as singularidades que conformam a resposta estão dadas partir da pré-compreensão de “A”; essa pré-compreensão é condição de possibilidade da resposta que “A” dará ao problema, isto é, a decisão que tomará: ajudar o amigo ou ir à festa; quarto, não é possível, a partir do paradigma da intersubjetividade, isolar nem a situação concreta, sobre a qual serão construídos discursos de aplicação, nem discursos de justificação prévia, independizados das particularidades da situação concreta; quinto e último, pensar que é o discurso de aplicação que, isoladamente, responderá à questão é tão equivocado quanto pensar que tudo se resume ao discurso de justificação (validade) ou que, na medida em que se está diante de uma “colisão” de normas (ou princípios), apenas uma permanece válida. Hermeneuticamente, não haverá essa colisão, uma vez que a reconstrução integrativa, o modo prático de ser-no-mundo e a consciência dos efeitos da história é que apontarão para a resposta, que pode até ser – dependendo do caso concreto – a mesma que a da teoria da argumentação (mas também pode dar azo – e isso deveria ser desnecessário referir – a outra resposta, sem que se altere a “validade” de qualquer das duas normas). Se é possível que os discursos de justificação já contenham os discursos de aplicação, então, estar-se-á admitindo a existência de uma espécie de significante (primordial-fundante) que contenha as próprias situações concretas (passadas, presentes e futuras). Ora, é impossível dimensionar, de antemão, o sentido, v.g., de “promessas” e o “dever destas de serem cumpridas”. Essa pretensão é metafísica. Parece que Alexy procura construir uma espécie de “silogismo prático”, isto é, no universal já estaria contido o conhecimento do particular e, neste, o conhecimento do universal (discursos de justificação/validade). STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 129.

Se é verdade que há nítida influência de Dworkin no CPC/15 no que se refere à técnica de precedentes judiciais, conforme se verifica da leitura do artigo 926 ao mencionar o dever dos tribunais em uniformizar a jurisprudência, mantendo-a *estável*, íntegra e *coerente*, assim como é possível homenagear Lenio Streck com a inserção do artigo 489, parágrafo 1º, em relação à crítica à discricionariedade judicial, o parágrafo segundo do mesmo instituto contradiz o que, ao menos legislativamente, se havia conquistado no parágrafo anterior, em nítida confusão jurídico-filosófica, como se demonstrará a seguir.

## 2 Dois cenários para o conflito normativo

É possível perceber tanto na obra de Jünger Habermas como na obra de Robert Alexy que ambos concordam que o *discurso* se apresenta como uma instância de controle de validade de julgamentos interpretativos, para não dizer valorativos. Tanto é verdade que Habermas, seguindo o flanco aberto por Alexy na década de 70 (publicação da *Teoria da Argumentação Jurídica* no ano de 1978), empenhou-se em elaborar uma teoria da argumentação jurídica que, segundo ele, seria capaz de oferecer critérios suficientes para avaliar a justificação racional de um determinado juízo. No entanto, há uma significativa divergência entre eles, pois discordam como devem ser adequadamente conceitualizados os princípios jurídicos.<sup>11</sup>

O enfrentamento destes dois cenários contrapostos se justifica na medida em que, aparentemente, o legislador foi buscar subsídio teórico-filosófico em racionalidades distintas para a fundamentação das bases da nova codificação processual civil brasileira (o art. 8º menciona sobre a *proporcionalidade*, o art. 489, parágrafos 1º e 2º se refere à *ponderação* e o art. 926 é expresso ao exigir dos tribunais um sistema de harmonização de jurisprudência pautada na *coerência* e na *integridade*, todos eles compreendem o mesmo estatuto processual, considerados, ao menos legislativamente, como harmônicos e compatíveis no que se refere à aplicação e ou normatização do Direito. Portanto, ao se discordar de tal imprecisão legislativa, necessário se faz uma reflexão hermenêutica sobre a questão levantada neste artigo.

---

<sup>11</sup> Enquanto que para Alexy estes devem ser entendidos como normas que prescrevem a realização de um fim (valor) no maior grau possível, i.e., como mandados de otimização, tendo portanto uma estrutura teleológica, Habermas defende uma concepção deontológica de princípios, entendendo-os como normas que exprimem obrigações. A divergência entre ambos os autores se manifesta com mais saliência na questão do uso do juízo de ponderação na motivação das decisões judiciais que envolvem direitos fundamentais. VELASCO, Marina. *Habermas, Alexy e a razão prática kantiana*. Direito, Moral, Política e Religião nas Sociedades Pluralistas: entre Apel e Habermas. SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Org.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 17.

Na esteira de entendimento há muito defendida no Brasil por Lenio Streck, o resultado da aplicação do Direito deve seguir um contexto de sedimentação do “sentido das coisas” que decorre da tradição histórica (Gadamer), suficiente para garantir o fundamento ou DNA das decisões judiciais, pois ninguém, muito menos o juiz, possui legitimidade para tanto. Nesta perspectiva, o “sentido das coisas” (Heidegger) se constitui em uma prática dialógica e intersubjetiva que passa ao largo de qualquer ato de vontade, daí a incompatibilidade da prestação jurisdicional com o ato de “ponderar valores”, principalmente porque, já se tendo superado o positivismo exegético, a Constituição constitui o Direito não remanescendo dúvidas a respeito de sua *Força Normativa* (Hesse) muito menos se faz necessário que a consciência do juiz seja necessária para se chegar a uma possível e adequada resposta correta (Dworkin).

Falar em *juízo de ponderação* integra o que se denomina *princípio da proporcionalidade*, situação bastante presente no cotidiano forense, principalmente quando se está diante da necessidade de controlar a atuação do poder estatal, situação incorporada e bastante comum nas decisões do Supremo Tribunal Federal.<sup>12</sup> Também, o art. 2º da Lei nº 9.784/1999, prevê expressamente que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao *princípio da razoabilidade* e da *proporcionalidade*.

Embora se diga que o juízo de ponderação (proporcionalidade e razoabilidade) se constitui em um princípio (ou meta-princípio) suficiente para solver quaisquer conflitos jurídicos, como menciona Marina Velasco, característica do “neoconstitucionalismo”, é difícil desvincular essa prática de um critério puramente *irracional e subjetivo*.<sup>13</sup> Na versão Alexyana, que se baseia na jurisprudência do tribunal constitucional alemão, como assevera Marina Velasco, “o princípio da proporcionalidade aparece como um conjunto articulado de três sub-princípios; *idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* (este último é o juízo de ponderação).”<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Decisão proferida no RE 374.981-RS (Informativo n. 381 STF), de relatoria do Ministro Celso de Mello: “O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente aquela que veicula a garantia do substantive *due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do poder público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive *due process of law*, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador”.

<sup>13</sup> VELASCO, Marina. *Habermas, Alexy e a razão prática kantiana*. Direito, Moral, Política e Religião nas Sociedades Pluralistas: entre Apel e Habermas. SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Org.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 20.

<sup>14</sup> VELASCO, Marina, op. cit., p. 18.

Em síntese, ao se falar em *idoneidade* se exige que toda a interferência em direitos fundamentais se justifique para alcançar um fim constitucionalmente legítimo; já a *necessidade*, se refere à inexistência de alternativa tão eficaz, mas menos gravosa em relação a outros princípios/direitos; a *proporcionalidade em sentido estrito* dirá que as vantagens obtidas com a intervenção em direitos fundamentais devem compensar os sacrifícios implicados aos seus titulares e para a sociedade em geral.

