

PONDERAÇÃO *VERSUS* INTEGRIDADE: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E OS MARCOS TEÓRICOS DE ROBERT ALEXY E RONALD DWORKIN

BALANCING *VERSUS* INTEGRITY: THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE AND THE ROBERT ALEXY'S AND RONALD DWORKIN'S THEORETICAL FRAMEWORKS

Leonardo Simchen Trevisan¹
leonardo_tapes@hotmail.com

RESUMO: Este trabalho objetiva contrastar as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, pressupostas, respectivamente, pelo artigo 489, § 2º e pelo artigo 926 do novo Código de Processo Civil brasileiro. “Ponderação” e “integridade”, conceitos aos quais o diploma processual faz expressa alusão, representam vigas-mestras dos edifícios teóricos de cada um desses autores, e a incompatibilidade entre essas teorias parece recomendar uma escolha entre elas. Esta investigação busca oferecer critérios científico-jurídicos para isso, defendendo a superioridade da tese de Alexy sobre a de Dworkin.

PALAVRAS-CHAVE: Ponderação; integridade; novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: This paper is aimed to contrast the theories of Robert Alexy and Ronald Dworkin, which are respectively presupposed by article 489, § 2º and article 926 of the new Brazilian Civil Procedure Code. “Balancing” and “integrity” are concepts adopted in the text of the new procedural law and represent very important standards of Alexy’s and Dworkin’s theoretical frameworks. However, there is an incompatibility between these theories and a choice is necessary. This investigation, based on scientific legal criteria, will defend the superiority of Alexy’s over Dworkin’s thesis.

KEYWORDS: Balancing; integrity; new Civil Procedure Code.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. PONDERAÇÃO E INTEGRIDADE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

2.1 PONDERAÇÃO (ARTIGO 489, § 2º, CPC)

2.2 INTEGRIDADE (ARTIGO 926, CPC)

3. DIVERGÊNCIAS FUNDAMENTAIS ENTRE AS TEORIAS DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY

3.1 REGRAS TUDO-OU-NADA *VERSUS* MANDAMENTOS DEFINITIVOS

¹ Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

3.1.1 Dworkin: a insuficiência do positivismo e do modelo de regras tudo-ou-nada

3.1.2 Alexy: regras como mandamentos definitivos e o estabelecimento de exceções

3.2 ARGUMENTOS DE *POLICY VERSUS* BENS COLETIVOS

3.2.1 Dworkin: direitos como trunfos do indivíduo contra argumentos de *policy*

3.2.2 Alexy: princípios como veículos de direitos individuais e bens coletivos

3.3 ÚNICA RESPOSTA CORRETA *VERSUS* TEORIA DO DISCURSO

3.3.1 Dworkin: o juiz Hércules e a única resposta correta

3.3.2 Alexy: teoria do discurso e modelo de argumentação

3.3.2.1 O *status* da correção na teoria do discurso

3.3.2.2 Três modelos de decisão judicial

3.4 INTEGRIDADE E COERÊNCIA *VERSUS* PONDERAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO

3.4.1 Dworkin: o direito como integridade e a importância da ideia de coerência

3.4.2 Alexy: as limitações da ideia de coerência e a racionalidade da ponderação

4. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PONDERAÇÃO *VERSUS* INTEGRIDADE: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E OS MARCOS TEÓRICOS DE ROBERT ALEXY E RONALD DWORKIN

BALANCING *VERSUS* INTEGRITY: THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE AND THE ROBERT ALEXY'S AND RONALD DWORKIN'S THEORETICAL FRAMEWORKS

1. INTRODUÇÃO

Sob designações vagas como “pós-positivismo” ou “neoconstitucionalismo”, Robert Alexy e Ronald Dworkin são normalmente colocados lado a lado pela doutrina nacional, quase como autores homólogos, nas discussões que envolvem princípios jurídicos e o papel da moralidade no direito. Parece estar disseminada a opinião de que esses autores, sem dúvida os dois mais importantes pensadores contemporâneos do direito, propuseram teorias essencialmente idênticas, que se diferenciam – se é que o fazem - apenas em aspectos acidentais, tão irrelevantes que sequer merecem alguma consideração. Em consequência, muito pouco se diz sobre as divergências entre esses autores e sobre as incompatibilidades entre as respectivas teorias. Elas, todavia, existem e são profundas. Do ponto de vista científico, sua omissão não significa simplesmente uma falta de acurácia; ela conduz perigosamente a uma confusão de referenciais teóricos que são, em muitos aspectos, divergentes e incompatíveis entre si, com repercussões negativas sobre a aplicação do direito.

