



Por que não ponderar ou subsumir?

Why not ponder or subsume?

Jeferson Dytz Marin¹

Universidade de Caxias do Sul (UCS) - Caxias do Sul/RS
jeferson@marinadv.com.br

Nelson Gularte Ramos Neto²

Universidade de Caxias do Sul (UCS) - Caxias do Sul/RS
nelson-neto@pge.rs.gov.br

RESUMO: O objetivo do presente artigo é analisar a compatibilidade da subsunção e da ponderação, utilizadas para aplicação das regras e princípios, com as necessidades do Constitucionalismo Contemporâneo. Investigar-se-á se propostas de técnicas decisórias, amplamente adotadas pela literatura jurídica pátria, são adequadas ao que se espera de um novo paradigma jurídico denominado pós-positivismo, (re)pensado a partir do Estado Democrático de Direito, antecipando-se que a hipótese aponta no sentido de uma resposta negativa, tendo em vista a identidade que se estabelece entre as técnicas supracitadas e o paradigma positivista.

Palavras-chave: Decisão Judicial. Ponderação. Subsunção.

ABSTRACT: The aim of this article is to analyze the compatibility of the subsumption and the weighting, used to apply the rules and principles, with the needs of Contemporary Constitutionalism. It will be investigated whether proposals for decision-making techniques, widely adopted in the country's legal literature, are adequate to what is expected of a new legal paradigm called post-positivism (re-thought from the Democratic State of Law), anticipating that the hypothesis points in the direction of a negative answer, in view of the identity that is established between the above mentioned techniques and the positivist paradigm.

Keywords: Decision. Ponder. Principles. Rules. Subsume.

* **Editor:** Prof. Dr. Flávio Quinaud Pedron. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4259444603254002>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4804-2886>.

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Coordenador e Professor do PPGD da Universidade de Caxias do Sul. Coordenador do grupo de pesquisa ALFAJUS. Diretor da Marin Advogados Associados. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0169455265201716>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7241-5243>.

² Doutorando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1541140758687425>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2280-3694>.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 A PONDERAÇÃO E A SUBSUNÇÃO SOB A ÓTICA DO POSITIVISMO; 2 A INADEQUAÇÃO DA PONDERAÇÃO PARA A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS; 3 A INSUFICIÊNCIA DA SUBSUNÇÃO PARA A APLICAÇÃO DAS REGRAS; 4 O DIREITO COMO INTEGRIDADE COMO SOLUÇÃO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

SUMMARY: INTRODUCTION; 1 PONDERATION AND SUBSUNCATION UNDER THE OPTICS OF POSITIVISM; 2 THE INADEQUATION OF WEIGHTING FOR THE APPLICATION OF THE PRINCIPLES; 3 THE INSUFFICIENCY OF THE SUBSUNITON FOR THE APPLICATION OF THE RULES; 4 THE RIGHT AS INTEGRITY AS A SOLUTION; FINAL CONSIDERATIONS; FINAL CONSIDERATIONS; REFERENCES.

▪ INTRODUÇÃO

Em tempos de insegurança jurídica, a aplicação das normas deve ser o tema central da Teoria do Direito. Não obstante, o que se constata, no Brasil, é a repetição de modelos decisórios por parte da literatura especializada sem a necessária problematização de seus pressupostos e consequências. Entende-se que o exemplo mais relevante desse problema é o endosso irrestrito que a doutrina tem dado às técnicas de subsunção para aplicação de regras e de ponderação para os princípios jurídicos.

O objetivo do presente artigo é analisar a compatibilidade da subsunção e da ponderação, utilizadas para aplicação das regras e princípios, com as necessidades do Constitucionalismo Contemporâneo. Investigar-se-á se propostas de técnicas decisórias, amplamente adotadas pela literatura jurídica pátria, são adequadas ao que se espera de um novo paradigma jurídico denominado pós-positivismo, (re)pensado a partir do Estado Democrático de Direito, antecipando-se que a hipótese aponta no sentido de uma resposta negativa, tendo em vista a identidade que se estabelece entre as técnicas supracitadas e o paradigma positivista.

Para tanto, serão descritos os traços essenciais do neoconstitucionalismo e do positivismo jurídico, com o objetivo de demonstrar as aproximações desses modelos teóricos, além de seu afastamento do pós-positivismo. A partir disso, os métodos analisados serão esmiuçados e situados no paradigma jurídico objeto de crítica pela doutrina, apontando-se, então, as suas deficiências.

1 A PONDERAÇÃO E A SUBSUNÇÃO SOB A ÓTICA DO POSITIVISMO

Não faltam críticas ao positivismo jurídico na doutrina nacional que trata sobre interpretação no Direito. O motivo determinante para as divergências reside, na esteira do que se verá a seguir, no desapego à lei propalado pelo neoconstitucionalismo, movimento que enaltece o papel dos princípios, entendidos como valores fundamentais da sociedade, cuja concretização deve ser promovida pelo juiz a partir da ponderação. Este setor doutrinário também propõe a utilização da subsunção como método de aplicação das regras, razão pela qual a ele se fará referência.

A proposta neoconstitucionalista, terreno onde as técnicas decisórias a serem criticadas são apontadas como solução ao problema hermenêutica jurídica, é figurar como novo paradigma da Teoria do Direito. Em primeiro lugar, há que se deixar claro que o termo utilizado para identificar essa matriz teórica está longe de representar uma unidade teórico-conceitual (STRECK, 2014, p. 115). Apesar de suas variações, parcela considerável da doutrina reúne fundamentos semelhantes que permitem focalizar um sentido predominante do rumo que a teoria toma, mostrando-se elucidativo o afastamento de alguns autores que outrora se disseram integrantes do “movimento”³. Assim, os traços essenciais a seguir expostos referem-se ao neoconstitucionalismo dominante no Brasil, o que também se poderá constatar a partir dos fortes ataques que a essa teoria vem sofrendo, na medida em que expressam as contradições existentes nas principais características do mesmo modelo que agora serão descritas.

Os defensores deste *novo* direito constitucional o apresentam como uma alternativa ao positivismo jurídico, isto é, como uma espécie de “constitucionalismo antipositivista” (NASCIMENTO, 2012, p. 89-105), quando visualizado num plano mais abrangente. Disso decorre(ria) a sua aproximação com o pós-positivismo (SIQUEIRA JR, 2012, p. 161-185). Adiantou-se que a postura deste artigo científico pretende surgir como crítica, e um dos argumentos mais marcantes é a condenação do juiz boca-da-lei, combatendo-se o formalismo positivista (FIGUEROA, 2012) embasado em uma atividade mecânica na aplicação da lei - que é considerada de maneira isolada -, a partir de raciocínios de subsunção. Oferece, pois, como substitutivo um

³ Por exemplo, cita-se Lenio Streck: “De todo modo, penso que o uso do termo neoconstitucionalismo se tornou de tal modo problemático que a melhor opção me parece ser mesmo o seu abandono. A concretização daquilo que se manifesta historicamente como constitucionalismo depende, efetivamente, de uma teoria pós-positivista que, olhando mais de perto, não possui grande semelhança com aquilo que os teóricos do neoconstitucionalismo postulam”. (STRECK, 2013, p. 185-208).

modelo que não tem somente a lei como fonte do direito, na medida em que reconhece caráter normativo aos princípios. Estes, por sua vez, viabilizam a abertura do texto constitucional aos valores que fundamentam suas disposições, de modo que se enaltece a relação entre moral e direito. Vale citar a lição de Jorge Galvão, como proposta de reunir os principais traços na seguinte definição:

Pode-se considerar Neoconstitucionalismo como sendo uma interpretação da prática jurídica a partir da perspectiva dos juízes, em que a Constituição - editada após o restabelecimento do regime democrático - é tida como uma norma substantiva, composta primariamente de princípios, exigindo do intérprete o manuseio de técnicas especiais, notadamente a ponderação. Ou seja, o Neoconstitucionalismo é um modo específico de enxergar o Direito, no qual se valoriza o papel dos juízes na concretização das promessas contidas no texto constitucional, sendo inequivocamente, uma teoria que busca influenciar o comportamento dos atores jurídicos. (GALVÃO, 2014, p. 59).