O primeiro subprincípio parece estar relacionado com a própria aplicação moral do Direito, ou seja, os meios originalmente previstos pelo legislador no momento da aplicação não se apresentam mais adequados, principalmente porque a realidade não cabe na lei. Em relação à necessidade, por óbvio que se existe uma medida igualmente eficaz e menos gravosa ela deve ser preferida, embora avaliar a conveniência e a oportunidade não seja tarefa das cortes. Relativamente ao uso da ponderação de valores, as críticas de Habermas não estão endereçadas exclusivamente à Alexy, mas a doutrina do Tribunal Constitucional Alemão. Habermas critica o uso da ponderação por entender que os direitos fundamentais são normas de estruturação deontológica e não podem ser assimilados a valores, cuja estrutura é teleológica.

Neste sentido:

Alexy sabe que decisões jurídicas fundamentadas pelo discurso não podem ser “corretas” no mesmo sentido que juízos morais válidos: “A racionalidade da argumentação jurídica é sempre determinada através das leis, portanto relativa à racionalidade da legislação. Uma racionalidade ilimitada da decisão jurídica pressuporia a racionalidade da legislação”. E enquanto esse pressuposto não for preenchido, a harmonia entre direito e moral, defendida por Alexy, tem uma desagradável consequência: ela não somente relativiza a correção de uma decisão jurídica, mas a coloca em questão enquanto tal. Pretensões de validade são codificadas de modo binário, não permitindo um mais ou menos: “*Pois o que distingue uma argumentação racional de uma lei irracional não é um menos e sim algo qualitativamente diferente da racionalidade material de uma decisão encontrada seguindo as regras do discurso prático racional*”. Para fugir a essa objeção, precisamos enfrentar, com Dworkin, a tarefa de uma reconstrução racional do direito vigente. Uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente.<sup>15</sup>

Habermas critica o uso da ponderação na aplicação do direito por entender que os direitos fundamentais têm um sistema estruturado deontologicamente, não podendo ser assimilados a uma estrutura teleológica. A assimilação das normas de valores atingiria a própria separação dos poderes (legislativo e judiciário), na medida em que se fundem discursos de justificação com discursos de aplicação.

---

<sup>15</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I, 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 289.

A crítica de Habermas à ponderação o aproxima sobremaneira do pensamento de Dworkin, que sustenta no processo legislativo a justificação de normas jurídicas a partir de razões pragmáticas, éticas, morais, mas após a sua incorporação ao sistema jurídico, a reinvidicação jurisdicional somente poderá se dar por argumentos de princípio.<sup>16</sup> Portanto, o legislador poderá ponderar à vontade entre valores concorrentes no momento de justificar a elaboração de regras jurídicas, mas na aplicação judicial deve-se justificar a aplicação adequada de normas jurídicas. Nesta esteira, leciona Marina Velasco ao se referir expressamente à obra de Habermas, dizendo “justificar a adequação de uma norma para uma situação – sustenta Habermas seguindo a posição desenvolvida por Günther – não é a mesma coisa que ‘ponderar’ o peso de normas (ou dos valores) que colidem, porque não se trata de decidir o grau em que valores concorrentes têm de se realizar, mas de encontrar, entre as normas aplicáveis *prima facie*, aquela que melhor se ajusta à situação de aplicação”.<sup>17</sup>

Da crítica habermasiana à ponderação de Alexy, afinada também na perspectiva de Dworkin, não há dúvidas de que não pode integrar o ato decisório qualquer forma de cálculo de custo-benefício e ou compensação de um mal menor por um bem maior. Justificar uma decisão com base em ponderação de valores ou analisando o peso de bens concorrentes não contém nenhum elemento concreto que possa garantir a correção moral de uma decisão, muito antes pelo contrário, porque a solução do caso, que poderá ser correta (tirar cara ou coroa também poderia resolver), está à mercê da subjetividade do intérprete.

Noutra perspectiva, diferentemente da noção deontológica que se exige na aplicação do Direito, ponderar está mais adequado para se decidir sobre o que é mais adequado fazer num sentido moral, a partir de uma racionalidade teleológica. Como salienta Marina Velasco, a pergunta sobre o que seria bom fazer pode ser feita em muitos sentidos: “bom no sentido conveniente, oportuno, econômico, divertido, etc. Dimensão existencial individual (bom para minha vida como um todo), ou então coletiva (bom para nós, para nossa comunidade)”.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Enquanto o princípio é um padrão que favorece um “direito”, a política é um padrão que estabelece uma “meta”. Dessa forma, os argumentos de princípio são argumentos em favor de um direito, e os argumentos de política são argumentos em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionado ao bem comum. Dito de outro modo, “os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo;” ou, de forma mais direta: “os princípios são proposições que prescrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”. MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 131-132.

<sup>17</sup> VELASCO, Marina. *Habermas, Alexy e a razão prática kantiana*. Direito, Moral, Política e Religião nas Sociedades Pluralistas: entre Apel e Habermas. SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Org.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 20.

<sup>18</sup> VELASCO, Marina, op. cit., p. 22.

Também, na linha crítica de Streck, não é possível definir em abstrato um conflito entre normas válidas, muito menos é possível demonstrar que haja colisão entre elas, cujo peso deverá ser parâmetro para solver a suposta colisão. E tudo isso também porque o caso concreto está relegado ao ostracismo, como pretendiam os positivistas exegetas. No ponto, pertinente as observações de Marina Velasco:

Com a ideia de ponderação (em inglês *balancing* ou *weighing*; em alemão *Abwägung*) costuma entrar em cena uma poderosa metáfora, que é pelo menos tão antiga quanto a ideia de justiça: a metáfora do peso, e concomitantemente, de uma balança que estabelece o peso. É uma metáfora e por isso tem que ser interpretada. Decidir algo racionalmente significa poder justificar a decisão sobre a base de razões, mas as razões constituem enunciados linguísticos, e os enunciados linguísticos não pesam. Como medir o peso das razões? Em princípio, não há problema nenhum em chamar ponderação o procedimento que consiste em “pesar o peso das razões”. [...] A questão relevante a ser discutida é como isso é feito, ou seja, qual a forma de argumentação usada nesses casos. Precisamos esclarecer qual a estrutura desse raciocínio e o tipo de razão prática que, em cada caso, está em jogo. A concepção que se tenha da ponderação dependerá da concepção do raciocínio prático.<sup>19</sup>

Portanto, enquanto que a solução de supostos conflitos normativos é possível se dar pela veia teleológica da ponderação, ou seja, sopesando “valores” envolvidos na situação posta, a versão deontológica visa amadurecer uma decisão sobre o que é correto segundo razões baseadas em princípios (estes entendidos como princípios deontológicos que disso resulta um problema de natureza democrática que preórgicos e não como mandados de otimização). Veja-judica sobremaneira a racionalidade das decisões judiciais, pois o princípio da proporcionalidade não é suficiente para garantir a imparcialidade do ato decisório.

O quadro de uma constelação de valores pode estar relacionado à racionalidade legislativa, como uma ordem transitiva de preferências, como já referido, cuja preocupação central se dirige à obtenção de metas e ao agir é orientado à realização de um fim. No âmbito da racionalidade decisória o cenário é diverso, pois o agir está sujeito à obrigação, isto é, ou é válida ou não é válida, porque, o contrário, gera a (in)segurança jurídica tão combatida pelo Direito, o que facilmente verificável do exemplo abaixo.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> VELASCO, Marina. *Habermas, Alexy e a razão prática kantiana*. Direito, Moral, Política e Religião nas Sociedades Pluralistas: entre Apel e Habermas. SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Org.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 24.

