ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E A QUESTÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

THE HERMENEUTICS CRITICAL OF LAW AND THE QUESTION OF JUCIAL DISCRETION

Lenio Luiz Streck*

RESUMO: A discricionariedade é uma realidade no modelo jurídico em que estamos enquadrados e, de maneira espantosa, grande parcela dos juristas tende a se omitir perante tal problema, o que só demonstra a fragilidade filosófica em que nos encontramos, visto que o "entendimento majoritário" visa à ideia de um livre convencimento e à decisão jurídica, ambas integrantes da discricionariedade e incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Tal entendimento somente dá-se por existirem entendimentos equivocados acerca do positivismo jurídico, como, por exemplo, a inexistência de uma liberdade para as decisões judiciais. O que se pretende demonstrar é que, desde o início, o positivismo jurídico tem como característica fundamental a discricionariedade.
Palavras-chave: Hermenêutica. Discricionariedade judicial. Direito constitucional.

ABSTRACT: Discretion is a reality in the legal model in which we are framed and, astonishingly, a large part of the lawyers tend to omit before such a problem, which only demonstrates the philosophical weakness in which we find ourselves, as the " prevailing understanding " aims the idea of a free conviction and legal decision, both members of discretion and incompatible with the democratic rule of law. Such an understanding only is given because there are equivocal understandings about legal positivism, namely, the lack of freedom to judicial decisions. The aim is to show that, from the outset, the Legal Positivism has discretion as fundamental features.
Keywords: Hermeneutics. Judicial Discretion. Constitutional right.

* Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa) do Rio de Janeiro. Professor visitante da Universidade Javeriana (Bogotá) e das Universidades de Lisboa e Coimbra. Coordenador do Núcleo de Estudos Hermenêuticos (DASEIN) (Unisinos). Advogado. São Leopoldo – Rio Grande do Sul – Brasil.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 PROBLEMA, SOLUÇÃO OU SIMPLES ACEITAÇÃO: O POSITIVISMO JURÍDICO E SUAS (RE)ADAPTAÇÕES DA DISCRICIONARIEDADE; **3 OS PÓS-POSITIVISMOS DE ALEXY E DE DWORKIN – OU DE COMO ELES SE AFASTAM QUANDO O ASSUNTO É A DISCRICIONARIEDADE; 4 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E O DESVELAMENTO DO PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

É de admirar que nesta quadra da história parcela significativa da teoria jurídica ainda não tenha se dado conta dos problemas advindos da discricionariedade judicial, sejam estes decorrentes da fragilidade filosófica que lhe sustenta ou das incompatibilidades (práticas) em ambientes democráticos.

Tenho dito que o direito parece alheio às mudanças paradigmáticas que ocorrem na filosofia. Há um flagrante descompasso. Muitos discursos "dominantes" estão fundamentados em perspectivas filosóficas anacrônicas, que não mais respondem às inquietações e às complexidades do mundo hodierno. Nesse prisma, encontram-se as ideias do livre convencimento[1] e da decisão jurídica como um ato de escolha, ambas integrantes da discricionariedade. Esta, não raramente, é tomada como um fenômeno inexorável ou até mesmo como a solução para um direito pretensamente aprisionado na literalidade legal.

Quando se pensa em seu *modus operandi*, vê-se uma nítida incongruência com a democracia, que pressupõe uma repartição de poderes/funções – obviamente, não em termos absolutos – na construção do direito, de modo a representar não o que uma consciência individual (juiz) diz que ele é, mas, sim, um empreendimento coletivo. Se não for assim, ter-se-á uma fragilização do jurídico, uma perda de sua autonomia, visto que se tornará aquilo

1 O novo Código de Processo Civil (CPP), por contribuição minha e anuência de juristas como Fredie Didier, Dierle Nunes e Luis Henrique Volpe, foi sancionado sem a presença do livre convencimento em seu texto final. Nesse caso, observo que o silêncio do "legislador" deve ser interpretado como a supressão dessa "prerrogativa", que também estaria em contradição com a recente exigência de coerência e integridade jurisprudencial (art. 926 do CPP).

que uns poucos dizem sobre ele. Logo, percebe-se que discricionariedade e democracia não se coadunam: enquanto uma centra-se numa figura (quase plenipotenciária) como centro da decisão, a outra se projeta num constructo intersubjetivo que vincula as decisões particularizadas.

Talvez parte da dificuldade de compreensão desse tema resida em concepções equivocadas sobre o positivismo jurídico que permeiam o imaginário doutrinário.[2] Entre elas, destaco a afirmação de que, no juspositivismo, não haveria liberdade para a decisão judicial e, por isso, inexistiria um juízo discricional. Como consequência, o advento da discricionariedade suplantaria esse paradigma, abrindo novos horizontes para busca do justo para o caso concreto. Diferentemente, venho defendendo há tempos que o positivismo jurídico é, desde seu nascedouro, discricionário e que essa característica manteve-se até a contemporaneidade. Nesse sentido, na primeira parte deste trabalho, relaciono a discricionariedade com o juspositivismo em suas diversas (re)adaptações ao longo da história.

Na segunda parte, desenvolvo uma abordagem acerca do modo como Dworkin e Alexy enfrentam a discricionariedade. Não obstante sejam identificados como pós-positivistas, cada um deles a enxerga de maneira diversa e propõe alternativas distintas para sua superação ou minimização. Disso se manifesta o seguinte questionamento: seria o pós-positivismo, então, a favor ou contrário à discricionariedade judicial? Ou aceitaria sua inexorabilidade, como também o faz a tradição positivista?

Por fim, a discussão está voltada para a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) e para a maneira que procura desenvolver uma teoria da decisão efetivamente pós-positivista, isto é, de ruptura com o juspositivismo. A CHD é uma matriz teórica de análise do fenômeno jurídico por nós formulada após décadas de pesquisas no/do direito, tendo como *background* filosófico e vetor de racionalidade (Stein) a filosofia hermenêutica (Heidegger/Gadamer) e, no plano da teoria jurídica, compartilhando/dialogando com elementos do empreendimento teórico de Dworkin.

2 Sobre algumas das ideias equivocadas acerca do positivismo jurídico, recomendo a leitura do artigo *Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura além do senso comum teórico* (STRECK; MATOS, 2014).

