
Fausto de Moraes: A hermenêutica e a insuficiência da teoria de Alexy

Nas últimas semanas se viu um singular debate sobre a teoria do Direito associada às ideias do jurista alemão Robert Alexy. Tudo teve início com a participação de Alexy num seminário brasileiro no mês de março. Naquela oportunidade, Alexy criticou de forma severa a produtividade da hermenêutica (Gadamer) e a coerência no Direito (Dworkin), sustentando, sinteticamente, não haver verdadeiras contribuições à normatividade do Direito tal qual a sua noção de proporcionalidade. Esse debate envolveu duas posições que aqui podem ser apresentadas como a “Hermenêutica” e a “Argumentação”.

Em objeções às críticas do jurista alemão, Streck e Trindade ([ver aqui](#)), na posição “Hermenêutica”, mostraram que a utilização da proporcionalidade em larga escala e a tentativa de blindagem analítica do jurista alemão à sua teoria ignorava questões fundamentais desenvolvidas pela hermenêutica na luta contra a discricionariedade judicial.

A crítica de Streck e Trindade esteve sustentada em dois pilares. Primeiro, os problemas teóricos e práticos da importação de Alexy ao Brasil sem o devido cuidado com a gênese do autor. O segundo, mostrando a vulnerabilidade da “teoria dos princípios” e da discricionariedade judicial que nela aparece quando pensada independentemente de um suporte teórico-filosófico. Suporte este que poderia ser fornecido, por exemplo, com a consideração da hermenêutica compartilhada pelos autores. Caso contrário, ter-se-ia uma teoria jurídica sem filosofia.

Por especial, destaca-se na tese dos autores: a) a discricionariedade de tudo poder ser ponderável para Alexy; b) a diluição a deontologia dos princípios jurídicos; e, c) a caracterização da Filosofia da Consciência como pano de fundo ao desenvolvimento de teoria da argumentação jurídica orientada a um neopositivismo lógico para racionalização da pragmática.

As críticas hermenêuticas foram duras e parecem ter abalado algumas estruturas alexianas. Não aos olhos dele, mas, ao que tudo indica, aos seus adeptos. Por conta disso, do lado da “Argumentação”, pelas mãos de Trivisonno e Oliveira vieram críticas às objeções ([ver aqui](#)). Embora os juristas concordarem em geral com os problemas da importação da teoria de Alexy para o Brasil, entendem que as objeções não procederiam.

Isso porque, primeiro, teria razão Alexy quanto à insuficiência da hermenêutica (círculo hermenêutico) no âmbito da interpretação do Direito. Seria ela marcada pela incompletude, servindo como uma teoria (ou ciência) da compreensão. Para o Direito, seria a hermenêutica insuficiente. Mesmo tendo os autores referido a construção teórica da teoria do discurso de Alexy com base em Kant e Habermas, o grande problema foi, no caso dos autores, a falta de apresentação dessa insuficiência. Ou seja, não teria ficado claro porque ou como Alexy teria superado a (hipotética) insuficiência da hermenêutica.

Outra crítica procurou responder as objeções ao conceito de princípio jurídico como mandamento de otimização e a supervalorização da ponderação na teoria de Alexy. Quanto a isso, os autores sustentaram que Alexy deixaria clara a condição de princípios como normas e, enquanto tal, estariam no plano deontológico. Concluem, portanto, que a objeção feita seria pelo fato dos princípios poderem ser ponderados e redundaram num decisionismo. Todavia, esse argumento estaria equivocado, disseram os

autores. Isso porque, não haveria discricionariedade ou irracionalidade visto que a ponderação dos princípios seria de forma racional, pois passíveis de serem conectados com argumentos racionais que os apoiassem, através da máxima da proporcionalidade.

Sem deixar o debate esfriar, com o lado da “Hermenêutica”, Tomaz de Oliveira e Morais da Rosa promoveram novo diálogo pontuando as questões apontadas por Trivisonno e Oliveira ([ver aqui](#)). A resposta veio contra a indicação de uma “concepção estreita de filosofia”, adotada para criticar Alexy e ao endosso da deontologia dos princípios.