O papel dos princípios é, pois, fundamental para o neoconstitucionalismo. Quando aplicados pelos juízes, os princípios realizam os referidos valores, que estariam previstos de forma explícita ou implícita no texto constitucional, em uma atitude eminentemente corretiva que a moral exerce sobre o direito, especialmente se considerada a prevalência dos princípios sobre as regras que é sustentada pelos defensores desse novo modelo teórico (GOMES; ROSSI, 2014, v. 41).

Ao decidir, então, os casos em que os raciocínios causais-explicativos se mostram “insuficientes”, normalmente chamados de casos difíceis, abandona-se a subsunção em troca da ponderação, que seria o método adequado para aplicação dos princípios. Retoma-se a lição de Luís Roberto Barroso, um dos principais expoentes do neoconstitucionalismo aqui descrito, a fim de demonstrar a maneira de pensar a aplicar o direito a partir de seu ponto de vista, compartilhado por boa parte dos juristas no Brasil. Veja-se o que se diz do papel do juiz na decisão de casos difíceis:

A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos - hierárquico, cronológico e da especialização - quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores [...] é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. (BARROSO, 2005, p. 01-

42).

As considerações merecem destaque porque compõem o núcleo da teoria da decisão do neconstitucionalismo brasileiro. Nesse ponto, a utilização da palavra escolha é digna de nota. Vale ressaltar que não se trata de um acidente. O neoconstitucionalismo exige uma liberdade interpretativa do juiz, chegando-se a falar em “onipotência judiciária” destinada a concretizar a “constelação de valores” a partir do ingresso da moral na atividade de ponderação de princípios, que superam as regras (SCHIER, 2008, p. 627). A isso equivale dizer que existe uma exaltação do papel do Poder Judiciário, que tomou o lugar que no constitucionalismo clássico pertencia ao legislador. Nesse sentido, destaca-se a adoção de bases teóricas que aproximam o sistema jurídico nacional ao *common law* estadunidense, em que o juiz exerce(ria) papel ativo na tarefa de construção do Direito (MÖLLER, 2011, p. 43).

Entende-se como proposições neoconstitucionalistas: uma íntima relação entre direito e moral, com a possibilidade de que esta forneça as respostas para os problemas jurídicos com base nos valores que penetram nos princípios⁴; a supremacia dos princípios, cujo caráter normativo, a que se soma sua textura aberta⁵, viabiliza uma aplicação direta da Constituição e os valores nela consagrados; a ponderação como método predominante de solução de casos difíceis, a partir do modelo teórico construído por Alexy, que define os princípios como mandados de otimização; bem como a função central e destacada de uma transformada jurisdição constitucional, reconhecendo o magistrado como protagonista na tutela e na concretização dos valores fundamentais, na forma acima descrita.

Estabelecidas as teses fundamentais a partir das quais se desenvolve o

⁴ É lugar comum a máxima segundo a qual *princípios são valores*, o que jamais deve ser admitido por uma teoria da decisão elaborada a partir de um constitucionalismo democrático, ainda que este não seja o espaço adequado para desenvolver o contraponto.

⁵ Para sustentar a posição de que o poder discricionário aparece na textura aberta das normas, Hart desenvolve uma crítica às teorias do realismo jurídico, a partir da analogia com o jogo de críquete, sustentando que, se não houvesse vinculação do juiz ao direito - ou do árbitro às regras do jogo -, de forma que se verificasse uma ausência de adesão de forma geral às regras, ocorreria uma transformação do próprio jogo, que não mais seria o jogo original, e sim o da discricionariedade do juiz/árbitro. Em seguida, quando o autor trata da relação entre moral e direito, questão que se apresenta como traço essencial da postura neoconstitucionalista, defende que, nas hipóteses relevantes de grande impacto constitucional, em que a solução jurídica para o caso não se mostrar clara, o juiz *escolha* um dos valores morais aplicáveis, que irá figurar como fundamento da decisão não por ser a resposta correta, e sim porque atribui à decisão um grau de aceitabilidade de uma escolha esclarecida. (HART, 2011, p. 221).

neoconstitucionalismo, para a avaliação da procedência de seus argumentos, há que se traçar as bases do juspositivismo, mesmo que sem abordar todas as suas variações teóricas⁶. O objetivo é identificar qual o efetivo caráter pós-positivista da postura neoconstitucionalista assumida pelos autores ora abordados, isto é, verificar se as suas características permitem afirmar que a tese representa uma superação do positivismo, bem como se ela se coaduna com o novo sentido que a Constituição assumiu nas sociedades contemporâneas.

Pode-se iniciar dizendo que o conceito atual de Constituição não comporta as teses positivistas, como explica Lenio Streck:

E a materialidade das Constituições institucionaliza-se a partir da superação dos três pilares nos quais se assenta(va) o positivismo jurídico (nas suas variadas formas e facetas): o problema da fontes (a lei), a teoria da norma (o direito é um sistema de regras em que não há espaço para os princípios) e as condições de possibilidade para a compreensão do fenômeno, isto é, a questão fulcral representada pela interpretação, ainda fortemente calcada no esquema sujeito-objeto [...]. (STRECK, 2008, p. 215).

Malgrado as considerações ora expostas não se destinem a abordar e criticar todas as formas de positivismo, mas sim as suas características essenciais, deveria ser desnecessário anotar que, no estágio atual do pensamento jurídico ocidental, não se justifica gastar uma página para criticar a postura do “juiz boca-da-lei”. Isso porque se entende como superado o positivismo primitivo ou exegético⁷, de modo que o positivismo, há muito tempo, não equivale a uma proibição de interpretar (STRECK, 2013, p. 85). Contudo, as características do neoconstitucionalismo, além do problema das fontes e da teoria da norma, dão conta do destaque conferido para a crítica dirigida ao juiz de postura “passiva”, que seria um mero aplicador da lei.

Ora, esse “desapego” à lei incentivado pelas posturas acima citadas flagrantemente confunde o ataque contra a teoria das fontes (a lei como única fonte do direito) e da norma (o direito como um sistema de regras que não comporta os princípios) com a questão da interpretação do direito, o terceiro pilar sobre o qual se assenta o positivismo e o mais característico de todas as suas formas. Nesse sentido, tratando do tema do controle judicial de políticas públicas e buscando apoio

⁶ Para uma classificação do(s) positivismo(s) jurídico(s), ver BOBBIO (2006).

⁷ “[...] o positivismo jurídico enquanto ideologia é identificado nas versões juspositivistas do séc. XIX, que denomino como positivismo primevo ou primitivo, principalmente, na Escola da Exegese. Neste contexto, lei e direito tornam-se a mesa realidade e a jurisdição é considerada uma atividade mecânica de aplicação legislativa”. (STRECK, 2014, p. 21).

nas teses ora criticadas, vale citar a posição de Osvaldo Canela Jr, que critica o intérprete *bouche de la loi*:

Entretanto, *não se pode mais admitir que o objeto do direito seja, exclusivamente, a lei*. A Ciência do Direito há de ampliar seus horizontes, permitindo a abertura do sistema para situações inovadoras e que exijam soluções igualmente inovadoras. O positivismo, como método de pensamento, tem, neste contexto, a virtude de edificar o sistema para a aplicação do direito segundo padrões científicos seguros. Entretanto, a norma jurídica não poderá ser considerada o único objeto desta ciência, como preconizado por Hans Kelsen. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 143).