Desde já, faz-se necessária uma ressalva: os referidos pensadores, cada um em seu nível de contribuição epistêmica, foram incorporados antropofagicamente para constituir a CHD, com elaborações originais que formulamos, ou seja, tanto Heidegger quanto Gadamer não são aplicados ao direito de modo direto/instrumental, o que seria um equívoco, uma vez que ambos não tratam diretamente das especificidades do fenômeno jurídico. Desse modo, contribuem como cosmovisão básica. No mesmo sentido, a CHD, apesar de se aproximar da ideia do "direito como integridade", não é uma teoria dworkiniana. Se assim fosse, teria que partilhar o todo da obra de Dworkin (2001, 2003, 2007)– o que não ocorre – e, ao fim e ao cabo, não seria outra teoria, mas apenas uma aplicação do jurista norte-americano à realidade brasileira. Resultando de (des)leituras antropofágicas, a CHD constitui uma matriz autônoma, mesmo não escondendo seus aportes basilares, seu(s) lugar(es) de fala.

Na fenomenologia hermenêutica de Heidegger, observamos a raiz de um paradigma filosófico que permite encarar o direito e seus problemas práticos a partir de uma perspectiva mais radical e originária. Nesse contexto, toda relação de conhecimento, seja de cunho prático, seja teórico, está envolvida em uma dimensão de profundidade que pode ser nomeada logos hermenêutico. Sempre que lidamos com algo ou o colocamos como objeto de uma investigação teórica, como o direito, por exemplo, mergulhamos em uma relação de compreensão e interpretação que envolve o objeto analisado e nossa própria autocompreensão. Essa dimensão hermenêutica do processo de conhecimento é algo inescapável. Somos, de certo modo, condenados a interpretar, inclusive, a nós mesmos. Esse logos hermenêutico sempre antecipa a dimensão enunciativa, o logos apofântico. No âmbito do apofântico, os objetos são, na e pela linguagem, "mostrados", "apresentados", "interpretados", porém essa "mostração", "apresentação" e "interpretação" pressupõem uma antecipação de sentido que envolve sempre uma pré-compreensão. Portanto, esse elemento hermenêutico (antecipador de sentido, pré-compreensivo) não acontece porque queremos nem é fruto de nossa vontade ou arbítrio científico. Essa filosofia hermenêutica de Heidegger abriu caminhos para outras matrizes filosóficas. Uma em especial é a hermenêutica filosófica

de Gadamer, que, a partir dessas premissas heideggerianas, descobriu novas formas de colocar o problema da modalidade de hermenêutica que se ocupa mais diretamente de objetos (a experiência da arte, da religião, do direito, da história e da linguagem).

Tanto Heidegger quanto Gadamer advertem-nos contra algumas "infecções" que ameaçam quando o assunto é a concretização do direito. Entre outras coisas, a hermenêutica retira-nos da ingenuidade objetivista que acredita no sentido inato das normas jurídicas, que deve ser revelado pelo intérprete; ao mesmo tempo, propicia um enfrentamento adequado da "cegueira da vontade", que vê a interpretação jurídica apenas como resultado de um ato volitivo do agente jurídico. Entre os dois extremos (objetivismo e subjetivismo), a hermenêutica possibilita o desenvolvimento de um "caminho do meio". Por outro lado, também não acreditamos em regionalizações (hermenêutica constitucional, hermenêutica do direito privado etc.) para a hermenêutica. De algum modo, esta sempre se manifesta como "condição de possibilidade" quando o assunto é concretização do direito. Ainda em Gadamer, vemos que a linguagem deixa de ser simplesmente objeto, tornando-se horizonte aberto e estruturado. Afinal, não seríamos nós que dispomos da linguagem, é ela que nos contém. Nela, a interpretação não se dá por etapas, compreender-interpretar-aplicar, mas se manifesta numa *aplicatio*, tendo o intérprete que se dar conta do peso dos efeitos da história, da tradição, que lhe são condições de possibilidade para dizer (sobre) o mundo.

Já em Dworkin (2001, 2003, 2007), no plano da teoria do direito – e também com alguns vínculos com a perspectiva hermenêutica –, encontramos algumas aproximações importantes, como a crítica à discricionariedade judicial, que no fundo esconde o problema do subjetivismo. Ademais, a relevância da história institucional para dizer o direito; a necessidade de uma legitimação que transcenda o sistema de regras; a necessidade de um tratamento igualitário aos cidadãos por parte da jurisdição; e o direito como um conceito interpretativo, entre outras, são aproximações/incorporações que fazemos da teoria dworkiniana. A partir desses pressupostos, podemos dizer que a tarefa da CHD é "desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos" (Heidegger/Stein). Fincada na ontologia fundamental, busca, por meio de

uma análise fenomenológica, o desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos pela tradição (préjuízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso "ser no mundo", no interior do qual não se separa o direito da sociedade, uma vez que o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento) e onde o sentido já vem sempre antecipado (círculo hermenêutico).

Isso significa romper com a discricionariedade, sem recair numa objetividade ingênua, como se o direito já possuísse de antemão as respostas para todas as situações da vida. Interpretar não é reproduzir algo dado *a posteriori*, mas também não é uma livre atribuição de sentido. Pensar a decisão jurídica entre esses dois polos é uma das tarefas a que a CHD propõe-se.

2 PROBLEMA, SOLUÇÃO OU SIMPLES ACEITAÇÃO: O POSITIVISMO JURÍDICO E SUAS (RE)ADAPTAÇÕES DA DISCRICIONARIEDADE

A leitura que a CHD faz do positivismo jurídico destoa de muitas, sobretudo, pelo modo da análise. Partindo da ideia de filosofia no direito[3], intenta-se não apenas elencar suas características, mas também desvelar os paradigmas filosóficos que lhe serviram e/ou servem de base. Nesse sentido, observa-se que o juspositivismo mostra-se como um fenômeno multiforme, isto é, com o passar do tempo, foi se (re)adaptando e apresentando predicados e fundamentos diversos. Assim, da mesma maneira, a discricionariedade foi ressignificada.