Curiosamente, a confusão reinante na doutrina parece ter passado para o plano da legislação. O recentemente promulgado Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/15) contém alusões à ponderação (que remete ao pensamento de Robert Alexy) e à integridade (que remete ao pensamento de Ronald Dworkin) em dois dispositivos distintos de seu texto. O legislador, com isso, introduziu no novo Código, sem qualquer ressalva, elementos concernentes às teorias de ambos os autores, aparentemente inconsciente do fato de que, relativamente ao problema da aplicação do direito, Alexy e Dworkin representam marcos teóricos incongruentes.

Soa bastante inusitada a opção do legislador por “positivar” em um Código complexas e abrangentes teorias acerca do fenômeno jurídico; o campo das teorias é, por excelência, o da doutrina, não o da legislação. Contudo, verdadeiramente desconcertante

é o fato de, no caso do novo Código de Processo Civil, essa posituação envolver duas teorias divergentes e incompatíveis entre si. A aplicação do direito, mormente no que tange ao espinhoso campo dos princípios jurídicos, pressupõe a adoção de um referencial teórico suficientemente sólido; se Alexy e Dworkin oferecem paradigmas concorrentes nesse campo, uma opção entre as respectivas teorias mostra-se necessária. Inadvertidamente, o legislador contribuiu para sua maior urgência.

“Ponderação” em Alexy e “integridade” em Dworkin são elementos centrais das respectivas teorias, mas não permitem apreendê-las em toda a sua envergadura e complexidade. A discussão desses conceitos pressupõe necessariamente o conhecimento daquilo que está por trás deles, ou seja, depende de uma ampliação de horizontes a respeito do direito discursivo (Alexy) e do direito como integridade (Dworkin). Uma análise comparativa desses elementos deve, assim, ser situada em um contexto mais abrangente, o que leva necessariamente à consideração dos pontos mais importantes de cada uma das teorias analisadas. Se não é recomendável adotar o pensamento de um autor “em tiras”, isolando determinados elementos e ignorando os demais, comparar conceitos isolados de teorias de autores diferentes, sem uma visão de conjunto, é menos ainda.

O presente estudo pretende demonstrar que o direito discursivo (Alexy) é superior ao direito como integridade (Dworkin) em relação a aspectos decisivos. Após uma breve exposição, no primeiro capítulo, dos dispositivos do novo diploma processual que tratam da ponderação e da integridade, a superioridade do direito discursivo sobre o direito como integridade é exposta ao longo do segundo capítulo, através da análise comparativa de elementos centrais de cada um desses referenciais teóricos, cujo ponto de chegada é a contraposição direta entre os conceitos que deram origem à celeuma, quais sejam, ponderação e integridade.

Trata-se de um tema de grande atualidade e relevância: sua atualidade revela-se no fato de que a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil é ainda muito recente, e sua relevância reside na decisiva repercussão da resposta à questão aqui levantada sobre a interpretação do novo diploma processual e, com ela, sobre a aplicação do direito no Brasil.

2. PONDERAÇÃO E INTEGRIDADE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em 18 de março de 2016, entrou em vigor o novo Código de Processo Civil brasileiro² (Lei n.º 13.105/2015), que veio a substituir o antigo diploma processual, o chamado “Código Buzaid” (em alusão a um de seus principais elaboradores, o jurista Alfredo Buzaid), promulgado em 1973. De acordo com a exposição de motivos do novo CPC, a compreensão sistemática do Código anterior restou comprometida em razão das sucessivas reformas que sofreu, além de ter sido ele incapaz de resolver problemas sérios no âmbito da prática jurídica, especialmente no que tange à morosidade do processo. Procurou-se, assim, elaborar um novo diploma processual que promovesse a celeridade e tornasse o processo um eficiente meio de tutela do direito material, tendo como norte os valores constitucionais.³