Diante disso, questiona-se: quais os padrões científicos seguros para aplicação do direito edificados pelo positivismo? O ataque ao positivismo somente se justificará quando não for direcionado a teses distintas daquelas que foram defendidas, por exemplo, por Hans Kelsen, o maior expoente do referido paradigma. Por isso que é necessário retomar as teses do positivismo normativista - que diariamente é criticado como se fosse o exegético pelos autores representantes do neoconstitucionalismo - no que diz respeito ao problema da interpretação do direito.

Para os limites deste trabalho, a análise será centrada no maior nome do paradigma positivista. Hans Kelsen reconhece, em primeiro lugar, que a interpretação serve ao conhecimento jurídico com o objetivo de que ele seja compreendido como um todo sem contradições entre as proposições que se destinam a descrever esse conhecimento científico, solucionando-se eventuais problemas de antinomias entre as normas (KELSEN, 2009, p. 229). Contudo, ainda no capítulo V de sua Teoria Pura, adianta que a função criadora que o Poder Judiciário exerce na aplicação do direito é indissociável de uma margem de livre apreciação à disposição do julgador, diante da impossibilidade de que o legislador anteveja todas as possibilidades que a norma poderia conter (KELSEN, 2009, p. 272).

A criação do direito é estudada no capítulo sobre a dinâmica jurídica a partir da contraposição de dois sistemas. No primeiro, a função legislativa é responsável pela produção normativa, cabendo aos juízes aplicá-la; no outro oposto, encontra o sistema da livre descoberta, em que as normas são determinadas nos casos concretos com base na livre apreciação dos tribunais. Frente a essa polarização, em vez de escolher entre, de um lado, a segurança jurídica preconizada pela produção de normas gerais ou, de outro, a flexibilidade viabilizada pela normatização individual segundo critérios de justiça, Kelsen opta por uma combinação entre os sistemas, reconhecendo-se a função criativa dos juízes com base na ideia de continuidade do

processo de aplicação do direito, das normas gerais para as particulares. A isso equivale dizer que julgar é avançar a tarefa iniciada pelo legislador (KELSEN, 2009, p. 279-283).

Nada obstante, para desenvolver o tema da interpretação, Kelsen dedicou o menor dos capítulos de sua Teoria Pura, visto como um apêndice de sua obra (STRECK, 2014, p. 121). Isso porque tudo indica que a questão sobre o que se deve fazer diante de uma indeterminação - se é que se justifica, tendo em vista o que é defendido pelo autor - já havia sido resolvida na constatação anterior: os tribunais criam o direito quando chega a sua vez de dar continuidade ao processo de produção normativa. Nesse sentido, após descrever no que consiste a indeterminação do direito, no famoso capítulo VIII do livro, Kelsen descreve a decisão como ato de vontade do julgador, momento em que assume uma postura manifestamente crítica ao positivismo exegético, por ele denominado jurisprudência tradicional, que erra ao supor que a aplicação da lei implica um único resultado. Deve-se destacar que a possibilidade de se encontrar uma única resposta correta é por ele rechaçada. A posição fatalista do autor consiste em sustentar que o juiz é livre para escolher um entre os vários sentidos que a norma possa assumir, mostrando-se impossível controlar esse processo. Vejam-se as suas palavras:

Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método - capaz de ser classificado como de Direito positivo - segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como "correta". [...] a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. (KELSEN, 2009, p. 391-393).

Portanto, a discricionariedade judicial é parte fundamental da teoria kelseniana, que inadmitia o modelo de juiz criticado por ser passivo ou mecanicista (aquele que era defendido pelo positivismo exegético) e, ao mesmo passo, diante da absoluta impossibilidade de encontrar uma resposta correta e da inarredável liberdade de apreciação, *jamais construiu padrões científicos seguros para aplicação do direito* simplesmente porque deixou bem claro que, para ele, essa tarefa era inviável. A menos que se entenda útil eleger como objeto de crítica aquilo que Hans Kelsen criticou há quase um século, é preciso focar no positivismo

normativista⁸ - e na sua tese acerca da discricionariedade - para que seja possível a construção de um modelo pós-positivista.⁹

2 A INADEQUAÇÃO DA PONDERAÇÃO PARA A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Em primeiro lugar, após a contextualização dos objetivos da teoria da decisão no pós-positivismo à luz do paradigma que se quer superar e da proposta que não alcança tal desiderato, cabe analisar a ponderação, que é apontada como o método de resolver os *casos difíceis*.¹⁰ Vale lembrar que a ponderação é o lugar comum entre os autores que se filiam ao movimento denominado neoconstitucionalismo.

O espaço não permite o resgate da teoria da argumentação jurídica,¹¹ onde

⁸ “[...] há que se ter claro que o positivismo desse tipo é denominado ‘normativista’ porque o ‘juiz produz norma’ e, na medida em que ele tem o poder de produzir normas, o que ele decide vale - eis o cerne do 8º capítulo da *Teoria pura do direito*”. (STRECK, 2014, p. 198).

⁹ Entende-se que as considerações até aqui expostas já são suficientes para justificar a necessidade da construção de uma alternativa ao positivismo jurídico (no aspecto normativo), tendo em vista que, além do caráter ultrapassado de um modelo que alberga somente regras e tem a lei como única fonte do direito, existe a necessidade de construção de uma teoria da decisão compatível com o controle democrático que é inerente ao novo momento que atravessa as Constituições contemporâneas.

¹⁰ A distinção entre casos fáceis e difíceis aqui adotada pretende ter o mesmo sentido daquela que é feita por Ronald Dworkin. Isso equivale a dizer que não representa uma cisão entre os diferentes tipos de casos. Como se verá a seguir, diferentemente do que sustentam os autores criticados, o motivo da diferenciação não reside na técnica de decisão decorrente de uma dessemelhança estrutural entre regra e princípio, ou seja, *casos fáceis se resolvem por subsunção; casos difíceis, por ponderação*. Veja-se: “distinguir casos simples de casos difíceis não é o mesmo que cindir casos simples de casos difíceis, essa pode ser a diferença entre a dicotomia *hard e easy cases* de Dworkin e a das teorias discursivo-procedurais. Cindir *hard cases e easy cases* é cindir o que não pode ser cindido: o compreender, com o qual sempre operamos, que é condição de possibilidade para a interpretação [...]”. (STRECK, 2014, p. 70). Por isso é que o adjetivo que acompanha o caso não decorre de sua natureza, mas sim da compreensão que o intérprete tem do problema, razão pela qual o autor questiona: *caso fácil ou difícil para quem?*

¹¹ Para uma adequada abordagem crítica da teoria da argumentação, ver: MARIN (2015); STRECK (2014), especialmente o capítulo 8. Ainda, há quem coloque Ronald Dworkin perfilado à teoria da argumentação. Veja-se: “Nesse desenvolvimento impressionante de ideias, indubitavelmente várias têm direta relação com a dimensão argumentativa do direito e encontram plena coincidência com as teorias da argumentação jurídica principalmente quando afirmam que as soluções dadas por aqueles que julgam os conflitos, não já como mera submissão à norma jurídica positiva, mas levando em conta também os cânones ou princípios compartilhados pela comunidade”. (GRAJALES; NEGRI, 2014, p. 425-446). Aqui, considera-se, diante da abissal dissonância em relação às propostas criticadas, que sua teoria da decisão interpretativista é algo diferente da teoria da argumentação jurídica. Vale citar a lição de MARIN: “A proposta de Dworkin, em que pese sugira - especialmente pelo enfoque da temática - uma proximidade conceitual de Alexy, representa, ao bem da verdade, uma alternativa distinta em termos de teoria da decidibilidade. Enquanto Alexy pode ser classificado como um procedimentalista, Dworkin é um

essa teoria da decisão surge e recebe sua adesão e aperfeiçoamento. Nada obstante, entende-se que a hipótese da falibilidade do método pode ser demonstrada a partir de algumas características a seguir expostas.