3 O termo "filosofia no direito" foi proposto ineditamente por mim e pelo filósofo Ernildo Stein em conferência por ambos ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, no ano de 2003. Em síntese, a ideia era designar outro modo de conceber as inter-relações entre a filosofia e o direito, a partir da compreensão dos paradigmas filosóficos como *standards*/vetores de racionalidade para a enunciação do jurídico.

O positivismo exegético ou primevo, em sua gênese, teve como referência as ciências exatas e/ou naturais, sendo delas extraído o padrão de objetividade buscado. Desse modo, tudo aquilo que não fosse redutível ao crivo da experimentação era lançado para o campo do metafísico, do irracional. O objeto de estudo deveria ser mensurável, podendo a ele ser aplicada uma racionalidade matematizante. Logo, o direito natural baseado na ideia de uma ordem jurídica preexistente e superior deveria ser rejeitado diante do direito como um fato social, como uma construção humana.

O próprio termo "positivismo jurídico" (do latim *iuspostivum* ou *iuspositum*) já trazia essa conotação, pois o (re)corte seria somente naquilo que está posto, positivado. Desse modo, na Escola da Exegese[4], tem-se um apego à lei, aos códigos, como enunciação última do direito. O *ius* torna-se *lex*, ou seja, a positivação possibilita um conhecimento objetivo, com "certitude". Assim, havia uma recusa na inclusão de juízos valorativos ou metafísicos na análise do direito e no próprio fazer jurídico.

Nesse contexto, acreditava-se que os códigos seriam capazes de abarcar toda a realidade circundante, cabendo aos juízes apenas declarar o direito, que estaria pronto de antemão ao caso *sub judice*. Então, a atividade jurisdicional seria como um ato mecânico por intermédio de juízos silogísticos, que mediante a subsunção enquadrariam os fatos às regras. Seria uma espécie de tutela antecipatória das palavras, de modo que o direito sempre teria respostas ante o surgimento das perguntas. Logo, pretensamente, não haveria espaço para a discricionariedade judicial, que era vista como um problema, um desvio. O padrão almejado era um juízo neutro, como consequência; a subjetividade do intérprete deveria estar assujeitada pela literalidade dos textos legais. Todavia, ainda que no âmbito da aplicação concreta do direito a discricionariedade fosse rejeitada, isso não caberia ao Legislativo.

Tenho afirmado que já em Hobbes (1974) podemos ver a discricionariedade como um traço positivista, pois o direito torna-se produto do soberano, sem que este estivesse ligado a qualquer ontologia e/ou valores.

4 Dentro do nosso marco teórico, inserem-se também, no positivismo primevo, o positivismo conceitual (Alemanha) e a jurisprudência analítica. Apesar das diferenças, em todos é perceptível um caráter objetivista do direito, seja no sistema conceitual, seja na jurisprudência, ou mesmo nos códigos, como na Escola da Exegese (França).

É direito, simplesmente porque enuncia a vontade do leviatã. Se olharmos ainda mais atrás, veremos que os sofistas, ao fazer a desindexação entre palavras e coisas, possibilitaram uma episteme discricionária. Nesse contexto, Protágoras dizia que "o homem é a medida de todas as coisas".

Na Modernidade, período em que o juspositivismo surgiu, consolidou-se o sujeito dantes preso num mundo previamente dado e estruturado do Medievo, de uma ontologia essencialista, passando a dispor dos sentidos, a assumir uma centralidade em si mesmo no processo de conhecimento. Esse sujeito (solipsista), na figura de legislador, passou a, discricionariamente, positivar o direito. A partir daí, cumpre apenas uma obediência e aplicação quase irrestritas, uma vez que *dura Lex sed Lex*. Logo, entendemos que desde sua origem o positivismo jurídico tem como elemento característico a discricionariedade, ainda que em seus primórdios ela fosse vista como um problema na seara judicial.

Entretanto, com o crescimento da jurisdição constitucional, houve um visível deslocamento da discricionariedade para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais. A partir daqui, podemos observar duas maneiras de compreender esse fenômeno: entendendo como solução e como algo inexorável.

A respeito da primeira, poderíamos citar o realismo jurídico norte-americano e a Escola do Direito Livre. Em ambos, havia uma crítica à fetichização da lei, ao formalismo, e uma aposta na liberdade do juiz para encontrar o "justo". Para o realismo, o direito seria "o que os Tribunais dizem que é". Em linha similar, a Escola do Direito Livre entendia que a decisão judicial não seria uma aplicação lógica; ao contrário, seria um ato sempre individual/personalista e que não deveria estar adstrito ao direito estatal. Mesmo tendo se manifestado contrários ao juspositivismo, em sua versão primeira, mantiveram a discricionariedade, agora no âmbito judicial como um modo de solucionar o engessamento da jurisdição. Percebe-se que essas correntes não se mostraram de ruptura, tanto que essa mudança foi incorporada nas teorias positivistas posteriormente formuladas.

Nessa linha, Kelsen (1997), objetivando salvaguardar a ciência do direito das influências externas, como a política, a ideologia etc., procura construir

uma teoria pura do direito e não uma teoria do direito puro. Limitando-se ao direito positivado, o jurista entende que "ao cientista caberia apenas uma descrição do fenômeno jurídico" (KELSEN, 1997). Destarte, quanto à interpretação de um texto legal, poderia somente elencar as significações possíveis, mas não dizer qual seria a correta. Mas por quê? Penso que ao menos duas respostas podem ser dadas, quais sejam: a) sendo a decisão um ato de vontade e não um ato de conhecimento, não haveria como prever ou afirmar o que outra pessoa, dentro ou fora de um marco normativo, poderia decidir conforme sua volição; b) sendo o positivismo um paradigma relativista, não seria adequado um conceito como o de uma interpretação correta, sobretudo, num espaço de pluralidade de interpretações, que possibilitariam várias decisões igualmente corretas[5]. Assim, no mínimo, a "maldição" do capítulo oitavo da teoria pura do direito seria o reconhecimento da inexorabilidade da discricionariedade judicial.

Nessa esteira, ainda que com um voluntarismo mais moderado, Hart (1994), em seu *Conceito de direito*, entende que nos casos difíceis, dentro da zona de penumbra, em que não haveria critérios de públicos de verificação de sua correção, seria inescapável a discricionariedade judicial. Esta deveria ser usada com parcimônia e seria um preço a ser pago democraticamente, como modo de resolver esses casos específicos. Seria um juízo discricional limitado aos *hard cases* e sem se esquecer de toda uma tradição jurídica que, apesar de não conclusiva, lhe serviria como um direcionamento, uma fonte.