<sup>20</sup> Uma disputa acontece em uma universidade em que um palestrante tinha sido convidado a falar. O objetivo de sua palestra era se opor à liberdade de expressão. Alguns membros da universidade objetaram que tivesse sido convidado e consideraram que o convite tinha de ser anulado. A liberdade de expressão é um grande valor, e não estavam dispostos a que fosse solapado por este ou qualquer palestrante. Outros defenderam que ministrasse a palestra, e o fizeram em nome da liberdade de

### 3 Regras e princípios: do conflito semântico ao diálogo hermenêutico

O debate entre Hart e Dworkin acerca do Direito e do positivismo jurídico está alicerçado nas três características da referida doutrina:

a) O Direito é um conjunto de regras: Hart divide as regras em primárias e secundárias. As regras primárias dizem respeito às ações que os indivíduos devem ou não fazer. Já as regras secundárias dizem respeito aos modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas, criadas, eliminadas ou alteradas, além do fato de que a respectiva violação seja determinada estreme de dúvidas. Dentre estas últimas, cumpre ressaltar a regra de reconhecimento, a qual possui um caráter sociológico. Ela deriva do consenso da comunidade e da sua aceitação acerca dos deveres e obrigações jurídicas. A regra do reconhecimento está para Hart assim como a norma hipotética fundamental está para Kelsen, apresentando traços similares. Tal regra “especificará algum aspecto ou alguns aspectos cuja existência uma dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce”. Aduz, também, que “o que é crucial é o reconhecimento da referência ao escrito ou à inscrição *enquanto dotados de autoridade*, isto é, como o modo *adequado* à eliminação das dúvidas acerca da existência da regra”.<sup>21</sup> Percebe-se que Hart

---

expressão. Como podem ambas as partes apelar à liberdade de expressão – e apenas à liberdade de expressão – em defesa de suas respectivas propostas? Aqueles que se opunham à visita do palestrante consideraram a liberdade de expressão como um fim a ser alcançado – como um fim que, no caso, não seria promovido permitindo que o palestrante falasse. Aqueles que apoiaram a visita do palestrante consideraram a liberdade de expressão como uma questão de princípio – como algo que impõe uma limitação à nossa conduta. Ambos consideram a liberdade de expressão como um *valor*. Para os primeiros (os que se opõem à visita do palestrante) a liberdade de expressão é um valor, entendido como um fim ou estado de coisas a ser promovido, como um fim cuja obtenção pode, eventualmente, implicar uma limitação à liberdade de expressão. Para os segundos (os que apoiam a visita do palestrante) a liberdade de expressão é um valor, não no sentido de um fim a ser promovido, mas no sentido de um valor que nunca deve ser violado. Para esta perspectiva, não importa quão valioso possa ser o fim. Pode haver coisas que não devemos fazer, ainda que possam ser cruciais para esse objetivo. VELASCO, Marina. *Habermas, Alexy e a razão prática kantiana*. Direito, Moral, Política e Religião nas Sociedades Pluralistas: entre Apel e Habermas. SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Org.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 34-35.

<sup>21</sup> HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 104. Em realidade, Hart procura, em sua construção teórica, diferenciá-la da matriz de Austin, para o qual o Direito é compreendido como um conjunto de ordens coercivas, aspecto que pode ser encontrado, por exemplo, em um grupo de agentes que pratica um assalto e determina que a vítima passe seus pertences. Dito de outro modo, a obra de Hart busca uma construção do Direito dotada de legitimidade perante a ordem social, sendo que a regra de reconhecimento ocupa um papel cimeiro em tal pressuposto.

continua preso à filosofia da consciência (esquema sujeito-objeto), em seu positivismo jurídico “moderado”.<sup>22</sup>

Dworkin, por sua vez, reconhece que, para além das regras, o Direito também é composto por princípios, os quais possuem caráter deontológico. Regras seguem a lógica do “tudo ou nada”, cujo norte é o critério de validade, ao passo que os princípios norteiam-se por dimensões de peso ou importância. Não há “lacunas”, devendo o intérprete buscar uma compreensão holística do Direito, como um todo composto e normativo.

b) Nas situações de indeterminação ou vagueza, o Juiz decide o caso de acordo com o seu discernimento, utilizando-se de seu poder discricionário. Trata-se do problema aventado alhures do sujeito da modernidade, ou seja, do solipsismo.

A imagem do Direito como indeterminado brota de uma visão positivista, a qual acaba por delegar em favor do juiz, nos casos “difíceis”, a solução dos problemas, para decidir. Kelsen assimila a interpretação como ato de conhecimento (Ciência do Direito) e ato de vontade (Direito). A preocupação com a razão teórica fez com que o positivismo se esquecesse da razão prática, eivada de solipsismo.

c) Em tais situações, não há direitos preferenciais das partes envolvidas, não havendo o dever de decidir em favor de qualquer delas. Assim, não há respostas corretas em Direito.

Em se tratando de questões controversas, não pode haver direito ou obrigação jurídica, sendo que a solução é delegada em favor do juiz, o qual não está vinculado a uma determinada solução, decidindo de maneira discricionária, não havendo ênfase, pois, no resultado da decisão judicial. Há uma perspectiva procedimental que não toma em consideração a substancialidade do Direito, já que a moral deve ficar fora da resolução judicial e do mundo jurídico.

Assim, o debate entre regras e princípios (Dworkin x Hart) assentou a importância destes na resolução dos denominados “casos difíceis”, situando o espaço do intérprete da norma dentro de um dever de fundamentação, que ecoa da decisão jurídica, seja ela política ou judicial.

---

<sup>22</sup> No pós-escrito à obra *O Conceito de Direito*, Hart discute com Dworkin algumas de suas matrizes teóricas, assentando que, a despeito das divergências em relação à concepção do Direito como integridade, “constitui um defeito neste livro a circunstância de os princípios apenas serem abordados de passagem” (HART, Herbert, op. cit., p. 322).

### 3.1 Da ponderação de interesses à distinção ou cisão estrutural entre regras e princípios: a regra da ponderação em Alexy

De início, é preciso pontuar que o emprego da ponderação surge por intermédio da escola da “Jurisprudência dos Interesses”, de Philipp Heck,<sup>23</sup> sendo atualizada por Alexy em seus contributos teóricos sobre a teoria dos direitos fundamentais, na perspectiva da argumentação.

Na lição de Alexy,<sup>24</sup> os casos “fáceis” são resolvidos mediante subsunção; já os casos “difíceis”, mediante ponderação. Em realidade, a ponderação não é um princípio, mas sim, uma regra extraída do princípio da proporcionalidade em sentido restrito (“lei da colisão”), tomando-se em conta, no juízo decisório, as regras de argumentação explicitadas em sua teoria da argumentação jurídica. A construção teórica de Alexy acaba remetendo o intérprete à ideia de subsunção para a resolução dos casos. Logo, não há ponderação de princípios ou de direitos fundamentais, por exemplo, a liberdade de expressão e a intimidade da vida privada, como se ambos fossem colocados no “prato da balança” para ver qual deles se aplica na situação concreta.

Para Ávila,<sup>25</sup> a ponderação insere-se na categoria dos “postulados normativos”, ou seja, “normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação”.

<sup>23</sup> Para Heck, “a norma jurídica serve para resolver conflitos de interesse; mas, já que o legislador não pode prever todos os conflitos possíveis, as leis apresentam lacunas: a tarefa do juiz consiste em preenchê-las, remetendo-se à solução indicada pelo legislador para resolver conflitos análogos. Os valores aos quais o legislador recorre em casos análogos guiam, portanto, não apenas a interpretação e a decisão do juiz na solução dos conflitos de interesses não previstos pelo legislador, mas também a interpretação das normas já emanadas”. Conforme LOSANO, Mário G. *Sistema e estrutura no Direito*. v. 2: o século XX. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 164.