Identificou-se, anteriormente, que o uso da ponderação centra-se nos casos difíceis, isto é, problemas que não encontram uma única resposta ditada por uma regra aplicada na forma de *tudo-ou-nada*¹², mormente porque existem argumentos fortes tratados como princípios que apontam para soluções antagônicas. Assim, para os autores estudados anteriormente, os princípios surgem como forma de resolver as questões de que as regras não tratam especificamente.

Entendidos como *mandados de otimização*, os princípios, segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy¹³, são aplicados mediante a utilização da máxima da proporcionalidade. Tendo em vista que os princípios apontam para soluções diferentes, propõe-se que uma colisão entre princípios de igual hierarquia - ou que se encontrem em relação de precedência condicionada - seja tratada diferentemente do conflito de regras, já que estas seriam *mandados definitivos*, cuja aparente contradição na atividade de subsunção é solucionada pela introdução de uma cláusula de exceção¹⁴ ou por meio de três critérios: cronologia,

interpretativista, fulcrando suas pretensões no campo da substancialidade e não nos juízos prévios e nas normas do discurso” (p. 189).

¹² A referência à aplicação da regra com base no *tudo-ou-nada* é feita por Dworkin em Levando os Direitos a Sério. Ainda assim, é preciso ressaltar que a assertiva não implica a cisão estrutural sustentada pela teoria da argumentação jurídica, tendo em vista que o autor norte-americano nitidamente propõe uma relação entre regras e princípios que é incompatível com a cisão ora criticada, o que será objeto de análise em momento posterior. Desde já, é necessário esclarecer que a opção metodológica pela ponderação não é uma decorrência natural da constatação que Dworkin faz no sentido de que os princípios possuem uma dimensão de peso. A respeito, é digno de nota o alerta: “sua dimensão de *peso* implica que, um argumento de princípio sempre se movimenta de forma coerente com relação ao contexto de todos os princípios da comunidade. Desse modo, a justificação do fundamento da decisão só estará correta, na medida em que respeite o todo coerente de princípios num contexto de integridade. [...] Por isso, *ponderação* e *dimensão de peso* não são equivalentes”. (OLIVEIRA, 2008. p. 200).

¹³ “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Uma das teses centrais da ‘Teoria dos Direitos Fundamentais’ é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais - as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Essa equivalência significa que as três máximas parciais da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por ‘otimização’ na teoria dos princípios”. (ALEXY, 2014, p. 588).

¹⁴ “Alexy reconhece o método subsuntivo como suficiente à aplicação das regras, ofertando a ponderação - teoria do peso - para os princípios. Todavia, propõe uma regra de exceção para solucionar os problemas da insuficiência da subsunção no tocante às regras”. (MARIN, 2015, p. 190).

especialidade e hierarquia (ALEXY, 2014). De outro lado, os princípios colidentes precisam de outra resposta para a questão interpretativa. Nesse sentido, lança-se mão da proporcionalidade, a partir dos critérios de adequação ou idoneidade¹⁵, necessidade e ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. (ALEXY, 2014, p. 116-117). Os subprincípios da proporcionalidade exigem, na ordem em que apresentados acima, que uma restrição de um princípio deve ser adequada para a satisfação de outro, isto é, “a medida a ser tomada deve efetivamente contribuir para alcançar o objetivo buscado”, mostrando-se apta a melhorar uma posição sem o conseqüente aparecimento de desvantagens para as outras; demanda-se também que a maneira pela qual a restrição se opera seja a menos gravosa para o princípio afastado, no sentido de que “entre os meios disponíveis diante à situação, a escolha deve debruçar-se sobre aquele que detiver o menor caráter interventivo, ou seja, o mais complacente, o mais comedido”; por fim, a satisfação do princípio que prevalece tem de justificar a limitação imposta ao princípio não aplicado, “enfim, os meios devem ser proporcionais e buscar, na medida certa e adequada, a solução”.¹⁶

Desse modo, as duas primeiras máximas parciais cuidam dos pressupostos fáticos, enquanto a ponderação trata da viabilidade jurídica da interpretação, isto é, do grau do não cumprimento de um princípio e a sua relação diretamente proporcional ao nível de importância da satisfação de outro princípio, chegando-se a estabelecer uma escala de gravidade das restrições (MOTTA, 2012, p. 149).

Se bem analisada, a ponderação nos moldes em que proposta por Alexy - que, é de se ressaltar, assume ares de enunciado performativo¹⁷ na literatura pátria

¹⁵ A referência à idoneidade não aparece em muitas das obras que cuidam dos princípios com base no modelo proposto por Alexy. Isso se deve ao fato de que este terceiro subprincípio foi acrescentado posteriormente, conforme se vê em texto intitulado *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Social*, que integra a obra publicada no Brasil com o título *Constitucionalismo Discursivo*. Sobre o subprincípio, Jeferson Marin anota: “Mas Alexy acrescentou à tríade que sustenta o princípio da proporcionalidade, o subprincípio da idoneidade, mas ainda com o propósito de otimizar as possibilidades fáticas, com fulcro no teorema de Pareto, empregando um raciocínio lógico”. (MARIN, 2015, p. 192). Ao que parece, a idoneidade ou substituiu aquilo que se denominava de adequação ou, ainda, poderia ser entendida como termo equivalente. Veja-se: “O mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão. O primeiro é o princípio da idoneidade do meio empregado para a obtenção do resultado com ele aspirado, o segundo, o da necessidade desse meio.” (ALEXY, 2011, p. 67).

¹⁶ Os destaques que explicam os subprincípios encontram-se em MARIN (2015, p. 192-193).

¹⁷ Veja-se o que diz Streck: “não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação foi sendo transformada - aqui em *terrae brasilis* - em um enunciado performativo. Como se sabe, uma expressão performativa não se refere a algo existente e nem a uma ideia qualquer. A sua simples

- carrega consigo a discricionariedade do intérprete, revelando a manutenção da característica positivista que impede a superação paradigmática imbricada à construção de uma teoria da decisão por meio da qual o controle hermenêutico das decisões seja viabilizado.

Na linha do que se disse anteriormente, a discricionariedade pode ser identificada em vários “momentos” do ofício do *ponderador*. De início, não fica longe de dúvidas quais ou quantos são os princípios em colisão. Retomando-se o que foi abordado ao longo do primeiro capítulo, em não raras oportunidades, o recurso à proporcionalidade é feito sem que se explique a colisão que se quer resolver. Em seguida, é reconhecida ao intérprete a discricionariedade para ponderar. Nesse ponto, a afirmativa é de Robert Alexy:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais - ou seja, impasses reais no sopesamento -, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, *de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário*. (ALEXY, 2014, p. 611).

Por essa razão, se por vezes se critica a proporção que toma a tese de Alexy no Brasil¹⁸ de modo a justificar a já citada *farra dos princípios* (BADIN, 2013, p. 82-85)¹⁹, não se pode reconhecer como objeção válida o argumento no sentido que a inadequada aplicação do princípio - ou da máxima - não o(a) invalida ou denuncia o seu potencial danoso, ainda que se identifiquem decisões que utilizem um *atalho* ao método desenvolvido por Alexy. Desse modo, mesmo que o *teste* da proporcionalidade e suas três máximas parciais seja minuciosamente elaborado e justificado, ainda assim a discricionariedade fará parte do “processo interpretativo”. Oportuno, neste momento, transcrever a lição de Eros Roberto

enunciação já faz ‘emergir’ sua significação. Portanto, já ‘não pode ser contestado’; não pode sofrer críticas; consta como ‘algo dado desde sempre’. A sua mera evocação já é um ‘em si-mesmo’. [...] Por isso, merecem especial cuidado as decisões que lançam mão especialmente da ‘razoabilidade’ (com ou sem ‘ponderação de valores’), argumentação que se transformou em autêntica ‘pedra filosofal da hermenêutica’ a partir desse caráter performativo. [...] a interpretação não pode depender dessa ‘loteria’ de caráter finalístico [...]”. (STRECK, 2013, p. 51-52).