Neste breve cenário, apresentei como a discricionariedade está intimamente ligada ao positivismo jurídico, inicialmente, no Legislativo e posteriormente no Judiciário; como de um problema tornou-se uma solução ou, ao menos, algo inescapável. Cumpre, agora, uma discussão sobre o modo como o pós-positivismo, nas figuras de Alexy e Dworkin, percebe essa realidade.

5 Nas palavras do próprio Kelsen (1997, p. 31): "*La teoría pura del derecho es positivismo jurídico, es simplesmente la teoría del positivismo jurídíco; y el positivismo jurídico está intimamente vinculado con el relativismo*".

3 OS PÓS-POSITIVISMOS DE ALEXY E DE DWORKIN – OU DE COMO ELES SE AFASTAM QUANDO O ASSUNTO É A DISCRICIONARIEDADE

Em primeiro lugar, é preciso ter presente que, desde a publicação de sua obra *Teoria da argumentação jurídica*, Alexy (1989) aceita – sem ressalvas – a tese da "textura aberta" do direito apresentada por Hart (1994), em seu *Conceito de direito*. Dessa forma, podemos dizer que o problema central para ele sempre foi explorar essa dimensão da "abertura" do direito, que, ao contrário daquilo que entendia Hart (1994), era a porta de entrada, no interior do discurso jurídico, para elementos morais ou questões de justiça presentes naquilo que ele denomina discurso prático geral (ALEXY, 2003). Para o autor, o espaço da textura aberta é o l*ó*cus onde **necessariamente** habitam os argumentos morais no direito (ALEXY, 2003).

Isso é assim porque Alexy (2003) identifica problemas centrais concernentes à natureza do direito, dois dos quais dizem respeito às dimensões do direito, que o jurista alemão subdivide em **dimensão real** ou **fática** e **dimensão ideal** ou **crítica** do direito. A primeira é representada pelos elementos da publicação/aplicação competente e eficácia social, dimensão em que estariam as relações entre direito e coerção, direito e procedimentos de institucionalização da criação e aplicação das normas e direito e da aceitação, esta relacionada intrinsecamente à segunda dimensão, na qual Alexy (2003) questiona justamente a relação entre direito e moral, afirmando que o **direito necessariamente levanta uma pretensão de correção**, a qual compreende uma **pretensão de correção moral**. O jurista chega à conclusão de que há casos em que o discurso jurídico não dá conta, devido à sua **textura aberta** – os chamados *hard cases*. Nesses casos, a moral é empregada **complementarmente** para resolvê-los.

Em outras palavras, para Alexy (2003), os casos difíceis não podem ser decididos por razões consideradas, exclusivamente, a partir do direito, ou seja, o intérprete deve pautar-se a partir de diferentes razões que não são propriamente jurídicas, especialmente as considerações de justiça. E como as considerações de justiça pertencem ao conjunto de razões morais e tais

considerações são entendidas como prioritárias (entre todas as possíveis razões – jurídicas, morais e, inclusive, amorais), a moral prevaleceria para a tomada de tal decisão, o que faria emergir, segundo o autor, uma concepção não positivista do direito (ALEXY, 2003, 2009).

Vale dizer, frente à insuficiência do direito para responder ao litígio sob julgamento, aquele que aplica o direito fica liberado a buscar respostas em argumentos de conveniência, costumes e justiça, que são, no fundo, questões morais pertencentes ao discurso prático geral. Diferindo de Hart (1994), Alexy (2003) diz que, mesmo nesses casos em que se evidencia a textura aberta do direito (**casos duvidosos**), existe, por parte do aplicador, uma pretensão de correção, isto é, o juiz decide de determinada maneira o caso, porque entende ser aquela a maneira **correta de decidir**. Essa pretensão encontra fundamento e deve estar justificada com base em elementos externos presentes no discurso prático geral.

Ocorre que, ainda assim, subsiste a possibilidade de uma decisão vir a ser tomada de forma incorreta, sendo, portanto, injusta. Alexy (2009) admite que, em muitos casos, esse tipo de decisão (seja ela do legislador, quando legifera, seja do juiz no momento em que exerce a judicatura) permanece no sistema jurídico como uma espécie de remanescente de imperfeição própria da estrutura que envolve os processos reais de argumentação e discurso jurídico (lembremos que o próprio autor afirma que sua teoria da justiça tem um forte componente idealista). No entanto, o jurista procura introduzir um ferramental para que certo tipo de decisão não seja aceito em nenhuma hipótese, ou seja, em determinados casos, haveria a possibilidade de controlar as decisões pelo fundamento de justiça que elas veiculam.

É nesse ponto que aparece a articulação da chamada **fórmula Radbruch**. Em síntese, essa fórmula prescreve o seguinte: a extrema injustiça não é direito. Como já foi ressaltado, a fórmula Radbruch encontra precedentes de sua utilização no Tribunal Constitucional Alemão. Entretanto, tal fórmula não teve maior repercussão em virtude do fantasma que a rondava, qual seja, a possibilidade de um rompimento institucional com o ideal de **segurança jurídica**. Desse modo, Alexy (2009) procura utilizar a fórmula, dando-lhe novos contornos, de modo que o problema da insegurança jurídica

mostre-se solucionado. Assim, ele estabelece um limite para a aplicação da fórmula. Não é em qualquer caso de **grave injustiça** que ela se aplica, mas apenas naqueles em que há uma **extrema injustiça**, sendo que extrema injustiça define-se substancialmente por meio de um descumprimento do núcleo dos direitos humanos fundamentais. Portanto, o que o autor chama institucionalização da justiça dá-se por meio das Constituições que preveem em seu bojo direitos humanos fundamentais. Nessa medida, toda e qualquer violação a um direito humano fundamental será, em contrapartida, uma violação ao ideal de justiça, ensejando, em última análise, a possibilidade de aplicação da fórmula Radbruch.