Cinco objetivos orientaram o trabalho da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do novo Código: (1) harmonizar a lei processual em relação à Constituição da República, incluindo em seu texto princípios constitucionais atinentes ao processo e concretizando tais princípios por meio de regras processuais; (2) privilegiar a mediação e a conciliação, possibilitando que os próprios jurisdicionados promovam a composição da lide; (3) simplificar o rito processual, com a extinção de diversos incidentes, recursos, formas de intervenção de terceiros e procedimentos especiais; (4) possibilitar que cada processo tenha o maior rendimento possível, fortalecendo a autoridade da coisa julgada; (5) promover a unidade sistemática do Código, conferindo organicidade às regras processuais e, com isso, coesão ao sistema do qual elas fazem parte.⁴

Estruturalmente, o novo CPC divide-se em uma Parte Geral e uma Parte Especial, cada uma delas dividida em numerosos Livros, Títulos, Capítulos e Seções, perfazendo um total de 1.072 artigos. Para as finalidades deste estudo, dois deles merecem especial atenção.

2.1 PONDERAÇÃO (ARTIGO 489, § 2º, CPC)

O artigo 489 do CPC trata dos elementos indispensáveis da sentença. Eis a redação conferida ao *caput* e ao segundo parágrafo do mencionado dispositivo:

² Doravante será utilizada a sigla CPC.

³ BRASIL. **Código de Processo Civil e Normas Correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal (Coordenação de Edições Técnicas), 2015. p. 24-25.

⁴ BRASIL. **Código de Processo Civil e Normas Correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal (Coordenação de Edições Técnicas), 2015. p. 26-37.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

[...]

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Ao tratar da ponderação, o artigo 489, § 2º do CPC remete ao pensamento de Robert Alexy e, assim, “apresenta uma união feliz com o direito discursivo”.⁵ Mais além, fazendo alusão às “razões que autorizam a interferência na norma afastada” e às “premissas fáticas que fundamentam a conclusão”, o parágrafo traz, ainda que de forma invertida, os três princípios parciais da proporcionalidade, quais sejam, idoneidade e necessidade, por um lado (referentes às premissas fáticas) e proporcionalidade em sentido restrito, por outro (referente às razões subjacentes à ponderação).⁶ O princípio da proporcionalidade teve sua origem no direito público alemão e foi desenvolvido em profundidade ao longo do trabalho de Alexy.⁷ A aplicação do § 2º do artigo 489 do CPC requer, portanto, o conhecimento e a capacidade de manejo do instrumental teórico que Alexy, em sua teoria dos princípios, fornece.⁸

⁵ HECK, Luís Afonso. A Ponderação no Código de Processo Civil. in: Idem (org.). **Direito Positivo e Direito Discursivo: Subsunção e Ponderação no Direito Constitucional e Ordinário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017. p. 140.

⁶ HECK, Luís Afonso. A Ponderação no Código de Processo Civil. in: Idem (org.). **Direito Positivo e Direito Discursivo: Subsunção e Ponderação no Direito Constitucional e Ordinário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017. p. 119.

⁷ Sobre a conexão entre o princípio da proporcionalidade e a teoria dos princípios de Alexy, ver item 2.4.2, *infra*.

⁸ A teoria de Alexy vem sendo objeto de críticas, geralmente acompanhadas de tentativas de superação do paradigma que ela representa na matéria. No Brasil, a mais conhecida dessas tentativas foi feita por Humberto Ávila, que, após apresentar um extenso conjunto de críticas à posição de Alexy acerca dos critérios de distinção entre regras e princípios, desenvolveu uma teoria própria, buscando diferenciar regras e princípios de acordo com novos critérios e, mais além, acrescentando às espécies normativas um terceiro plano, o dos postulados normativos. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 49-158.) Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero parecem interpretar o artigo 489, § 2º do CPC à luz da tese de Ávila, fazendo alusão a elementos característicos dessa teoria, como o viés teleológico dos princípios e a necessidade de estruturar a aplicação das regras e dos princípios através de postulados. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 593.) Essa não parece, contudo, a melhor interpretação, pois as objeções de Ávila à teoria de Alexy tomam por base uma compreensão inexacta do objeto da crítica, não sendo, portanto, procedentes; além disso, a teoria formulada pelo crítico não é cientificamente superior à que pretendeu criticar; o paradigma estabelecido por Alexy na matéria não merece, portanto, substituição. Ver, para isso, a extensa análise presente em TREVISAN, Leonardo