¹⁸Lenio Streck ressalta a fragilidade do uso da ponderação no cenário jurídico pátrio: “Assim, se a ponderação em Alexy já é problemática porque ainda presa ao paradigma sujeito-objeto, sem escapar do subjetivismo, a vulgata que foi feita, principalmente, no Brasil, fez com que esta - a ponderação - não passasse de um simples álbi teórico, com ela podendo ser extraída qualquer decisão”. (STRECK, 2014, p. 78).

¹⁹ Na página 83, diz o autor que “a teoria dos princípios de Alexy (1999) não sustenta a ideia de haver uma única resposta correta ou legítima na interpretação do texto constitucional”.

Grau:

Tem-se, destarte, que a ponderação entre princípios implica o exercício, pelo juiz, de uma *dupla discricionariedade*: (i) em um momento inicial, quando cria uma hierarquia axiológica entre os princípios de que se trate; (ii) em um momento seguinte, quando o mesmo juiz altera o valor comparativo desses mesmos princípios à luz de outra controvérsia a resolver. [...] Como, porém, inexistente no sistema jurídico qualquer regra a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, discricionariamente, perigosamente. (GRAU, 2014, p. 116- 117).

Não é de se estranhar, então, que a necessidade de o intérprete escolher o princípio que irá prevalecer seja algo natural à teoria da decisão elaborada a partir da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy. É sintomática do embaraço teórico em que se colocam certos autores que se intitulam pós-positivistas a posição de Luís Roberto Barroso. Com efeito, o autor, no posfácio de sua obra sobre interpretação e aplicação da Constituição, em que cuida do pós-positivismo e a “nova” interpretação constitucional, escreve o que segue:

A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece. Tais possibilidades interpretativas podem decorrer, por exemplo, (i) da discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete, (ii) da pluralidade de significados das palavras ou (iii) da existência de normas contrapostas, exigindo a ponderação de interesses à vista do caso concreto. Daí a constataçãoinafastável de que a *aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma preexistente –, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam. O direito constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem conceder-lhe, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados. De fato, a Constituição institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação.* (BARROSO, 2009, p. 311-312).

Em seguida, Barroso cita Hans Kelsen para defender o argumento pelo qual a decisão é um ato de vontade que permite ao intérprete escolher uma das possibilidades que se lhe apresentam. Sem o receio de se enaltecer, aqui, o óbvio, Barroso recorre ao corifeu do positivismo normativista no intuito de fundamentar sua proposta pós-positivista, que se revela anacrônica no ponto de partida. A menos que se considere a *Teoria Pura do Direito* como a moderna dogmática jurídica, ou

se tenha como necessário o protagonismo de um magistrado solipsista que consagra o seu senso pessoal de justiça, mesmo que dentro da “moldura”,²⁰ suas conclusões não podem prevalecer.

A univocidade de sentido do texto jurídico é marca de um exegetismo superado há muito tempo. Contudo, a constatação de que se pode vislumbrar mais de uma resposta, seja em decorrência da plurissignificação do texto, seja por conta da incerteza quanto ao princípio ou regra aplicável, não implica que o direito admita múltiplas respostas, assim como não as coloca à disposição do intérprete. A isso equivale dizer que as múltiplas respostas somente podem ser admitidas em tese, e tal fato decorre exatamente da ausência da concretude que possibilita a atribuição de sentidos, isto é, antes de se enfrentar o caso concreto em que se alcançará a resposta correta a partir da teoria interpretativa antidiscricionária. Ninguém duvida de que muitas coisas distintas podem ser ditas sobre um texto, ocasionando a existência de normas diferentes construídas a partir do mesmo dispositivo legal ou constitucional. A tarefa da teoria da decisão consiste em definir o rumo que a interpretação deve seguir - sem que isso signifique uma procedimentalização da compreensão - a fim de que a solução certa seja alcançada nos casos difíceis. Diante das possibilidades colocadas para o juiz, vale o alerta de Lenio Streck:

[...] essa “descoberta” *não pode implicar um império de decisões solipsistas*, das quais são exemplos as posturas caudatárias da jurisprudência dos valores (que foi “importada” de forma equivocada da Alemanha), os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um “positivismo fático”), a ponderação de valores (pela qual o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*), etc. (STRECK, 2013, p.85).

Ainda de acordo com Streck, tem-se que a ponderação, diante da possibilidade conferida ao intérprete de *escolher* o princípio aplicável, o que equivale, em grande medida, à determinação de conteúdo do princípio com base na vontade do sujeito e a partir de um método exterior que encobre o raciocínio, não passa de um resgate da discricionariedade positivista mascarada de uma racionalidade argumentativa. (STRECK, 2014, p. 241-243).

A par de descrever em minúcias a impossibilidade de se solucionar o problema da indeterminação do direito com a aposta no sujeito ou na fórmula, Francisco Motta chama a atenção para mais um problema facilmente localizado no

²⁰ O termo utilizado em alemão é *bild*, que também pode significar *imagem, retrato, ou ideia*. Nesse sentido, ver STRECK (2014, p. 35).

ordenamento jurídico brasileiro, que diz respeito à inexistência de hierarquia entre os princípios sujeitos à ponderação. Na linha do que se disse antes, a adequação ou idoneidade e a necessidade cuidam das “possibilidades fáticas” de aplicação dos princípios, enquanto a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito se refere à máxima parcial jurídica. À vista da necessidade de se eleger um princípio preponderante, a aplicação da teoria no cenário brasileiro não prescinde da criação, por parte do intérprete, de uma relação de preferência ou precedência que, vale ressaltar, não existe no sistema constitucional pátrio. Note-se de que maneira a subjetividade do intérprete - que pode muito bem ser lida como discricionariedade - continua presente no desenvolvimento do método alexyano:

Assim, na obra do jusfilósofo alemão, os princípios “correriam em busca do ponto mais alto”, ficando a sua prevalência resolvida por uma questão de “importância” (um *preferere* ao outro); mas a pergunta que não cala é: esta hierarquização de princípios é orientada a quais fins? Ora, o Direito (democraticamente produzido) não pode ser reduzido a uma “busca pela realização de valores”; e, justamente por isso, desde uma leitura *deontológica* (como a por nós endossada), um princípio não pode ser *preferido* a outro, “mas tão somente aplicado, ou não”. (MOTTA, 2012, p. 157).

Por essas razões é que, aos olhos da ponderação, o caráter não absoluto dos princípios dá lugar à fixação de preferências que são ditadas pelos valores, que, por sua vez, são determinados pela subjetividade do intérprete. (LUIZ, 2012, p. 151). Quando a isso se soma a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que lhes atribuí também o caráter principiológico de um mandado de otimização, entendidos como uma ordem de valores que integra a Constituição, viabiliza-se, se adotada a tese de Alexy, *a interpenetração da discricionariedade por todo o sistema constitucional dos direitos fundamentais*. Eles significarão, portanto, o que quiser o intérprete, bem como poderão afastar uns aos outros. Além de não resolver o problema da discricionariedade, na medida em que dela é dependente, a ponderação “a retoma de um modo ainda mais perigoso, uma vez que legitima a discricionariedade do juiz a partir da sua validação pelo procedimento” (OLIVEIRA, 2008, p. 222), o que deixa evidente a insuficiência da proposta para fazer frente aos reclamos do pós-positivismo jurídico.

3 A INSUFICIÊNCIA DA SUBSUNÇÃO PARA A APLICAÇÃO DAS REGRAS

Tão relevante e problemática quanto a ponderação, a subsunção é a técnica

de interpretação que reduz a decisão a um enquadramento numa moldura previamente instituída, manifestando-se pelo raciocínio silogístico em que a regra constitui a premissa maior, enquanto o fato nela subsumido representa a premissa menor. Aquela “pressupõe um sentido previamente dado”, enquanto esta se cinge a “uma visão meramente descritiva” (STRECK, 2014, p. 247).