<sup>24</sup> Segundo Alexy, o “ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não são satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

<sup>25</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 122, 143.

De outro lado, na doutrina de Müller,<sup>26</sup> não há se falar em ponderação, motivo pelo qual o autor não admite a colisão entre direitos, diferentemente de Alexy, a partir da aferição do âmbito de proteção de cada norma de direito fundamental. Princípios e regras compõem a estrutura do Direito, não estando à disposição do intérprete, de modo a se evitar o arbítrio das opiniões ou de eventuais maiorias políticas. Não há uma cisão estrutural entre regra e princípio, divergindo-se, no ponto, da doutrina de Alexy, pois, na resolução de um problema, “todo o Direito é chamado a depor”.<sup>27</sup>

Na perspectiva do neoconstitucionalismo, algumas características fundamentais, segundo Sanchís,<sup>28</sup> seriam a adoção de mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção, destacando-se a “onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário”. Tal entendimento merece críticas, pois a ponderação, nos referidos moldes, implicaria em um retorno à Jurisprudência dos Valores, colocando em risco a democracia sob o crivo do discricionarismo judicial.

Em realidade, há uma diferença ontológica e não uma distinção ou cisão estrutural, de caráter semântico (Alexy), entre regra e princípio. Não significa que a regra se aplique para os casos “fáceis” (mandados de determinação – subsunção) e o princípio para os “casos difíceis” (mandados de otimização – ponderação), como quer Alexy, mas sim que regras e princípios não são opostas, compondo o Direito como um todo (holismo).

---

<sup>26</sup> Crítico em relação à metódica da ponderação, Müller sustenta que a “tentativa de uma valoração e ponderação subjetivamente irracionais de “valores”, paralela ao uso do conceito de “valor” – juridicamente dispensável, com ônus negativo herdado da história da filosofia, e de resto carente de nitidez – revela-se claramente quando o tribunal denomina em seguida a “ordem hierárquica de valores”, em meio à qual se deveria efetuar uma ponderação. É certo que o legislador não pode mover-se livremente no espaço protegido pelos direitos fundamentais, é certo que não é ele quem pode determinar constitutivamente o conteúdo do direito fundamental e que muito pelo contrário, limitações no conteúdo de sua margem de apreciação legislativa resultam do teor normativo do direito fundamental. Tão certo é também que essa compreensão não tem relação com o direito ou a necessidade de um procedimento metódico de “ponderação de bens”, como isso é proposto em uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal. Tal procedimento não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente atendidas, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional”. MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4. ed. rev., atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 39-40. Grifos nossos.

<sup>27</sup> Menezes Cordeiro, no prefácio à obra de Canaris, refere que “Perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a solução; todo o Direito é chamado a depor. Por isso, há que lidar com os diversos ramos do Direito, em termos articulados, com relevo para a Constituição – a interpretação deve ser conforme a Constituição [...]”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. CXI.

<sup>28</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009. p. 131. O referido autor admite o caráter valorativo e a margem de discricionariedade que comporta o juízo de ponderação, sendo um “risco inevitável” no caso da versão tão forte do constitucionalismo acolhida pelo doutrinador (op. cit., p. 151, 157).

### 3.2 Ponderação judicial e direitos fundamentais

O tema dos direitos fundamentais, como referido alhures, proporciona um intenso debate em torno da justiciabilidade e da eficácia, de modo a que a jurisdição exerça uma função de garantia, na senda da democracia constitucional.

O recurso à metódica da ponderação tem ocupado significativo espaço no discurso jurídico, a partir de uma pré-compreensão de que os princípios em colisão seguem os mandamentos de otimização, ao passo que as regras obedecem à lógica do “tudo ou nada”, sendo aplicadas por subsunção.

Lançadas essas premissas, a pergunta que merece reflexão é a seguinte: qual o papel da ponderação em matéria de direitos fundamentais?

A doutrina tem feito uma leitura equivocada do contributo de Alexy e ampliando em demasia o raio de incidência da ponderação, aspecto que contribui para o incremento do poder discricionário do juiz, com riscos à própria democracia. A ponderação, na atual quadra da história, serve para tudo, para o bem e para o mal.

Segundo Streck<sup>29</sup>, ao diferenciar a ponderação e a hermenêutica em razão dos planos de racionalidade distintos (logos apofântico e logos hermenêutico),

[...] para a compreensão hermenêutico-filosófica, a resposta correta não decorreria desse juízo de ponderação do juiz, mas sim, da reconstrução *principlológica do caso, da coerência e da integridade do direito*. Seria uma decisão sustentada em argumentos de princípio e não em raciocínios finalísticos (ou de políticas). É por isso que a hermenêutica salta do esquema sujeito-objeto para a intersubjetividade (sujeito-sujeito)."

Na perspectiva de Heidegger, seguido por Stein,<sup>30</sup> o *como hermenêutico* é o *como* do mundo prático, ao passo que o *como apofântico* é o *como do discurso*, dos enunciados assertóricos, havendo, pois, uma dobra da linguagem no acesso ao mundo, cuja estrutura é a de *algo como algo*.

Na tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, o cumprimento da sentença deve observar o meio executivo mais adequado, em consonância com a substancialização do processo civil contemporâneo. Dito de outro modo, o processo não é mera técnica ou instrumento para a concretização do direito material, mas sim, uma forma de resolução de conflitos baseada na integridade da jurisdição (Dworkin), a qual deve primar pela eficácia das decisões judiciais. Se, no caso concreto, o magistrado, a partir da “comunidade de princípios” e do “romance em cadeia”, reportando-se à tradição, à coerência e à integridade,

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 187.

<sup>30</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 21. O referido autor, com apoio em Heidegger, sustenta que “Não termos o acesso pleno ao objeto a não ser via significado, quer dizer que conhecemos *algo como algo*”, trazendo o seguinte exemplo: “Não conhecemos uma cadeira em sua plenitude com objeto na nossa frente, enquanto ela está aí, mas enquanto um objeto no qual podemos sentar, a cadeira enquanto cadeira”.

determina o bloqueio de verbas públicas para a concretização de programas voltados à infância e juventude, não há nada a ponderar diante de eventuais razões “suspeitas”, ancoradas na reserva do possível e na separação de poderes (funções).

Ora, se há um dever fundamental de pagar impostos (Casalta Nabais), o controle jurisdicional de políticas públicas, máxima diante da implementação dos direitos sociais, leva à sindicabilidade das categorias “suspeitas”, isto é, que distorcem o princípio da separação de poderes, utilizado como um argumento de retórica para fragilizar a autonomia do Direito. Por sua vez, o cumprimento da Constituição não pode ficar na pendência de razões utilitaristas ou de “cofres cheios”, porquanto ao gestor não é dado realizar “escolhas discricionárias” que contrariem as prioridades constitucionais, como a saúde e a educação, entre outras. A autonomia municipal não é um “cheque em branco” para omissões inconstitucionais e lesivas aos direitos fundamentais.

Ao cidadão-jurisdicionado que bate às portas do Estado, não há qualquer justificativa ética para o repúdio à Constituição, a qual não é letra morta ou mera carta de intenções, mas possui força cogente, pois os princípios têm natureza deontológica, cenário que afasta a ponderação como método de resolução da dinâmica dos casos. Não há espaço para a ponderação no âmbito dos direitos sociais, sobretudo em se tratando de políticas públicas essenciais à consecução do mínimo existencial para uma vida digna.