2.2 INTEGRIDADE (ARTIGO 926, CPC)

O *caput* do artigo 926 do CPC possui a seguinte redação: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

Dos três elementos mencionados na parte final desse dispositivo, dois deles, a integridade e a coerência, remetem inequivocamente ao pensamento de Ronald Dworkin.⁹ Lenio Luiz Streck, jurista que foi um dos responsáveis pela inclusão desses elementos na redação final do dispositivo, sustenta, em trabalho publicado em conjunto com Francisco Borges Motta, que um dos méritos do novo CPC consiste justamente em ter encampado contribuições doutrinárias de diversos matizes em sua redação; especialmente no que tange à coerência e à integridade, aduzem os referidos autores que a inclusão desses elementos no texto da nova legislação processual aponta para uma guinada do processo civil em direção a campos antes reservados apenas à teoria do direito.¹⁰ É significativo o fato de Streck ter participado na redação do artigo 926 do CPC; ele é um dos mais tenazes críticos da teoria da ponderação de Alexy no Brasil,¹¹ tendo inclusive defendido expressamente o veto presidencial sobre o artigo do novo CPC que trouxe para o plano do processo civil a ideia de ponderação.¹²

Há, com isso, uma curiosa (na falta de expressão melhor) “antinomia relativa a referenciais teóricos” no novo diploma processual; de um lado, o direito discursivo de Alexy (artigo 489, § 2º, CPC), e, de outro, o direito como integridade de Dworkin (artigo 926, CPC). Resolvê-la pressupõe a análise comparativa das teorias de cada um desses autores. O tema será objeto das reflexões seguintes.

3. DIVERGÊNCIAS FUNDAMENTAIS ENTRE AS TEORIAS DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY

3.1 REGRAS TUDO-OU-NADA *VERSUS* MANDAMENTOS DEFINITIVOS

Simchen. **Ponderação, Argumentação, Racionalidade**: Robert Alexy e Seus Críticos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017. p. 173-221.

⁹ O papel da integridade e da coerência em Dworkin é tratado especificamente no item 2.4.1, *infra*.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco Borges. Para Entender o Novo Código de Processo Civil: Da Dignidade da Pessoa Humana ao Devido Processo Legal. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 14, n. 19, 2016. p. 113.

¹¹ Suas críticas, todavia, não são procedentes. Para isso, ver TREVISAN, Leonardo Simchen. **Ponderação, Argumentação, Racionalidade**: Robert Alexy e Seus Críticos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017. p. 221-273.

¹² STRECK, Lenio Luiz. Ponderação de Normas no Novo CPC? É o Caos. Presidente Dilma, Por Favor, Veta! **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 08 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 28 set. 2017.

As divergências entre Dworkin e Alexy começam já no plano da estrutura da norma. Ambos os autores reconhecem duas espécies normativas, as regras e os princípios, mas apresentam critérios diferentes para sua identificação e aplicação.

3.1.1 Dworkin: a insuficiência do positivismo e do modelo de regras tudo-ou-nada

Em Dworkin, a distinção entre regras e princípios está na base do seu “ataque geral ao positivismo”. Com efeito, o jusfilósofo estadunidense parte dos assim chamados “casos difíceis” (casos para os quais a técnica jurídica usual, baseada na aplicação das regras, não encontra uma solução) para evidenciar a insuficiência do positivismo, a corrente jurídico-filosófica que vê o direito meramente como o conjunto formado pelas regras jurídicas, sustentando contra ele que princípios, *policies* e outros tipos de *standard* desempenham igualmente um papel relevante no âmbito do direito.¹³