A redução de qualquer interpretação à subsunção mostra-se incompatível com a complexidade do fenômeno hermenêutico. Com efeito, a necessidade de se explicitar o que se compreende, elemento essencial da fundamentação como justificação da decisão, já desborda de um mero acoplamento de conceito a um dado da realidade ou, ainda, da colagem de um fato a uma regra. Além disso, o discurso explicativo não pode ser desvinculado do elemento hermenêutico, inerente ao nível de profundidade em que ocorre a compreensão, momento em que o sentido se apresenta - e isso não equivale a dizer que o sentido está na coisa, como se fosse simplesmente descoberto - ao intérprete com base nos pré-juízos que limitam a sua formação.

Adota-se o ponto de vista de Lenio Streck:

[...] regras não se sustentam em uma espécie de “suficiência ôntica”. Aliás, nenhum texto se sustenta nessa “suficiência apofântica”. Por isso a impossibilidade, em qualquer hipótese, de se falar em exercícios subsuntivos-dedutivos (causais-explicativos). Isso porque há sempre um algo que se antecipa e que é condição de possibilidade a qualquer interpretação. (STRECK, 2014, p. 239).

Utilizando-se o mesmo raciocínio, a dogmática jurídica vale-se de conceitos elaborados para definir todas as situações de aplicação, viabilizando a subsunção. O fechamento hermenêutico buscado pelas conceitualizações não se restringe às regras, podendo também alcançar os princípios, como sói acontecer na tentativa - frequentemente encontrada na doutrina jurídica - de agregar maior objetividade à interpretação por meio da definição de conceitos estanques destinados a predeterminar a aplicação dos princípios.

O problema decorrente da elaboração de conceitos com a pretensão de abarcar toda a realidade, que neles pode ser imediatamente “subsumida”, não escapa sequer à crítica do positivismo, que inaugurou essa espécie de método de controlar o ato de julgar. Veja-se o que diz a respeito Herbert Hart:

O vício conhecido na teoria jurídica como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude para com as regras formuladas de forma verbal que, ao mesmo tempo, procura disfarçar e minimizar

a necessidade de tal escolha, uma vez editada a regra geral. Um modo de conseguir isto consiste em fixar o significado da regra, de tal forma que os seus termos gerais devam ter o mesmo significado em cada caso em que esteja em causa a sua aplicação. Para conseguir isto, podemos ligar-nos a certos aspectos presentes no caso simples e insistir que são ao mesmo tempo necessários e suficientes para trazer algo que os retém dentro do âmbito da regra, sejam quais forem os outros aspectos que possa ter ou que lhe possam faltar e sejam quais forem as consequências sociais derivadas da aplicação da regra dessa maneira. Fazer isto é conseguir uma medida de certeza ou previsibilidade à custa de considerar, de forma cega e preconceituada, o que deve fazer-se numa série de casos futuros, sobre cuja composição nos encontramos em estado de ignorância. (HART, 2011, p. 142).

É em virtude de seu caráter limitado que a subsunção de fatos a regras, a conceitos ou até mesmo a princípios deve ser evitada, haja vista que não permite a manifestação de elementos essenciais a qualquer interpretação, conforme acima anotado. Não se nega, evidentemente, que existam casos *genuinamente fáceis*, em que interpretar soa despiciendo para qualquer pessoa, como recomendava o vetusto brocardo segundo o qual *in claris cessat interpretatio*. Nada obstante, o risco que a cisão entre casos fáceis e difíceis representa, no sentido da possibilidade de que a sua qualidade seja transformada de acordo com a possibilidade de compreensão do intérprete - *fácil ou difícil para quem?* - recomenda o abandono da tese segundo a qual a norma aplicável aos casos fáceis será o resultado de um silogismo, na medida em que consagra uma pretensa eliminação do acontecer da compreensão e sua consequente explicitação como justificativa da decisão.

Além do caráter reducionista, a subsunção vem acompanhada dos casos fáceis como se fosse desvincilhada da discricionariedade, tendo em vista a sua relação com o silogismo e, por conseguinte, a existência de uma única resposta possível, que já é dada previamente. Em semelhante sentido, Jeferson Marin denuncia a fragilidade da classificação estrutural de matriz alexyana, que restringe a interpretação aos princípios, desconsiderando-se, pois, que “a interpretação também é necessária nas considerações respeitantes ao manejo das regras, face às lacunas, mas especialmente às particularidades do caso concreto, ao amplo espectro do *mundo da vida*” (MARIN, 2015, p. 188). Na mesma linha, Ovídio Araújo Baptista da Silva demonstra a maneira pela qual ocorre o isolamento da faticidade:

Com efeito, é a utilização do método de *subsunção* que permite que nossos magistrados - utilizando a lei como “premissa maior” do silogismo judicial - abandonem o “fato e suas circunstâncias” (art. 131 do CPC) para, com o que dele resta, identificá-lo com os demais

“fatos” igualmente despidos de suas *individualidades*, jogando-os na norma, como *exemplares* de uma seriação de casos, pretensamente idênticos, mesmo que circunstancialmente entre si diversos. (BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 30).

Fica claro que o método falha ao querer antecipar os sentidos de forma descolada da realidade, que posteriormente a eles poderá ou não ser “acoplada” ou “subsumida”, de acordo com a vontade do julgador. Nessa linha, tratando da conceitualização, mostra-se fundamental o que ensina Lenio Streck:

A construção desses conceitos prévios, abstratos, com pretensões universalizantes, objetiva “facilitar” o ato “aplicativo”. A partir desses “conceitos” [...], o intérprete exercerá - discricionária e/ou arbitrariamente - a sua subjetividade, isto é, o “conceito”, alçado à categoria universalizante, servirá [...] tanto para deferir como para indeferir o pleito. Servirá, enfim, para qualquer resposta. Afinal, trata-se de “conceitos sem coisas”. (STRECK, 2014, p. 233).

Ainda que tenha sido idealizada para aplicação de regras ou de conceitos que, como se viu, pretendem carregar uma autossuficiência de sentido, nem mesmo os princípios escapam da subsunção no modo de interpretar o direito a partir da teoria de Alexy. Isso porque ao final da ponderação resulta uma norma de direito fundamental atribuída,²¹ que, por sua vez, será aplicada por subsunção, o que se constitui, na linha de raciocínio exposta neste trabalho, em mais uma razão para se refutar o modelo de regras e princípios proposto por Alexy e endossado pela maioria da doutrina pátria que cuida da interpretação no âmbito do Direito Constitucional.

Ainda, há que se deixar claro que falar em *tudo-ou-nada* não autoriza a conclusão de que a subsunção é método de interpretação do direito adequado para resolver os casos problematizados. É digna de nota a lição de Rafael Tomaz de Oliveira:

É, de algum modo, apressada a aproximação que se faz entre o tudo-ou-nada de Dworkin e a subsunção como forma de aplicação do direito preservada por Alexy. *Subsunção* pressupõe silogismo que, por sua vez, repristina a velha cisão entre *questão de fato e questão de direito* que definitivamente não está em jogo quando se fala de tudo-ou-nada. Ademais, a referência dworkiana a essa característica da regra refere-se muito mais ao modo como se dá a justificação argumentativa de uma regra, do que propriamente ao seu modelo de aplicação. Ou seja, quando se argumenta com uma regra ela é ou não é, e sua ‘aplicação’ não depende de um esforço argumentativo que

²¹ “[...] a regra da ponderação alexyana se assemelha a um conceito semelhante àquele produzido na pandectística, a ser aplicado, por mais estranho que isso possa parecer, por subsunção!” (STRECK, 2014, p. 204).

vá além dela própria (OLIVEIRA, 2008, p. 200).