Na medida em que na *Teoria dos direitos fundamentais* (ALEXY, 2008) já aparecia a tese de que os direitos humanos possuem uma dimensão de princípios, também as questões de justiça comportariam essa dimensão principiológica e assumiriam, no contexto de sua teoria, o mesmo conceito de mandados de otimização que reveste os princípios derivados dos direitos fundamentais constitucionais. Ainda, na medida em que a forma de aplicação dos princípios dá-se pela ponderação, a solução dos casos duvidosos (que comportam a incorporação de elementos externos ao direito, próprios do discurso prático geral) quanto à solução da chamada **colisão de princípios** passa pela observação do procedimento da ponderação, que apresenta, por tudo que foi dito aqui, uma estrutura discricionária. Esse fato, aliás, é reconhecido pelo próprio jurista. Com efeito, no posfácio que compõe a edição da tradução para o português, Alexy afirma (2008, p. 611, grifo nosso), *in verbis:*

> [...] Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. **Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário.**

Nesse exato sentido, busco reforço às minhas críticas em García Figueroa (1999), para quem uma das fragilidades da teoria da argumentação

alexyana é a "consagração da discricionariedade dos operadores jurídicos ante a crescente amplitude do âmbito das possibilidades discursivas":

> *[...] en cierto modo la versión de Alexy vendría a retrasar el inevitable momento de la discreción judicial que propugna el positivismo. Segundo el positivismo, la discreción comenzaría donde se agotaron los materiales normativos positivos, y en el modelo de Alexy la discreción se desarrollaría donde los materiales normativos y morales no fueran suficientes para discriminar entre las distintas respuestas correctas* (GARCÍA FIGUEROA, 1999, p. 195-220).

Por isso, García Figueroa (1999), na mesma linha de David Richards, aponta um positivismo latente no interior da teoria da argumentação alexyana[6]. Em sentido diametralmente oposto, encontra-se Dworkin (2007). O ponto fulcral de seu debate[7] com Hart (1994) centra-se no problema da discricionariedade. O jusfilósofo inglês sustenta que a vagueza é inerente à linguagem jurídica e que, nos *hard cases*, nos quais existem várias interpretações razoáveis, os juízes podem decidir discricionariamente, pois têm que escolher a interpretação que consideram a mais apropriada (HART, 1994). Assim, nessas situações excepcionais, o juiz não está aplicando o direito, mas, sim, criando-o.

Dworkin (2007), contrariamente, apresenta objeções à construção hartiana. Primeiramente, o jusfilosófo norte-americano defende que as partes num processo possuem o direito de que a solução jurídica para o caso esteja de acordo com o ordenamento previamente estabelecido. Este, por sua vez, seria o fundamento para todos os casos, fáceis ou difíceis, impedindo tanto a discricionariedade judicial quanto o poder criativo dos juízes, nos termos propostos por Hart (1994).

6 Ver Alexy (1989) e Seone (2005).

7 Em virtude desse debate, Dworkin (2001, 2003, 2007) escreveu uma série de artigos posteriormente compilados e transformados em livros, como *Taking rights seriously* e *A matter of principle*. Isso demonstra a constante preocupação em produzir uma teoria antidiscricionária, o que deveria afastar o autor de uma série de posturas autodenominadas pós-positivistas ou neoconstitucionalistas, que continuam apostando exatamente naquilo que ele combate: o poder discricionário dos juízes.

Esse ordenamento jurídico seria composto não apenas por regras, mas também por princípios, em decorrência do fato de que uma sociedade é formada por pessoas que, além de obedecer às regras criadas pelo acordo político, reconhecem princípios comuns como norteadores de suas práticas (comunidade de princípios). Em contraposição a Hart (1994), esses princípios vedariam um juízo discricionário. Desse modo, ainda que existisse um caso de absoluta anomia, no sentido de nenhuma regra a ser aplicada, existiriam princípios que indicariam o direito para um dos demandantes.

Nesse contexto deve ser compreendida a tese da resposta correta. Assim, a questão não é a existência de uma única solução jurídica, mas que, mesmo havendo mais de uma possibilidade juridicamente defensável, o direito sempre teria (uma) resposta. Dito de outro modo: o direito como sistema de regras e princípios não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, uma vez que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada.[8]

Destarte, observa-se que em Dworkin (2007) o direito é um conceito interpretativo.[9] Entende que a prática jurídica é, primordialmente, interpretativa, uma vez que em juízo as partes conflitantes apresentam interpretações

8 Correta, pois, a advertência de Dworkin (2003), no sentido de que devemos evitar a armadilha em que têm caído tantos professores de direito: a opinião falaciosa de que, como não existe nenhuma fórmula mecânica para distinguir as boas decisões das más e como os juristas e juízes irão por certo divergir em um caso complexo ou difícil, nenhum argumento é melhor do que outro e o raciocínio jurídico é uma perda de tempo. Devemos insistir, em vez disso, que quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam.

9 Essa ênfase de Dworkin (2007) no caráter interpretativo (hermenêutico) do direito, bem como a concepção de integridade, o aproxima da hermenêutica filosófica de Gadamer, como deixo claro em *Hermenêutica jurídica e(m) crise* (STRECK, 2013). Nesse sentido, também Motta (2012, p. 86) escreve que o próprio Dworkin (2001, 2003, 2007) "deixa nítida, em diversos contextos, uma postura hermenêutica, no sentido em que Gadamer a tematiza. A sua teoria do Direito – insistimos nesse ponto – é antes fenomenológica do que prescritiva, ou, nas suas próprias palavras: 'A tese não apresenta informações novas sobre o que os juízes fazem; oferece apenas uma nova maneira de descrever aquilo que todos sabemos que eles fazem, e as virtudes dessa nova descrição não são empíricas, mas sim políticas e filosóficas'. E é bem isso. Tal como Gadamer, que coloca em questão, com o seu *Verdade e método*, o que – já o ressaltamos – nos acontece 'além do nosso querer e fazer', Dworkin (2001) não visa à reformulação da prática judiciária, mas à adequada compreensão daquilo que já viria ocorrendo – no seu entendimento – com sucesso. Cuida-se, em ambos os autores, pois, de problematizar o 'não dito' que, apesar de 'não

alternativas que pretendem dizer o direito para o caso. Assim, a interpretação, para além de um caráter meramente instrumental, é imprescindível, é indissociável do fazer jurídico. Nesses termos, o direito transcenderia os catálogos de princípios e regras; seria "uma atitude interpretativa e autorreflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido" (DWORKIN, 2007, p. 492).