No primeiro ponto, Tomaz de Oliveira e Morais da Rosa esclarecem que por concepção filosófica não se estaria defendendo uma ou outra filosofia, mas indicando a necessidade de um paradigma filosófico que orientasse as discussões sobre o entendimento das coisas. Nesse sentido, o paradigma filosófico seria uma matriz de racionalidade.

Considerando isso, conforme sustentam os autores, o sistema teórico de Alexy acabaria por enveredar-se num ecletismo teórico, misturando elementos de uma matriz analítica, neokantismo de Baden e resquícios da Filosofia da Consciência. Prova disso, por exemplo, seria reconhecer a discricionariedade ao intérprete no âmbito dos “espaços-quadros”, quanto ao problema epistemológico numa conexão entre a ponderação por força da influência das Jurisprudências dos Interesses e Valores e o método analítico próprio da Jurisprudência dos Conceitos.

Em contraposição, indicam que orientação filosófica pela hermenêutica, naquilo que ficou conhecido como diferentes níveis de racionalidade, seria suficiente para discutir tanto questões relativas aos pressupostos estruturantes do conhecer e aplicar o Direito (nível II), quanto ao exercício epistemológico da explicitação e justificação desse conhecer (nível I). Deixar de reconhecer o enraizamento entre esses dois níveis seria um problema filosófico que autorizaria o uso retórico e discricionário do conhecer.

Quanto ao segundo ponto, sobre a deontologia do conceito de princípio em Alexy, indicou-se o problema do conceito semântico de norma adotado pelo jurista alemão. Conforme os autores, seria pela semântica que regras e princípios se distinguiriam e a ponderação apareceria. Todavia, tal aparição seria restrita à construção de uma regra de direito fundamental atribuída aplicável via subsunção. Assim, em que pese a indicação da ponderação de princípios de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso, no fim, haveria a construção da regra que afastaria qualquer iniciativa de concretização do princípio de forma concreta.

Portanto, concluem os autores, a deontologia reclamada aos princípios como mandamentos de otimização teria como destino a criação de regras fazendo com que, do ponto de vista da interpretação, o valor normativo dos princípios perdesse força ao resignar-se a esquemas lógicos de subsunção.

A “Argumentação” contra-argumenta ([leia aqui](#)). Trivisonno e Aguiar respondem que a segunda manifestação da “Hermenêutica” avança por reconhecer a existência de filosofia em Alexy, mesmo que adjetivada de lógica ornamental (aqui vai uma nota explicativa: talvez Trivisonno e Aguiar não tenham entendido o tom — quase irônico — em que Tomaz de Oliveira e Morais da Rosa utilizaram, quando falaram em “lógica ornamental”; talvez eles devessem ter colocado uma nota para explicar o óbvio: o de que filosofia não é lógica; logo, quando disseram que Alexy “faz” lógica ornamental, apenas fizeram a

diferença entre filosofia e lógica; e sabem por que? Porque lógica não é filosofia; e vice-versa. Isso Trivisonno e Aguiar não entenderam. Vale dizer, o problema posto pela lógica é da ordem da racionalidade II, apofântico-mostrativo. As questões ligadas à compreensão estão enraizadas no nível de racionalidade estruturante, que é a racionalidade I. Assim, uma filosofia analítica que privilegie o âmbito da lógica entre enunciados desprendida — a análise — desse elemento mais radical e estruturante, se coloca como uma ficção; um modo de criar um modelo de racionalidade desprendido das condições radicais da facticidade).

Na sequência, dizem que a proposta da “Argumentação” seria discutir apenas a Teoria do Direito de Alexy e nada mais. Por isso, discussões provenientes de pesquisas da “Hermenêutica” não seriam seu objeto de análise. Ou seja, não se interessariam pelas razões de Streck, mas tão somente, saber se há ou não filosofia na teoria de Alexy.

Mesmo assim, logo após, afirmam que a base teórica da “Hermenêutica”, representada por Dworkin, seria superada pelo nível de rigor (argumentativo) racional encontrado em Alexy. E, para finalizar, indicam que a ponderação entre dois princípios no caso concreto atestaria o alto teor deontológico dos princípios como categoria normativa, especialmente, diante da possibilidade de se obter normas concretas pela ponderação.