Por todas as razões elencadas, vê-se que tanto a subsunção como a ponderação são métodos, formas, critérios ou modelos impróprios para interpretação ou aplicação do direito.

4 O SEGREDO COMO INTEGRIDADE COMO SOLUÇÃO

A primeira objeção que se pode fazer aos argumentos adotados ao longo deste tópico, certamente, refere-se à alternativa que se propõe como adequada no lugar do modelo que se quer afastar. Assim, se existe algo além de “as regras se aplicam por subsunção; e os princípios, por ponderação”²², no que consiste a proposta de interpretação?

A questão, para ser respondida, não prescinde da exposição de uma teoria da decisão que venha para substituir as propostas (pós?) positivistas analisadas até então. Contudo, por ora, a resposta será parcialmente apresentada.

Se o binômio ponderação e subsunção parte de uma equivocada cisão estrutural entre regra e princípio,²³ a alternativa pode iniciar a partir da identificação da diferença e a relação entre as espécies normativas, motivo pelo qual se busca outro “conceito” de princípio, não sujeito a ponderação e que sirva ao ideal de controle democrático das decisões judiciais.

Impende retomar o lugar da fala. A teoria da decisão que se apresenta como alternativa aos modelos ora criticados embasa-se no Direito como integridade de Ronald Dworkin, com as contribuições proporcionadas pela Crítica Hermenêutica do Direito, na forma como proposta por Lenio Luiz Streck, tendo em vista que tanto o jusfilósofo norte-americano como o jurista brasileiro buscam a consolidação de um modelo pós-positivista e antidiscricionário de decisão judicial. É a partir desses autores que se apresenta o conceito de princípio.

Existe um motivo que exalta a importância da noção que se tem de um

²² A questão é lançada desta forma por BRUM (2014, p. 65). Em sua obra, o autor demonstra que, mesmo nas propostas da teoria da argumentação jurídica, existem alternativas para a tese de Alexy no que diz respeito à ponderação, de que é exemplo a “justificação de segunda ordem” defendida por Neil MacCormick, que serve de fundamento para a teoria elaborada por Guilherme Brum.

²³ “Manter uma diferença conceitual entre princípio e regra reforça o mote positivista”. (MARIN, 2015, p. 195).

princípio que vai se tornando cada vez mais claro conforme se faz a análise das propostas antagônicas. O positivismo sustentava a existência de um sistema que era formado por regras, e, na sua ausência ou indeterminação de significados, o juiz poderia decidir discricionariamente (DWORKIN, 2010, p. 55). A tese segundo a qual os princípios são mandados de otimização a serem aplicados como reserva de sentido na inexistência de regras, a partir de um procedimento que depende da discricionariedade, revela a insuficiência da teoria para representar uma efetiva superação paradigmática. Portanto, há que se adotar um modelo diverso.

Inicialmente, Ronald Dworkin mostrava seu conceito de princípio como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. (DWORKIN, 2010, p. 36). Veja-se que a definição tem por escopo delinear traços essenciais de suas propriedades. A exigência de que um padrão de conduta - no mais amplo sentido - seja observado evidencia o caráter normativo dos princípios, isto é, princípios obrigam porque determinam - aliados às regras, e não separados delas - alguma espécie de comportamento público ou particular tido como essencial para a comunidade.

A distinção estrutural que a doutrina apresenta entre princípios e regras pode assumir diversas características.²⁴Todas elas apenas encobrem a verdadeira diferença existente entre as espécies normativas e, por essa razão, impedem a consolidação de uma prática decisória que, se entendida como condição necessária de decidibilidade, tenha como definitivamente esclarecida relação entre regra e princípio, como se irá demonstrar.

Além do critério lógico já analisado e refutado, que versa sobre a forma de aplicação (ponderação *versus* subsunção), existem também pelo menos duas cisões que ganham contornos problemáticos. A distinção *formal-enunciativa* diz respeito ao texto que consagra uma regra ou um princípio. A inadmissibilidade dessa proposta

²⁴ Humberto Ávila apresenta outra classificação dos critérios utilizados para distinguir regras de princípios que podem, entretanto, ser relacionados com aqueles expostos neste trabalho. Para o autor, então, o primeiro critério é o caráter *hipotético-condicional*, a partir do qual a regra predetermina a decisão, enquanto o princípio aponta um fundamento; pelo critério do *modo final de aplicação*, os princípios se aplicam em diferentes graduações, ao passo em que as regras aplicam-se de modo absoluto; por fim, o critério do *conflito normativo* prevê a já abordada distinção entre a aplicação mediante a ponderação ou a partir de elementos que eliminem o conflito das regras. (ÁVILA, 2015, p. 61-87).

reside no fato de que, segundo seus defensores, os princípios carregam uma textura aberta - termo ora emprestado da teoria hartiana pelas propostas criticadas neste trabalho enquanto as regras são enunciados fechados. O que ocorre, na verdade, é o contrário, pois a sua pretensão universalizante [da regra] é que representa uma abertura ou *porosidade*, que é fechada ou preenchida pela significação que lhe dá o princípio, ou seja, por dar sentido à regra e apontar a resposta correta, o princípio fecha a interpretação²⁵(STRECK, 2014, p. 570).

Há também a distinção *material-conteudística*, segundo a qual os princípios albergam os valores de uma comunidade, e as regras tratam das demais determinações de conduta presentes no ordenamento jurídico. Vejam-se as implicações que decorrem da admissão da cisão estrutural, aqui rechaçada:

A distinção (cisão) estrutural entre regras e princípios - em qualquer um dos modos que retratei acima - reduz a importância dos princípios, retirando-lhes o *caráter de transcendência*. Sendo mais claro: para que um princípio tenha uma função (ou importância) para além daquilo que representavam no positivismo, é necessário ultrapassar a discussão meramente semântica. Um princípio não é um princípio em face de seu enunciado, ou em decorrência de uma relação lógico-aplicativa, mas, sim, em face daquilo que ele enuncia. (STRECK, 2014, p. 572).

Portanto, princípios não são normas reservas, que ganham espaços na insuficiência das regras. Não se pode, simplesmente, deixá-los de lado na aplicação de uma regra porque eles é que determinam o seu sentido. Assim, a norma será o produto da interpretação do texto jurídico, que leva em conta, indispensavelmente, as regras e os princípios. Nesse ponto é possível constatar uma inevitável contradição que decorre das teorias elaboradas a partir da tese de Alexy, haja vista que, de um lado, enaltecem a relevância dos princípios e dos “valores” por eles consagrados, mas, de outro, acabam por lhe conferir esse caráter subsidiário na resolução dos casos. Ademais, é preciso ressaltar a todo o momento que princípios não são valores a serem descobertos e concretizados diretamente pelos juízes. A dessemelhança existente, por não ser de caráter procedural, e sim ontológica, contribui, se assim entendida, para que os princípios não sejam desvencilhados das regras, contribuindo, outrossim, na sua aplicação (MARIN, 2015, p. 194-195). Nesse sentido, se as regras determinam o resultado do caso, são os princípios que conferem legitimidade à solução estabelecida pelas regras. *Da diferença existente entre*

²⁵ No mesmo sentido: OLIVEIRA (2008, p. 205).

regras e princípios não decorre, como quer a teoria alexyana e suas variantes, a necessidade de que sua aplicação ocorra em separado. E isso não é uma via de mão única, ou seja, se a regra não se aplica sozinha, também o princípio não cria normas jurídicas atuando isoladamente, tendo em vista que “unicamente possui força constitutiva ou valor construtivo em união com o conjunto do ordenamento reconhecido dentro do qual lhe incumbe uma função bem definida. Daí a questão da reconstrução institucional” (STRECK, 2014, p. 582).