Por outro lado, Dworkin (2007) aproxima o direito da literatura. Como é sabido, o jusfilosófo pertencia ao movimento do *Law and Literature*, que albergava tanto as abordagens que estudavam narrativas literárias relevantes para a compreensão do fenômeno jurídico (*Law in Literature*) quanto a aplicação de técnicas da crítica literária aos textos legais (*Law as Literature*). Nesse prisma, a interpretação não tem como objetivo fornecer um juízo de valor das proposições jurídicas, tampouco buscar a *voluntas legislatoris*, mas, sim, tornar o objeto da interpretação o melhor possível.

Essa aproximação metodológica do direito com a literatura é observada quando apresenta a figura do *chain novel*, comparando o trabalho do juiz com o de um romancista em cadeia. Esse romance em cadeia, escrito de forma coletiva, impõe a quem incumbe dar continuidade um dever de coerência. Assim, quanto mais se desenvolvem os capítulos, maior é a vinculação narrativa/histórica do próximo autor, que também é um intérprete, visto que precisa reconstruir o passado[10]. Do mesmo modo, um juiz encontra-se (sempre) vinculado a uma cadeia de precedentes e, com o passar do tempo, esse vínculo é ainda maior.

Essa perspectiva impede que o autor/intérprete seguinte proceda de modo subjetivista – no sentido de que a história começa nele e, por isso, poderia fazer o que quisesse. A ideia não é um conjunto de crônicas ou contos com os mesmos personagens, mas uma única história, iniciada antes dele e continuada como se escrita por um só, mesmo sendo uma obra de inúmeras mãos. Destarte, a interpretação proposta por Dworkin (2007) supera tanto um convencionalismo positivista quanto um pragmatismo realista. Para os

dito' e, bem por isso, 'não tematizado', acaba 'sustentando' a prática e os 'modos-de-ser' dos intérpretes/operadores do direito".

10 Cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativo, o que é o romance criado até então (DWORKIN, 2001).

convencionalistas, sobretudo Hart (1994), há algo para ser respeitado, porém em determinadas situações (*hard cases*) o intérprete poderia tornar-se um autor sem um passado, criando quase que *exnihilo*. Já os realistas sustentam um desapego às convenções e à tradição: cada decisão é nova; em vez de intérpretes, seriam apenas autores.

Para o jusfilósofo, há uma interpretação da história que deve ser coerentemente reconstruída e adequadamente continuada. Não é somente o ontem, também não é só o hoje, tampouco apenas intérprete ou tão só autor. A jurisdição deve imbricar a história jurídico-institucional do passado construída coletivamente com as exigências do hoje. O juiz, ao decidir, deve interpretar as decisões anteriores e, como resultado, proceder de forma que encontre maior adequação (*dimension of fit*) e que torne determinada prática legal a melhor possível (*dimension of value*, *dimension of political morality*, *justification*).

Não obstante Dworkin e Alexy sejam considerados pós-positivistas, os dois possuem percepções diferentes acerca da discricionariedade judicial. Enquanto para o primeiro é algo que pode e deve ser evitado, para o segundo é algo inexorável, que pode ser ao menos minorado por intermédio de uma racionalização do discurso. Salta aos olhos como concepções tão distintas compõem um mesmo movimento, o que me faz continuar a indagar: o que é isso – o pós-positivismo? Uma continuidade (sofisticada) ou uma ruptura com o positivismo jurídico?

4 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E O DESVELAMENTO DO PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

O Estado Democrático de Direito proporcionou uma nova configuração nas esferas de tensão dos poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo, circunstância que reforça, sobremodo, o caráter hermenêutico do direito. Afinal, há um conjunto de elementos que identificam essa fase da história do direito e do Estado: textos constitucionais principiológicos, a previsão/determinação de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e as crescentes demandas sociais que buscam no Poder

Judiciário a concretização de direitos, tendo como base os diversos mecanismos de acesso à justiça.

Ocorre que isso não pode(ria) comprometer os alicerces da democracia representativa. O grande dilema contemporâneo é, assim, construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) sobreponha-se ao próprio direito. Parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é (falácia do realismo jurídico). Também parece evidente que o constitucionalismo não é incompatível com a democracia. Mas, se alguém deve dizer por último o sentido do direito no plano de sua aplicação cotidiana e se isso assume contornos cada vez mais significativos em face do conteúdo principiológico e transformador da sociedade trazido pelas Constituições, torna-se necessário atribuir um novo papel à teoria jurídica.

Em tempos de enfrentamento entre constitucionalismo e juspositivismo (e os vários positivismos), é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se **interpreta**, como se **aplica** e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma **resposta correta** (constitucionalmente adequada), diante da (inexorabilidade da) indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países periféricos (que prefiro chamar "países de modernidade tardia", em que se destaca o Brasil), em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, a partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo, de um lado, exegético-normativista e, de outro, fortemente decisionista e arbitrário, produto de uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento, consciente ou inconsciente, ao esquema sujeito-objeto.

Nesta quadra da história, faz-se imprescindível pensar numa hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto e dar conta do mundo prático. Ademais, não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do direito, que sirva

tão somente para colocar "capas de sentido" aos textos jurídicos. No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução (tampouco por subsunção). Consequentemente, o método (o procedimento discursivo) sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos separados da "realidade".

Essas questões e insuficiências estão presentes nas diversas teorias procedurais-argumentativas. O que tais teorias não levam em conta é a relevante circunstância de que, antes de qualquer explicação causal que resolveria *easy cases*, existe algo mais originário, que é a pré-compreensão, forjada no mundo prático. Em outras palavras, antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. O uso da linguagem não é arbitrário, isto é, "a linguagem não depende de quem a usa" (GADAMER, 1998, p. 192). A compreensão antecede qualquer argumentação. Ela é condição de possibilidade.

Vejam-se a complexidade e os desdobramentos da problemática relacionada à crítica à discricionariedade na interpretação (cuja questão central reside na decisão judicial dos assim denominados "casos difíceis"). Em uma apressada leitura do fenômeno, poder-se-ia entender que, cortadas as "amarras do supremo momento da subjetividade", isso poderia representar uma espécie de abertura do processo de compreensão, mormente em um direito repleto de princípios e cláusulas abertas.