Pontuados os principais argumentos do debate, sem desvalorizar o sofisticado teor das discussões teóricas de ambos os lados, parece-me que as objeções às críticas proferidas a Alexy não esclarecem os problemas primordiais apontados como defectíveis. Assim, a “Hermenêutica” tem razão, pois há pontos que denunciam a falibilidade da teoria de Alexy sem serem satisfatoriamente refutados. Esses pontos podem ser apresentados como três problemas:

O problema do paradigma filosófico

Não haveria controvérsia que a teoria de Alexy transitaria entre Kant e Habermas. Mesmo reconhecendo a profundidade que o conhecimento de cada um desses filósofos exige, fica difícil ignorar a crítica quanto ecletismo filosófico. O problema de inconsistência paradigmática entre os modelos de racionalidade que distinguem esses dois filósofos parece ser incontornável. Como abrigar ao mesmo tempo o iluminismo da Filosofia da Consciência (Kant) com a negação da mônada pelo agir comunicativo? Embora a segunda só tenha problematizado o saber comunicativo em virtude da existência da primeira, não haveria dúvidas que elas se contrapõem. Evidenciar o problema “ecletico” de conjugar Kant e Habermas somente é possível com suporte na Filosofia no Direito. É através dessa proposta que Streck, amparado em Stein, vai denunciar a incongruência na forma de compreender os assuntos jurídicos concebidos sobre a influência de (diferentes) paradigmas filosóficos. E aqui, diferentes autores podem conjugar do mesmo paradigma, tal qual a orientação para os níveis de racionalidade perceptíveis em Heidegger, Gadamer, Dworkin e Putnan. Mas diferentes paradigmas não podem consistentemente fundar o mesmo filósofo. Seria como, dizendo metaforicamente, confiar num filósofo da religião que sustentasse suas ideias ao mesmo tempo em teorias cristãs e ateístas.

Outra alternativa que justificaria a junção de diferentes paradigmas filosóficos seria o resultado de uma interpretação problemática sobre os limites de cada proposta teórica. Nesse sentido, por exemplo, justificar-se-ia a confusão entre mundo real (empírico) e ideal, conciliando-se a inconciliável racionalidade comunicativa com a visão metafísica do conhecer. Tocando neste assunto, não parece ser

diferente a concepção de Alexy sobre a natureza real e ideal do Direito. O problema seria que no âmbito ideal, de uma pretensa racionalidade comunicativa (que aplicada ao Direito viraria discursiva) a idealização dos princípios jurídicos daria margem ao uso instrumental da linguagem, tornando essa categoria normativa dependente da vontade do sujeito. O que, por filiação a um paradigma filosófico como base à racionalidade, negaria a própria filosofia da linguagem que se pretenderia aplicar.

Uma filosofia “lógica ornamental” seria — e é — isso. Usar-se no discurso, seja ele filosófico ou lógico, pedaços de (diferentes posições da) filosofia sem levar a efeito as condições de possibilidade e os limites da formalização de cada uma dessas filosofias. Stein explica isso. Streck e Tomaz de Oliveira compreendem isso. Mas apresentar os diferentes filósofos em que indiscriminadamente transita a Teoria do Direito de Alexy e nada mais do que isso, reiteraria a condição de ornamento. Pois não discutir aquilo nivelado à condição do nada (as condições estruturantes e os limites do paradigma filosófico), implicaria numa restrição à própria disposição do perguntar. O que determina, na boa parte das vezes, em manter escondido aquilo que não se pode perguntar ou que não se quer falar.

O problema da origem dos princípios jurídicos

Não bastaria ao conceito de princípios jurídicos a petição de princípio: “princípios são normas” ou “princípios são deontológicos”. Alexy diz isso. Não há dúvidas. A resposta, contudo, deveria envolver o questionamento sobre como se identificam os princípios jurídicos. Não uma proposta de regra de reconhecimento ou um método, mas o caminho para se identificar intersubjetivamente a deontologia desses princípios jurídicos. Algo não pode ser princípio porque assim me convém. Talvez aqui, se fosse acessível ao grande público a reformulação de Alexy sobre o papel dos princípios formais na ponderação, uma alternativa poderia ser indicada. Enquanto isso, esse problema deontológico me leva ao terceiro ponto.