Não se pode olvidar da cláusula de progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, apontando para uma importante dimensão temporal e prospectiva das prestações positivas do Poder Público. A infidelidade governamental, o desprezo ao sentimento constitucional (Verdú), a inobservância da vontade constituinte, reclamam a pré-compreensão do processo como direito fundamental do cidadão, e nele inserido o direito ao meio executivo mais adequado. A democracia substancial não admite retrocessos inautênticos alicerçados em razões “suspeitas”, que suprimem a função promocional dos direitos prestacionais, os quais sucumbem diante de eventual vontade política do gestor de gastar o dinheiro público com festas e eventos, entre outras despesas que não são prioritárias.

Por derradeiro, o sistema de Justiça tem papel inarredável na proteção e na promoção dos direitos sociais, exercendo uma função de garantia (e não de governo), como sustenta Ferrajoli, avizinhandose no horizonte que a integridade do processo deve levar em conta a natural tutela da vida, da saúde, da educação, entre outros direitos a prestações, assegurados por intermédio do Estado. Admitir a ponderação – e o que é pior, com uma recepção equivocada da obra de Alexy – pode representar um retrocesso histórico aos direitos econômicos, sociais e culturais, porquanto não estão atrelados à idiosincrasia governamental.

### 3.3 A discricionariedade judicial e as decisões interpretativas: da onticidade das regras à ontologicidade dos princípios

Dworkin diferencia os casos fáceis dos difíceis numa perspectiva voltada à hermenêutica da compreensão – interpretação – aplicação (fusão de horizontes – *applicatio*), e não com o objetivo de reduzir a problemática. A discricionariedade tem dois sentidos “fracos” e um sentido considerado “forte”, o qual é o objeto do estudo de Dworkin, salientando que, na resolução dos casos “difíceis”, criou a figura do juiz “Hércules”, com poderes sobre-humanos, com capacidades especiais para a resolução de tais casos. “Hércules”, na verdade, é uma metáfora (Streck) ou uma ficção (Kaufmann), figura que não pode ser lida de forma solipsista, sob pena de corromper a própria teoria de Dworkin.<sup>31</sup>

No âmbito da teoria constitucional contemporânea, a diferença entre texto e norma tem sido alvo de intensas reflexões doutrinárias, atingindo a seara jurisprudencial.

Do texto (estático) à norma (dinâmica) medeia um importante processo de produção de sentido, fruto da interpretação, na esteira do reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais, em suas múltiplas dimensões.

Por sua vez, a concretização da norma constitucional reclama uma hermenêutica disposta a lançar luzes sobre o “não-dito”, a partir de uma adequada pré-compreensão, a qual está vinculada à tradição da comunidade, no decorrer do tempo e da história. A Constituição, desse modo, possui uma inequívoca dimensão temporal, apontando para o futuro (prospectividade), mediante o cumprimento das promessas da modernidade estampadas no “texto”, conquanto nem sempre incidam normativamente sobre a vida. Parcela da doutrina sustenta a “derrotabilidade” da regra ou ponderação de regras, nos casos em que a solução a ser alcançada no caso concreto possa resultar em uma “incidência inconstitucional”.

Cumprindo indagar: quais os limites à jurisdição no processo de atribuição de sentido, ao admitir-se eventual “derrota” de regras?

A jurisdição é uma função de garantia e não de governo (Ferrajoli), de caráter contramajoritário, máxime na implementação dos direitos fundamentais sociais. Tal premissa é fundamental para a compreensão do papel do STF na função de guardião da Constituição, nomeadamente diante da resolução dos casos de repercussão política, buscando a construção de uma esfera de autonomia do Direito.

<sup>31</sup> Tal é a leitura Francisco Motta, salientando que, com apoio em Dworkin, o Direito possui uma dimensão interpretativa, refutando, desse modo, a “tese da demonstrabilidade”, segundo a qual não se pode “demonstrar” que uma proposição é verdadeira. Aduz Motta que “é possível construir verdades que não sejam matemáticas, mas hermenêuticas (e nem por isso “menos” verdadeiras)”. MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 81.

A título ilustrativo, mister é sublinhar que a tese da “derrotabilidade” ou da ponderação de regras foi acolhida pelo Ministro Marco Aurélio em voto proferido acerca da concessão de benefício assistencial à pessoa com deficiência, cuja renda ultrapassa a importância de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, havendo o afastamento da referida regra para o caso, consoante se depreende da fundamentação (RE 567.985. Rel. Min. Marco Aurélio).

A questão de fundo, todavia, remete à discussão em torno dos precedentes do Supremo no tocante à aplicação ou não do texto: ora a Corte assenta a regra, como na decisão que reputou válida a Lei da Anistia, em detrimento do necessário controle de convencionalidade frente à Convenção Americana de Direitos Humanos (a esse respeito, vale lembrar a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Guerrilha do Araguaia”, que condenou o Estado Brasileiro em face dos desaparecimentos forçados ocorridos no regime militar); ora admite o seu afastamento, a exemplo da regra (constitucional) do artigo 52, X, sob o argumento da “mutação constitucional” do sistema de controle de constitucionalidade (abstrativização ou objetivação do controle difuso).

Nessa senda, o acolhimento da “derrotabilidade” ou ponderação de regras enseja o afastamento do texto em determinados casos, sob a alegação de incidência inconstitucional, como se a norma pudesse ter uma existência autônoma ou divorciada do texto. Ora, não há texto sem norma, assim como não há norma sem texto; do contrário, abrir-se-ia um amplo espaço para arbitrariedades interpretativas, sob o manto da “discrecionabilidade judicial”. As decisões consistentes na interpretação conforme ou, ainda, na declaração de nulidade parcial sem redução de texto, são valiosas possibilidades hermenêuticas de controle difuso de constitucionalidade, que comprovam a (des)necessidade da ponderação de regras como método dos direitos fundamentais e resolução dos casos concretos.

A regra e o princípio devem ser compreendidos a partir de uma diferença ontológica (Streck), entre o ôntico (regra) e o ontológico (princípio). A regra é porosa e não cobre todas as situações compartilhadas da vida cotidiana. Os princípios constitucionais instituem o *mundo prático no direito*, não são mandados de otimização, tampouco valores, operando um fechamento interpretativo da hermenêutica contra a discrecionabilidade judicial. Não há regra sem princípio e não há princípio sem regra, ou, dito de outro modo, o “princípio está antes da regra. Somente se compreende a regra através do princípio”.<sup>32</sup>

O exemplo da “derrotabilidade” de regras serve para destacar o risco à própria democracia constitucional em face da “delegação legislativa” ao poder contramajoritário, mediante uma interpretação sem “freios” ou limites – “regra

---

<sup>32</sup> STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 68-70.

da regra” ou “norma sem texto”? –, desencadeando um ativismo judicial que enfraquece a autonomia do Direito. Afinal, a jurisdição, como função de garantia, se torna legítima pelo respeito à tradição, à coerência e à integridade das decisões interpretativas, à luz dos argumentos de princípio e não de política (Dworkin).

Depreende-se que não há um princípio para cada caso, mas sim, uma totalidade de princípios, sendo que toda decisão deve estar fundamentada na comunidade de princípios (Dworkin), os quais manifestam um caráter de transcendentalidade. Há, assim, uma diferença ontológica entre regra e princípio, e não uma distinção, como quer Alexy, e o “seu acontecimento sempre se dá numa unidade que é a antecipação de sentido”.<sup>33</sup>

#### 4 **Uma crítica hermenêutica à ponderação judicial: do decisionismo à resposta constitucionalmente adequada**

##### 4.1 A teoria integrativa em Dworkin e a “única resposta correta”

A questão acerca sobre como os juízes decidem os casos, tratada por Dworkin em sua construção teórica integrativa, leva em conta alguns critérios, tais como a coerência e a integridade, comparando o Direito como uma espécie de romance em cadeia (*chain novel*), no qual o juiz deve levar em conta os precedentes dos juízes que já se pronunciaram, a lei, o Direito, e dar prosseguimento, como se fosse o escritor de um romance.