No que diz respeito ao texto e seu significado, embora seja viável atribuir algo de semântico ao princípio, além de existir a possibilidade de correspondência com determinado dispositivo constitucional, isto é, o princípio, evidentemente, pode estar “positivado” na Constituição, a existência de um princípio não depende de previsões textuais expressas, nem o seu âmbito de aplicação poderá ser determinado de antemão por meio de um conceito semântico, razão pela qual não se devem estabelecer definições cuja aplicação se fará por deduções.

Embora Dworkin tenha apresentado uma diferenciação lógica entre princípios e regras - que, certamente, como se viu, não implica o binômio ponderação e subsunção - apontando para uma dimensão de peso dos princípios, bem como para a aplicação das regras na forma do *tudo-ou-nada*, mesmo a forma inicial de sua teoria interpretativa não comporta as conclusões que decorrem da cisão proposta por Alexy. Além daquilo que já foi dito acima acerca da impossibilidade de utilização de raciocínios silogísticos, quando trata do conflito de regras, Dworkin aponta como critério de solução o fato de que “um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes”²⁶. Na mesma linha, anota que as regras podem ser instituídas para harmonizar princípios colidentes quando diz que “na verdade, uma das minhas razões para estabelecer a distinção entre regras e princípios foi exatamente mostrar quão costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso - que toma essa forma - entre princípios concorrentes” (DWORKIN, 2010, p. 43). A isso se soma a contribuição de Francisco Motta:

Vale adiantar que Dworkin não vê (e, diga-se, já não via no *Levando os Direitos a Sério*) uma relação de ‘oposição’ entre ‘regras’ e ‘princípios’; na verdade, para ele, o Direito só faz sentido quando entendido como unidade coerente, como ‘completeza’ ou ‘integridade’. Daí a necessidade de desenvolver uma justificativa

que ‘enlace’ ambos os padrões de julgamento [...], de modo que os princípios devem tentar *justificar* as regras estabelecidas; para isso, é preciso identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que efetivamente sustentam essas regras [...]. Noutras palavras, o operador do Direito precisa identificar, nos princípios, o ‘sentido’ das regras. (MOTTA, 2012, p. 76).

Essa significação que os princípios conferem às regras e a legitimidade que garantem às interpretações estão intimamente vinculadas a um conceito pragmático ou problemático de princípio (OLIVEIRA, 2008, p. 49-64). Isso traz várias implicações. Afastam-se, inicialmente, os princípios epistemológicos e os princípios gerais de direito como tentativa matematizar a sua aplicação. De outro lado, impossibilita constatações no sentido da existência de um campo predeterminado de atuação por força de um conceito abstrato do princípio. Tendo em vista o seu caráter pragmático, bem como as dimensões de peso, mostra-se evidente que o procedimento que visa a solucionar uma colisão entre somente dois princípios precisa dar lugar a uma prática interpretativa que consagre e respeite, ao mesmo tempo, todo o conjunto de princípios que determina o próprio conceito de direito dentro de um sistema jurídico. Essa concretude principiológica é que resgata o mundo prático²⁷ (OLIVEIRA, 2008, p. 223) do Direito, que se via isolado na razão teórica positivista, e possibilita a sua aplicação coerente e antidiscricionária. Esse é o sentido de princípio como padrão, elaborado a partir de Dworkin, que aponta para a possibilidade de solução de casos difíceis de forma legítima.

▪ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A identificação dos traços mais particulares do neoconstitucionalismo brasileiro, em que a aposta no protagonismo judicial é o traço mais distintivo, aliada

²⁷ Sobre o assunto, em outra passagem da mesma obra (OLIVEIRA, 2008, p. 206), o autor demonstra a importância de compreender a forma pela qual o mundo prático se manifesta hermeneuticamente: “num exemplo que nos remete ao aprendizado de uma língua estrangeira: não aprendemos primeiro a gramática - forma teórica de manifestação da língua - para depois apreender seus usos e aplicações concretas, pelo contrário, muitas vezes ‘aplicamos’ regras gramaticais sem saber, conscientemente, que o estamos fazendo. Elas operam conosco de um modo subterrâneo porque nos movemos numa dimensão compartilhada que compreendemos no modo de uma racionalidade prática, que dispensa os procedimentos metodológicos próprios da apreensão teórica. *Nossa historicidade nos carrega*. Do mesmo modo, *o direito não pode ser visto como uma ‘gramática da convivência’*. [...] Quando nos colocamos numa posição em que pretendemos discutir teoricamente as questões jurídicas não podemos perder de vista esta dimensão prática na qual já estamos - existencialmente - inseridos. Quando falamos de princípios isso se torna ainda mais evidente porque é nesta dimensão prática que eles aparecem e são cultivados”.

à retomada do positivismo jurídico normativista permitem a elucidação de suas semelhanças. Assim, fica evidente que o modelo teórico defendido pela maioria da doutrina pátria não se sustenta como alternativa que resolva os problemas do paradigma que pretende transpor.

Subsunção e ponderação são, portanto, técnicas de decisão que não só dependem da discricionariedade positivista como também a promovem. Em razão disso, a construção do paradigma pós-positivista não prescinde da luta contra a discricionariedade judicial juspositivista, tarefa que não será alcançada sem o abandono dos métodos aqui criticados.

O Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, apresenta-se como a alternativa mais adequada exatamente porque combate os defeitos da ponderação e da subsunção e busca a construção de uma teoria interpretativa capaz de eliminar os problemas das técnicas decisórias criticadas ao longo deste texto.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BADIN, Arthur Sanchez. **Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Epistemologia das Ciências Culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 01-42, abr./jun. 2005.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

- BRUM, Guilherme Valle. **Uma Teoria para o Controle Judicial de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FIGUEROA, Alfonso García. Neoconstitucionalismo, Derrotabilidade e Razão Prática. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 79, p. 11-33, abr./jun. 2012.
- GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GOMES, Eduardo Biacchi; ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e a (Re)Significação dos Direitos Humanos Fundamentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 133, março 2014.
- GRAJALES, A. A; NEGRI, N. J. Ronald Myles Dworkin e as Teorias da Argumentação Jurídica (in memoriam). **Revista de Processo**, v. 232, p. 425-446, jun./2014.
- GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2011.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MARIN, Jeferson Dytz. **Crise da Jurisdição e Decisionismo em Alexy: prisioneiros da liberdade**. Curitiba: Juruá, 2015.
- MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Neoconstitucionalismo e Ciberdemocracia: desafios para implementação da cibercidadania na perspectiva de Pérez Luño. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 194, p. 89-105, abr./jun. 2012.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Apontamentos sobre a Teoria do Neoconstitucionalismo e sua Influência no Controle de Constitucionalidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 397, ano 104, p. 619-632, maio/jun. 2008.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**: RIASP, v. 15, n. 29, p. 161-185, jan./jun. 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. Constituição e Hermenêutica em Países Periféricos. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues et al. Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto?** - Decido Conforme Minha Consciência. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 132, p. 185-208, dez. 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Informações adicionais e declarações dos autores

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

- | | |
|---|-----------------------------------|
| • Recebido em: 27/06/2019 | Equipe editorial envolvida |
| • Controle preliminar e verificação de plágio: 27/06/2019 | • Editor-Chefe: FQP |
| • Avaliação 1: 18/07/2019 | • Assistente-Editorial: MR |
| • Avaliação 2: 22/08/2019 | • Revisores: 03 |
| • Avaliação 3: 23/08/2019 | |
| • Decisão editorial preliminar: 23/08/2019 | |
| • Retorno rodada de correções: 21/05/2020 | |
| • Decisão editorial final: 21/05/2020 | |
| • Publicação: 21/05/2020 | |

COMO CITAR ESTE ARTIGO

DYTZ MARIN, Jeferson; RAMOS NETO, Nelson Gularte. Por que não ponderar ou subsumir?. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 7, n. 01, e253, jan./jun. 2020. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v7i01.253>. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/253>. Acesso em: dia mês. ano.