O problema da discricionariedade na aplicação do Direito

Com isso se pretende evidenciar o sujeito como variável determinante para a “ponderação” dos princípios jurídicos na constituição da regra atribuída. Tematizar isso é colocar um problema entre compreensão e decisão judicial a ser investigado. Não dá para simplesmente deslocar esse âmbito do perguntar da compreensão para a argumentação, ignorando a existência do sujeito. É por isso que me parece mais atraente questionar a relação entre o intérprete e a compreensão da *ratio decidendi*, como objeto da investigação hermenêutica, do que apenas o elemento da justificação racional *a posteriori*. Discutir apenas *a posteriori*, com esse mesmo qualificativo à pretensão de correção, por exemplo, seria dar muito valor ao retórico e pouco à condição de participante do intérprete.

A menos que, conforme proponho em minha tese *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo STF*, a condição de participante do intérprete fosse constitutivo da pretensão de correção. Admitindo-se isso, transformar-se-ia a pretensão de correção *a posteriori* num *a priori*. Assim, a tradição de compreensão da correção da *ratio decidendi* no Direito seria a questão de princípio a ser mediada no ato de aplicação. Nessa proposta, a deontologia dos “princípios jurídicos” se enraizaria numa condição histórico-existencial da *ratio decidendi*. Afastar-se dela, implicaria em fornecer a devida apresentação de razões para tanto como recurso contra a discricionariedade (o que, conseqüentemente, endossaria a valorização dos “princípios jurídicos formais”, em termos alexianos).

Aliás, alguns dos próprios conceitos operacionais de Alexy como: “boas razões”, “razões suficientes”, “atribuição de pesos”, “intensidade/interferência”, “certeza normativo/empírica”, “argumentação prática geral” e “injustiça extrema”; indicariam a pista sobre a condição histórico existencial da compreensão do Direito.

Sem estudar a (filosofia) hermenêutica não seria visível a consequência da presunção de racionalidade na aplicação do Direito por uma fundamentação argumentativa *a posteriori*. Estudando-a, ao contrário, torna-se necessário pensar a condição do intérprete como participante de um empreendimento interpretativo. Isso faria com que, antes do uso de argumentos, dever-se-ia questionar a responsabilidade do intérprete com a intersubjetividade que esse empreendimento exige. O que permite dizer, por exemplo, que o rigor racional da aplicação do Direito não pode ignorar os limites de seus pressupostos.

Entender que Alexy supera Dworkin por apostar numa lógica formal, implica uma crença quanto à autossuficiência do sujeito racional como resposta à discricionariedade, sem discutir, no entanto, os pressupostos e limites desta assunção (algo que não se apresenta como um problema no âmbito argumentativo). De novo: se Alexy aposta “numa lógica formal”, é porque não aposta na filosofia, isto é, não a tem como condição paradigmática. Simples, pois!

Recorrendo-se à Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Lenio Streck nas suas obras *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise, Verdade e Consenso, Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*, entres outras — em que as categorias da Hermenêutica Filosófica e da Teoria do Direito de Ronald Dworkin servem para combater os problemas decorrentes da anemia à influência velada que os paradigmas filosóficos impõem ao Direito —, não se poderia desconsiderar a discricionariedade existente na aplicação dos conceitos operacionais supra citados. Admitir-se que “injustiça extrema”, por exemplo, fosse um juízo discricionário do intérprete, teria como efeito assumir que a aplicação do Direito seria igual à vontade de poder (*Wille zur Macht*), disposição esta em que (pre)domina o âmbito da Filosofia da Consciência. E, (não) se precisa(ria) dizer, paradigma filosófico incompatível com a Democracia.

Muitos desses problemas surgem explicitamente nas obras de Alexy. Alguns são desenvolvidos pelos iniciados na teoria de Alexy — mesmo que sob forte censura do jurista alemão. Outros, todavia, só existem nas entrelinhas. Para conhecer estes, a curiosidade hermenêutica seria a única saída para saber aquilo que, de Alexy existe, mas ainda não foi dito. Para tal desafio, antes do argumento racional ou de uma lógica ornamental, recorre-se à capacidade hermenêutica da compreensão.

Date Created

29/04/2014