Dworkin<sup>34</sup> tece críticas às correntes doutrinárias do convencionalismo e do pragmatismo, apontando suas insuficiências na construção de uma teoria do Direito.

Na perspectiva do convencionalismo, o Direito é aquilo que realmente é, e não o que os juízes pensam ser. Referida corrente faz o Direito depender de convenções sociais distintas, designadas convenções jurídicas, ou seja, de convenções sobre quais instituições deveriam ter o poder de elaboração das leis e de que maneira.

Já o pragmatismo baseia-se na negativa de que as pessoas tenham quaisquer direitos, contrapondo os direitos das pessoas àquilo que seria pior para a comunidade, ou seja, em face dos interesses da maioria, apenas porque uma legis-

---

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: A hermenêutica e a (in) determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 223.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 141-142, 186.

lação estabeleceu, ou porque juízes decidiram que outras pessoas teriam tal direito. O principal defensor do pragmatismo, na atualidade, é Richard Posner,<sup>35</sup> juiz nos Estados Unidos e o propulsor da corrente Direito e Economia. Assevera ser inevitável que casos semelhantes acabem por ser tratados frequentemente de forma inconsistente não somente porque diferentes juízes farão um balanceamento diferente das consequências, segundo o seu temperamento, formação, experiência e ideologia que conformem suas pré-concepções e, com isso, sua resposta aos argumentos e às provas, senão também porque juízes diferentes apreciam consequências diferentes. O pragmatismo aceita que uma decisão seja razoável à luz dos interesses conflitantes no caso em questão, ainda que uma decisão razoável não seja necessariamente uma decisão “correta”.<sup>36</sup>

A seu turno, a coerência pressupõe a análise ampla do Direito e a sua reconstrução histórico-institucional, de modo que os casos futuros tenham um tratamento semelhante aos casos enfrentados pelos juízes, dentro da cadeia interpretativa. É uma relação de conexão entre a decisão judicial e o próprio Direito.

Para além da coerência, a integridade obriga que os juízes levem em conta os princípios tais como a justiça, a equanimidade ou o “jogo limpo” (*fairness*), o devido processo legal para a tomada de decisão, a qual, além de ser coerente com a sua história institucional, deve ser justa. Além disso, deve o juiz observar a comunidade de princípios, de modo a afastar um indesejável subjetivismo no ato de julgar.

Já a perspectiva do romance em cadeira (*chain novel*) compara o juiz a uma espécie de romancista, que deve dar prosseguimento a uma obra coletiva, razão pela qual não pode desprezar o contributo dos juízes que o antecederam, na análise dos precedentes, da lei e do Direito.

Nesse ponto, lembra Eros Grau<sup>37</sup> que o Direito é alográfico, ressaltando a diferença entre texto e norma, entre o autor e o intérprete.

---

<sup>35</sup> O referido autor se posiciona em favor de um “ceticismo moral pragmático”, contrapondo-se àquilo que denomina de “moralismo acadêmico”, destacando que “a moral é um fenômeno local, ou seja, não existem universais morais interessantes”. Argumenta, ainda, que “O que é universal são os *sentimentos morais*, ou seja, as emoções morais. São elas, entre outras, a culpa, a indignação e certas formas de repugnância, mas não o altruísmo, o qual, como veremos, não é fundamentalmente um sentimento *moral*”. POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, Trad. Marcelo Brandão Cipolla. p. 6-11.

<sup>36</sup> POSNER, Richard A. *Como deciden los jueces*. Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 278-279.

<sup>37</sup> GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 82-83.

Outro traço do positivismo é a desvinculação entre o Direito e a Moral, compreendidos com espaços independentes e sem qualquer conexão, nomeadamente em virtude das lições de Hans Kelsen. Há, em síntese, quatro teses sobre a relação entre o Direito e a Moral:<sup>38</sup>

- a) Vinculação (jusnaturalismo);
- b) Separação (positivismo jurídico – Kelsen, Hart, Ferrajoli, entre outros);
- c) Complementaridade (Alexy<sup>39</sup>);
- d) Co-originariedade (Dworkin, Habermas e Streck): Institucionalização da moral no Direito e não uma “pretensão corretiva”.

A tese da separação entre o Direito e a Moral, sustentada pelo positivismo, inclusive por Ferrajoli, não encontra ressonância no Constitucionalismo Contemporâneo, haja vista que a Moral e o Direito são co-originários, isto é, trata-se da institucionalização da Moral no Direito (Dworkin-Habermas). Não há cisão estrutural entre Direito e Moral. Vale dizer que não se está falando da moral individual, mas da moralidade política ou da moral crítica, isto é, um *a priori compartilhado*. Por isso que os princípios “fecham” a interpretação ao invés de abri-la (Streck).

Nessa linha de entendimento, Dworkin<sup>40</sup> afirma que “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas”.

O referido autor sustenta a possibilidade de uma “única resposta correta”, a partir do exame dos aportes hermenêuticos alhures identificados. A única resposta correta (*one right answer*) é apresentada por Dworkin como um ataque ao positivismo jurídico, calcado na discricionariedade judicial, como uma maneira que criar uma blindagem hermenêutica ao relativismo no Direito. Tal não obriga que o juiz tenha que alcançar a resposta correta, mas que, ao menos, tente buscá-la, a partir de argumentos de princípio e não de política, tomando em conta a tradição, a coerência e a integridade do Direito. Assim, não há um “método” para se chegar à resposta correta, no sentido cartesiano, ou seja, não há como ga-

<sup>38</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. “Direito”. *Dicionário de Filosofia Política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010. p. 147-148.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, em especial p. 151-152, onde o autor refere que o Direito formula uma “pretensão à correção”.

<sup>40</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 291.

rantir, do ponto de vista metodológico, que estejamos certos. A verdade surge não como correspondência, de maneira lógico-matemática, mas como coerência, dentro da cadeia da interpretação (Arango).

Dworkin sustenta a necessidade de uma leitura moral da Constituição e do próprio Direito, ou seja, buscando tratar as pessoas com igual consideração e respeito (*equal concern and respect*).

Em *Justice in Robes (Justiça de Toga)*, na discussão com Isaiah Berlin, sobre o pluralismo de valores, Dworkin sustenta uma concepção de liberdade voltada ao respeito aos direitos morais das outras pessoas. Do contrário, a liberdade do lobo seria a morte do cordeiro e temas como o racismo e a liberdade de expressão ficam na dependência das escolhas discricionárias dos juízes. O Direito, para Dworkin, é um segmento da moral, pois são co-originários. Já para Radbruch, o Direito pode ser moral ou não, sendo que a moral é externa e possui uma pretensão corretiva.<sup>41</sup>

Já em *Justice for Hedgehogs (Justiça para Ouriços)*, numa tradução livre, Dworkin trabalha a passagem do poeta grego Aquíloco, para o qual a “raposa sabe de várias coisas, mas o ouriço sabe de uma e bem grande”. Define a democracia e outros temas da filosofia política, a partir de uma teoria unificada de valor, que leve em conta a moralidade política da comunidade de princípios. A unidade do valor procura uma sustentação recíproca entre os direitos humanos (liberdade e igualdade, por exemplo, não estão em conflito, mas se harmonizam na construção das balizas do caso concreto).<sup>42</sup>

#### 4.2 A justiciabilidade dos direitos fundamentais e a resposta constitucionalmente adequada

A justiciabilidade ou a exigibilidade dos direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social, tem sido um tema de extrema importância, diante do deslocamento das demandas sociais dos Poderes Executivo e Legislativo rumo ao Judiciário, em face da omissão administrativa e legislativa na execução e na previsão normativa de instrumentos para assegurar a concretização constitucional.