É de registrar, entretanto, que a herança kelseniana do decisionismo não foi superada até hoje e a discricionariedade hartiana tem sido, de algum modo, reapropriada pelas teorias argumentativas, só que sob o manto de uma racionalidade argumentativa, com a pretensão de dar solução ao problema de uma pós-metódica. Com efeito, a teoria da argumentação alexyana – tese que, reconheça-se, mais tem sido utilizada em dissertações, teses e decisões judiciais na tentativa de solucionar os dilemas destes tempos pós-positivistas em *terrae brasilis* – não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade. Além disso, não se percebe nas decisões judiciais uma coerência em sua utilização. Na verdade, não há uma decisão judicial que tenha aplicado a esquematização constante na tese alexyana.

Parece não restar dúvidas de que Alexy, nos casos difíceis, aposta em soluções que perpassam o âmbito jurídico, circunstância que até mesmo

deixa para trás a conhecida aposta de Hart na discricionariedade. De todo modo, seja o nome que se dê ao modo como, no plano da teoria da argumentação, devem ser solvidos os *hard cases*, o proceder discricionário do juiz é também admitido por outros não menos importantes adeptos da teoria, como Prieto Sanchis[11] e Manuel Atienza – a partir de diversos aspectos explícitos e implícitos.

Há uma diferença fundamental e fundante entre a CHD e a teoria da argumentação jurídica, mormente a defendida por Alexy (1989). Enquanto esta compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, circunstância que chama à colação a subjetividade do intérprete, àquela parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, "fechando" a interpretação, isto é, diminuindo – em vez de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete; além disso, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica colocam-se como blindagem contra relativismos.

Claro que, para tanto, a CHD salta na frente para dizer que, primeiramente, são incindíveis os atos de interpretação e aplicação (com o que se supera o método) e, segundo, não há diferença estrutural entre *hard cases* e *easy cases*. É nesse contexto que deve ser analisado o emprego do princípio da proporcionalidade pela teoria da argumentação. Com efeito, a proporcionalidade é a "chave" para resolver a ponderação, a partir das quatro características de todos conhecidas, ou seja, na medida em que a proporcionalidade só "é chamada à colação" quando necessário um juízo ponderativo para os casos difíceis – uma vez que para os casos simples "basta" a dedução/subsunção

11 Nesse sentido, Prieto Sanchís (1998, p. 62-63), em sua obra *Ley, princípios, derechos*, afirma: "*Sin embargo, los problema se incrementan cuando han de aplicar-se normas constucionales de carácter sustantivo, que precisamente suellen llamar-se principios para dar cuenta de algunas de las pecularieedades que han sido expuestas. Así, en primeiro lugar, se ha visto que, en ocasiones, la norma constitucional no contempla ninguno supuesto de hecho para su aplicación, lo que significa que en la prática es el juiz quien decide, mediante un ejercício de razonabilidade no extenta de discricionariedad, cunda procede dicha aplicación*". Ainda desenvolvendo o tema assevera: "*Desde luego, ponderación no equivale e ninguna arbitrariedad desbocada, pero no cabe duda que en su ejercicio el juiz es mucho más protagonista y, por tanto, más 'libre' que en la aplicación de reglas según el modelo tradicional. Y, lo que es más importante, la ponderación non solo aparece cuando estamos en presencia de un conflicto explícito entre princípios o derechos, sino que puede recurrirse a ella simpre que el resultado de la aplicación delas reglas le parezca al intérprete instifactorio o injusto*".

–, cabe ao intérprete a tarefa de "hierarquizar" e "decidir" qual princípio *é* aplicável no caso do conflito/colisão.

Ora, se, ao fim e ao cabo, cabe ao intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio aplicável, a pergunta inexorável é: qual é a diferença entre o "intérprete ponderador" e o "intérprete do positivismo", que discricionariamente escolhe qual é a "melhor" interpretação? Claro que a teoria da argumentação jurídica – mormente a de Alexy (1989), que é a mais sofisticada e complexa – responderá que há um conjunto de critérios que deverão sempre balizar a escolha. Mas pergunto: qual é a diferença desses critérios (ou fórmulas) dos velhos métodos de interpretação, cujo calcanhar de Aquiles – na feliz expressão de Eros Grau e Friedrich Müller – é (era) exatamente não ter um critério para difundir o melhor critério, que venho denominando "ausência/impossibilidade" de um *Grundmethode*?

Mutatis mutantis, denominado esse poder de "resolver os casos difíceis" de "poder discricionário" (HART, 1994) ou de "recurso às questões de justiça", que, ao fim e ao cabo, são questões morais (ALEXY, 2008), é a esse problema que me refiro quando critico o esquema sujeito-objeto. Entender que a discricionariedade é algo inerente à aplicação do direito é, no fundo, uma aposta no protagonismo judicial.

Como venho afirmando, a discricionariedade não se relaciona bem com a democracia. E essa questão continua na ordem do dia, mormente em países como o Brasil. Com efeito, as teorias que pretenderam resolver esse problema da (in)determinabilidade do direito, dos casos difíceis,[12] das vaguezas e das ambiguidades próprias do ordenamento jurídico, ao apostar nesse *sub-jectum* da interpretação jurídica, não conseguiram alcançar o patamar da revolução copernicana proporcionada pela invasão da filosofia pela linguagem.

12 É possível afirmar, assim, que nos casos difíceis de que falam as teorias argumentativas a escolha do princípio aplicável – que é feita pelo "método ponderativo" – proporciona uma espécie de "repristinação" da antiga "delegação positivista" (lembremos: na zona da penumbra, em Hart; no perímetro da moldura – e até mesmo fora –, em Kelsen). Em outras palavras, cabe ao intérprete dizer qual é o princípio aplicável, isto é, tal como no positivismo, é tarefa do juiz decidir nas "zonas de incertezas" e nas "insuficiências ônticas" (para usar aqui uma expressão que venho utilizando para identificar a "dobra da linguagem" que sustenta a ausência de cisão entre *hard* e *easy cases*).