---

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 149 e ss.

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice For Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 365-368.

A denominada judicialização da política<sup>43</sup> reclama a adoção de pautas de controle hermenêutico da atividade judicante, de tal modo a que o poder contra-majoritário assuma a responsabilidade política por suas decisões, na perspectiva de Dworkin. Por óbvio, a judicialização não se confunde com o ativismo judicial, haja vista que este implica na aceitação de um voluntarismo ou um decisionismo por parte dos juízes, ou seja, uma espécie de “governo dos juízes”.

Daí a necessidade de identificar-se a existência de respostas corretas em Direito, as quais não estão no subjetivismo do julgador ou na sua consciência, mas sim, no processo de produção democrática do Direito, tomando-se em conta os elementos conferidos pela hermenêutica de cariz filosófico para a construção de decisões constitucionalmente adequadas.

Tal situação é associada, de modo incondicional, com a cultura e a formação dos juristas, sendo que os sistemas da *Common Law* e da *Civil Law* possuem traços marcantes e característicos, como a construção do Direito por parte dos precedentes dos juízes no primeiro modelo e a produção legislativa como norteadora das decisões judiciárias no último. Há, ainda, o modelo germânico, no qual a edificação dos principais institutos jurídicos contou com o contributo da doutrina e da academia.<sup>44</sup>

A racionalidade que se pretende é a mais ampla possível na esfera da aplicação do direito, haja vista que uma racionalidade integral colidiria com o “*caráter de decisão e de valoração do direito*”.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Como bem assinalam Vianna et all, “a judicialização da política e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a “substituição” de um Estado “*benefactor*” por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça”. VIANNA, Luiz Werneck et all. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 43.

<sup>44</sup> CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia*. Trad. Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 86 e ss. Assinala o autor que, enquanto o Direito da *Common Law* é uma “trama inconsútil”, o que significa que “todo jurista que quiser estudar em profundidade os méritos de um caso pode ter de perambular pelos séculos e tornar-se um historiador jurídico ou, talvez devamos dizer, um jurista histórico”, no Direito continental, as duas principais características, quais sejam, “– o fato de basear-se em um *corpus juris* autorizado e de ser codificado – claramente constituem duas anomalias, que podem realmente ser reduzida a uma, o fato de que o Direito continental se baseia em um “texto sagrado”” CAENEGEM, R. C. van, op. cit., p. 10, 87.

<sup>45</sup> MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. rev., atual. E amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 66.

Destacam-se, nessa senda, a tradição, a coerência e a integridade das decisões, nomeadamente na cena judicial.

A tradição está relacionada com a consciência histórico-efetual, provocando um constrangimento epistemológico no órgão decisório, de tal modo a refletir sobre a temporalidade e a existência de precedentes acerca da matéria debatida nos autos.

A coerência, por seu turno, é um elemento hermenêutico essencial, responsável pela observância do sistema jurídico-constitucional, assegurando decisões pautadas por uma conexão entre a decisão e o Direito, contribuindo para evitar subjetivismos do intérprete.

Já a integridade reporta-se aos princípios da justiça e equanimidade que devem ser observados, em especial, pelo juiz.

Os direitos sociais, por sua natureza, pedem para a sua execução uma intervenção ativa do Estado, que frequentemente se prolonga no tempo. À diferença dos direitos tradicionais, para cuja proteção mostra-se suficiente que o Estado não permita a sua violação, os direitos sociais exigem uma permanente ação do Estado, “com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas”.<sup>46</sup>

O princípio da proporcionalidade, tão decantado pela doutrina, deve ser interpretado como coerência e integridade e não como juízo de equidade ou de ponderação. O contrário, isto é, a busca de argumentos que tenham *prima facie* um maior peso seria uma atitude de retorno ou retrocesso ao trilema de Münchhausen, diante da ausência ou impossibilidade de um *Grundmethode*.<sup>47</sup>

Apoiando-se na fenomenologia hermenêutica, salienta Streck que a resposta correta aqui trabalhada é a resposta hermeneuticamente correta, que, limitada àquilo que se entende por fenomenologia hermenêutica, poderá ser denominada de verdadeira, se por verdadeiro entendermos a possibilidade de nos apropriarmos de pré-juízos autênticos e, dessa maneira, podermos distingui-los dos

---

<sup>46</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 41. Todavia, o referido autor admite a discricionariedade judicial nos direitos sociais, apregoando que “nessas novas áreas abertas à atividade dos juizes, haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, criatividade, pela simples razão de que quando mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juizes”. CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., p. 42. Diverge-se, pois, de Cappelletti no que toca ao reconhecimento do poder discricionário dos juizes, defendendo-se a concepção de trunfo dos direitos sociais como limite hermenêutico ao decisionismo judicial.

<sup>47</sup> STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 185.

pré-juízos inautênticos”. Refere, ainda, que “o sentido hermeneuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição”.<sup>48</sup>

Nesse aspecto, entende-se que razão assiste ao referido autor, quando refere que a resposta correta significa, em verdade, a possibilidade e a necessidade de *decisões adequadas à Constituição*. A resposta correta precisa estar amparada em uma hermenêutica filosófica integrativa, buscando, na *intersubjetividade*, a participação dos atores sociais e a comunhão em torno dos valores constitucionais para a construção do Estado Democrático de Direito.<sup>49</sup>

### Considerações finais

A concretização dos direitos fundamentais, no curso da história, tem mostrado a existência de limites impostos ao poder do Estado, com o objetivo de ressaltar a pessoa humana, em suas múltiplas dimensões.

De início, a proteção da autonomia individual e do homem isolado, na esteira do Estado Liberal de Direito, passando-se à densificação de um princípio de socialidade, no Estado Social, até o advento do Estado Democrático de Direito, onde há a sujeição do Direito ao Direito (Ferrajoli), a Constituição passou a ser o *locus* onde os direitos, liberdades e garantias, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais, não raras vezes, se divorciam da realidade fática dos seres humanos.

Com efeito, o edifício jurídico dos direitos sociais e a sua consagração doutrinária devem produzir ressonância no momento crucial consistente na aplicação do Direito. Isso porquanto a compreensão e a interpretação são momentos indissociáveis, refletindo, por parte do intérprete, um compromisso incondicional com a efetividade e a eficácia dos princípios constitucionais.

<sup>48</sup> STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 306.

<sup>49</sup> Streck adverte que “O direito fundamental a uma resposta (constitucionalmente adequada à Constituição) não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Como já referido à sociedade, a hermenêutica filosófica não admite respostas definitivas, porque isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitivas pressupõem o sequestro da temporalidade. E a hermenêutica é fundamentalmente dependente da temporalidade. Ou seja, a pretensão a respostas definitivas (ou verdade apodíticas) sequer teria condições de ser garantida”. Sublinha, ainda, que “A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação [...]. Assim, a tese aqui apresentada é uma simbiose entre as teorias de *Gadamer e Dworkin*, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata “da resposta adequada à Constituição”, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma”. (STRECK, Lenio. “Hermenêutica e Decisão Jurídica: Questões Epistemológicas”. *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio. (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 170-171 (grifos nossos).

Tal situação leva, necessariamente, à discussão em torno da exigibilidade dos direitos sociais, os quais reclamam, para além de uma não-intervenção do Estado, um agir positivo dos Poderes Constituídos no sentido da implementação da Lei Maior, máxime nos direitos relativos à saúde, à educação, à moradia, a um ambiente saudável, entre outros.

Ora, percebe-se, na atual quadra, deficiências na consecução das políticas públicas, onde a regra da maioria e o *accountability* eleitoral, apenas, são insuficientes para a garantia dos direitos sociais, haja vista que são alçados à categoria de trunfos.

Significa dizer que os direitos fundamentais sociais não estão à disposição da idiossincracia dos governos, mas sim, configuram uma esfera cognitiva na qual há uma vinculatividade dos agentes estatais à sua irrestrita observância.

Diante disso, importa trazer a lume a problemática de fundo que embasou a elaboração do presente trabalho: *a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos sociais reclama a adoção de juízos de ponderação ou seria possível afirmar a existência de uma resposta correta na concretização pelo Judiciário? Afinal, como controlar o poder contramajoritário?*

A proteção judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais tem tomado como balizamento a regra da ponderação, a qual, em virtude de uma recepção equivocada da doutrina de Alexy e de suas insuficiências, levou à proliferação de decisões judiciais conflitantes, mesmo em se tratando de casos análogos. A ponderação remete ao problema do sujeito da modernidade, o qual, em última análise, é o agente que detém os pratos da balança e que faz pender um dos “direitos em conflito”.

A ponderação leva à compreensão inautêntica da existência do aludido conflito entre direitos fundamentais, sendo que a assunção da tese em questão implica, em realidade, na fragilização da autonomia do Direito e, com isso, da própria democracia.

Daí a necessidade de uma hermenêutica integrativa, associando as perspectivas da tradição e da integridade, na esteira do eixo doutrinário Heidegger-Gadamer, associado aos aportes de Dworkin (*Direito como integridade*) e Streck (*Crítica Hermenêutica do Direito*), na construção de respostas corretas em Direito. É preciso levar a sério a tradição, a coerência, a integridade, o romance em cadeia (*chain novel*), a leitura moral da Constituição e do Direito, enfim, uma teoria da decisão judicial, a fim de controlar o poder contramajoritário. Ainda, o principal traço do positivismo, o qual merece ser discutido, vem a ser, justamente, a discricionariedade judicial.

Sustentar a discricionariedade dos juízes na resolução dos casos significa, em plena era dos direitos fundamentais e da democracia constitucional, delegar ao poder contramajoritário a produção do Direito, quadro que pode resultar em um “governo dos juízes”, em prejuízo das expectativas normativas da comunidade em torno da concretização da Constituição.

A saúde, a educação, a moradia digna, entre outros direitos fundamentais sociais, não podem depender da sorte ou do acaso que decorrem do ponto de vista ou da “consciência do justo” por parte do julgador, em nítida afronta ao ideal de integridade e à leitura moral do Direito.

A judicialização da política diferencia-se de posturas ativistas que fazem depender a construção de soluções de posturas individuais dos juízes, sendo que aquela reflete a atual situação de deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário.

O processo de implementação de políticas públicas, na consecução dos direitos sociais-prestacionais, pode ser alcançado, também, pelo Judiciário diante da comprovada omissão dos outros poderes, espectro em que o princípio da separação de funções e a reserva do possível devem ser compreendidos em consonância com a efetividade da tutela jurisdicional, em consonância com a Constituição e os direitos fundamentais.

A pré-compreensão, a fusão de horizontes, a consciência histórico-efetual e a tradição são importantes recursos hermenêuticos que criam barreiras ao discricionarismo judicial, cujo sustentáculo é antitético ao componente democrático dos direitos fundamentais. Não bastasse isso, a concepção integradora da democracia faz com que os direitos sociais não dependam da vontade das “maiorias”, em regra, subservientes aos destinos das disputas eleitorais e ao sabor dos acontecimentos político-partidários.

O tempo dos direitos sociais segue outra perspectiva: a que decorre da visão dos trunfos, da dimensão moral e da proibição da proteção insuficiente, de modo a que haja uma vinculação dos poderes, inclusive do Judiciário, ao cumprimento da Constituição em seus princípios fundamentais e estruturantes. A suspensão dos pré-juízos inautênticos, ancorados num individualismo cego e unilateral, em uma lógica eficientista e utilitarista (*Law and Economics*), bem como no caráter programático dos direitos sociais, é essencial para o “acontecer” da Constituição e da sua substancialidade, em atenção à dignidade humana e à busca de uma sociedade justa e solidária nos caminhos do porvir.

## Referências

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BECK, Ulrich. *Risk Society. Towards a New Modernity*. Trad. Mark Ritter. London, Thousand Oaks, New Dehli, Sage Publications, 1992.
- BECK, Ulrich; GUIDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOBBIO, Norberto. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica Por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BUCHANAN, James M. *The demand and supply of public goods*. Rand McNally Economics Series, 1968.
- CADERMATORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 207-227.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.
- CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia*. Trad. Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2008.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARROL, Lewis. *Alice no país do espelho*. Trad. Willian Lagos, Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011.
- DIAS, Augusto Silva. “What if everybody did it? Sobre a capacidade de ressonância da figura da acumulação no Direito Penal”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, nº 13.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Justice For Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.
- FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing (the moral limites of the criminal law)*, v. IV, 1988.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de La democracia*. Madrid: Trotta, 2011.
- FRANCO, António Luciano de Sousa. *Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro*. v. 1. 4. ed. Lisboa, 1974.
- FREITAS, Juares. *Discrecionariadade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- FREITAS, Juares. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: Virgílio Afonso da Silva (Org.). *Interpretação Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 317-356.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil. *Direitos fundamentais. Limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HASSEMER, Winfried. “Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?” In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 95-104.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2008.

HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. Trad. Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEFENDEHL, Roland. *Deve ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. Disponível em: <<http://www.criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 25 out. 2012.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KRELL, Andreas. J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998.

- NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura do Direito: O século XX.* Trad. Luca Lamberti. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial.* 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional.* 4. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.* O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito.* Coimbra: Almedina, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria.* Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.* 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: A hermenêutica e a (in) determinação do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica.* Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- POSNER, Richard A. *Como deciden los jueces.* Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça.* Trad. Carlos Pinto Correia. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2001.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics.* 2. ed. ver. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SANDEL, Michael. *Justiça. O que é fazer a coisa certa.* Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 9. ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 47, 2004.

SGUBBI, Filippo. “L’Interesse diffuso come oggetto della tutela penale (considerazioni svolte com particolare riguardo alla protezione del consumatore)”. In: *La Tutela degli Interessi Diffusi nel Diritto Comparato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, p. 547-594.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de La Interpretación Del Derecho*. 2. ed. Editorial Porrúa, México, 1973.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009. p. 123-58.

SHAKESPEARE, William. *Medida por Medida (Measure for Measure)*. Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/medida.html>>. Acesso em: 20 out. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia*. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SÓFOCLES. *Antígone*. Trad. J. B. de Mello e Souza. 2005. 89 p. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.

STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre “Ser e Tempo”*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. “Da interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma.” In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado em Direito. Anuário 2005, nº 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 137-180.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 59-94.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Decisão Jurídica: Questões Epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). *Hermenêutica e Epistemologia*: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 153-72.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 78.

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOFY. *The Free Rider Problem*. Disponível em: <<http://www.plato.stanford.edu/entries/free-rider/>>. Acesso em: 25 out. 2012.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito I – Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.