Apostando na discricionariedade ou em discursos adjudicadores com pretensão de correção do direito, estaremos tão somente reforçando aquilo que pretendemos criticar. Tal circunstância pode ser detectada em setores importantes da dogmática jurídica praticada no Brasil, que vêm apostando fortemente na teoria da argumentação jurídica e, portanto, utilizando largamente a ponderação de princípios. Malgrado esse expansão da teoria alexiana, não escapa a um olhar mais crítico a circunstância de que poucos intérpretes de Alexy efetuam os procedimentos descritos na chamada lei de colisão[13].

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal faz constantes referências ao termo "ponderação", mas é extremamente difícil dizer quando estamos diante de um acórdão em que realmente foram percorridas todas as fases do procedimento da ponderação. Há frequentes menções a princípios constitucionais em conflito, mas, em regra, não se encontra um voto no qual todas as fases da ponderação – estabelecidas por Alexy (2008) – tenham sido ao menos sugeridas pelos ministros[14]. O problema envolvendo aquilo que responde pelo nome **norma de direito fundamental atribuída** pode ser apresentado, por exemplo, como um desses pontos esquecidos.

Por isso, defendo que os princípios não abrem a interpretação e, sim, fecham/limitam. Os princípios (re)inserem a faticidade no direito e espelham uma determinada tradição jurídica que permitirá um diálogo constante entre a decisão particular e todo o ordenamento. Desse modo, proporcionam que a atividade jurisdicional, por intermédio da fundamentação, que é condição

13 Alexy (2008) pretende racionalizar a jurisprudência dos valores, que ele vê aplicada pelo Tribunal Constitucional alemão sem critérios. Para isso, constrói sua teoria da argumentação jurídica. Entretanto, não identifica seu modelo como uma "jurisprudência dos valores", embora não seja essa a questão central de sua "incorporação" pelo neoconstitucionalismo (italiano, espanhol e brasileiro). Essa racionalização, via teoria da argumentação jurídica, é feita, segundo ele, por padrões analítico-conceituais ainda signatários da tradição da "jurisprudência dos conceitos" alemã. De qualquer forma, o problema nas teses alexianas está no entendimento de que a Constituição "é uma ordem concreta de valores" e nos "efeitos colaterais" de uma racionalização que envolve a ponderação desses valores (sem contar as leituras equivocadas que foram feitas no Brasil da sua obra). É possível dizer que, no Brasil, não há sequer "teoria da argumentação". Há, tão somente, os traços analíticos de uma teoria dos princípios, sem o controle – bem ou mal – exercido pelas regras de argumentação.

14 Para maiores aprofundamentos sobre o tema, remeto o leitor à tese de doutoramento defendida na Unisinos por Morais (2013).

de possibilidade, publicize o sentido que será intersubjetivamente controlado e que tenderá a manter a coerência e integridade do direito.

5 CONCLUSÃO

A CHD, entre seus intentos, procura despertar a comunidade jurídica acerca do problema da discricionariedade, sobretudo, em seus contornos paradigmáticos. Defender que a decisão jurídica pressupõe um juízo discricional de um sujeito que, livremente, poderia decidir devendo ouvir tão somente sua consciência, é esquecer que estamos desde sempre inseridos num mundo em que as significações dão-se intersubjetivamente. Logo, a jurisdição não pode ser compreendida numa escolha personalista; ao contrário, deve ser entendida como um processo que requer responsabilidade política.

O juspositivismo, como demonstrei, está intimamente ligado à ideia de discricionariedade judicial, desde suas versões primeiras. De início, encontrava-se no "legislador" que soberanamente dizia o direito, que após seria apenas declarado pelos juízes. Posteriormente, e até os dias atuais, houve um deslocamento para o Judiciário, de modo que tem sido considerada um fenômeno inescapável ou o modo adequado de buscar o justo para o caso concreto.

Diante desse quadro, espera-se que uma postura pós-positivista, entendida como uma ruptura com o paradigma predecessor, formule uma compreensão contrária à perspectiva positivista, o que não se vê em Alexy nem na maioria das teorias argumentativas. Em geral, a discricionariedade é pretensamente "minimizada" por uma estrutura de argumentação, sendo, ao fim e ao cabo, reconhecida sua inexorabilidade. Em caminho oposto caminha Dworkin com seu interpretativismo e sua concepção do "direito como integridade".

A CHD entende a decisão jurídica como não discricionária e procura desenvolver uma perspectiva teórica nesse caminho, seja pela exigência hermenêutica que todo o processo de compreensão é sempre intersubjetivo, seja pela exigência democrática que requer decisões jurídicas que não espelhem vontades individuais, mas o direito construído pela/na comum-unidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **A theory of legal argumentation**: the theory of rational discourse as theory of legal justification. Oxford: Oxford University Press, 1989.

_____. The nature of arguments about the nature of law. In: MEYER, Lukas H.; PAULSON, Stanley L.; POGGE, Thomas W. **Rights culture and the law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. The dual nature of law. In: IVR, 24., 2009, Beijing. **Procedures…** [S.l.: s.n.], 2009. p. 257-274.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg**. Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GARCÍA FIGUEROA, Alonso. La tesis del caso especial y el positivismo jurídico. **Doxa**, n. 22, p. 195-220, 1999.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção Os Pensadores).

KELSEN, Hans**. Qué es la teoria pura del derecho?.** 5. ed. Mexico: Fontamara, 1997.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 2013. 344 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, princípios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998.

SEONE, José Antonio. Un código ideal y procedimental de la razón práctica: la teoria de la argumentación jurídica de Robert Alexy. In: _____. **De la argumentación jurídica a la hermenêutica**. Granada: Comares, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio; MATOS, Daniel Ortiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. **Revista UNIFESO de Ciências Humanas e Sociais**, v. 1, n. 1, p. 120-140, 2014. Disponível em: <http://revistasunifeso.filoinfo.net/index.php/revistaunifesohumanasesociais/article/view/10/16>. Acesso em: 28 maio 2015.

Correspondência | Correspondence:

Lenio Luiz Streck
Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Avenida Unisinos, 950, Cristo Rei, CEP 93.022-000. São Leopoldo, RS, Brasil.
Fone: (51) 3519-4347.
Email: lenio@unisinos.br

Recebido: 03/11/2015.
Aprovado: 25/01/2016.

Nota referencial:

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016. Quadrimestral.