Regras, portanto, são apenas um dos *standards* passíveis de aplicação nas decisões judiciais. Elas, no que se distinguem de *standards* de outros tipos, possuem um caráter tudo-ou-nada; proposições como “a velocidade máxima na autoestrada é de sessenta milhas por hora” ou “um testamento só é juridicamente válido se assinado por três testemunhas”, claros exemplos de regras, diferenciam-se logicamente de *standards* como “ninguém pode valer-se de sua própria torpeza” ou “nenhuma parte contratante pode injustamente aproveitar-se da carência econômica da outra parte”. Embora tanto as regras quanto os outros tipos de *standard* ofereçam critérios para a decisão a ser tomada em casos particulares, a natureza desses critérios não é idêntica; apenas as regras são aplicáveis de modo tudo-ou-nada. Isso significa que ou uma regra aplicável a um caso é válida, determinando, com isso, a decisão, ou é inválida, hipótese na qual em nada contribui para ela.¹⁴

Não apenas o direito vale-se de regras para estabelecer determinados padrões de conduta e as consequências de seu descumprimento; esportes em geral também o fazem. Tanto a determinação de que um testamento somente será válido se assinado por três testemunhas quanto a de que, no jogo de beisebol, um bateador que erre três bolas está fora da partida têm a estrutura correspondente às regras, no sentido de que a autoridade correspondente (o juiz de direito ou o árbitro de beisebol, conforme o caso) não pode considerá-las como regras válidas e, ao mesmo tempo, deixar de aplicar as respectivas

¹³ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 22.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 24.

consequências ao caso que tem diante de si. As regras podem ter exceções – no beisebol, por exemplo, está previsto que o bateador que perde três bolas não está fora se o pegador derrubar a bola no terceiro lance -, mas essas exceções devem ser enumeradas no próprio enunciado da regra, sob pena de imprecisão e incompletude. Em teoria, é possível que todas as exceções correspondentes sejam listadas; a regra será tanto mais completa quanto maior for o número de exceções a ela que seu enunciado reconheça.¹⁵

Princípios também são *standards* utilizados no direito, mas de um tipo totalmente diferente do das regras. Eles não determinam a decisão de uma forma tudo-ou-nada; apenas fornecem razões que conduzem o argumento em uma dada direção. É possível que, diante do caso concreto, haja outros princípios vindo em sentido contrário, a exigir que uma decisão diversa daquela sugerida pelo primeiro princípio seja tomada. Assim, o princípio pode não ser, nesse caso, decisivo, diante de razões contrárias que falam mais alto do que ele; sendo outras as circunstâncias, todavia, ele poderá determinar a decisão. Princípios têm uma dimensão que está ausente nas regras, a dimensão do peso ou importância: a decisão entre princípios concorrentes depende de considerações relativas ao peso de cada um dos princípios no caso concreto.^{16 17}

Conflitos entre regras não podem ser solucionados dessa forma. Por carecerem de uma dimensão do peso, a decisão do conflito entre elas necessariamente passa pela declaração de invalidade de uma das regras em questão, decisão essa que deve ser tomada a partir de critérios que as transcendem (pode-se pensar na prevalência da regra superior, ou da mais recente, ou da mais específica, entre outras possibilidades).¹⁸

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 24-25.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 26-27.

¹⁷ Dworkin ilustra sua noção de princípio recorrendo a casos célebres do direito norte-americano. No primeiro deles, o caso *Riggs vs. Palmer*, estava em jogo a possibilidade de um herdeiro nomeado em testamento receber a sua parte na herança mesmo na hipótese de ter provocado a morte do testador. A decisão, embora as regras pertinentes de direito sucessório nada dissessem a respeito, negou essa possibilidade, invocando como fundamento o princípio segundo o qual a ninguém é dado beneficiar-se de seus próprios atos ilícitos ou auferir vantagem em razão de um crime que cometeu. O segundo caso, *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*, tratou da limitação da responsabilidade civil do fabricante de automóveis na hipótese de venda de um produto defeituoso. A decisão reconheceu ao comprador o direito a ser indenizado por despesas médicas e de outros tipos decorrentes da colisão do veículo, embora nenhuma indenização por esses danos estivesse prevista no contrato celebrado entre as partes (que limitava a responsabilidade do fabricante ao mero conserto do automóvel), aduzindo para tanto que a liberdade contratual não poderia ser vista como algo absoluto, cabendo ao juiz analisar os contratos entre fabricante de automóveis e comprador e neles intervir quando for verificado um desequilíbrio demasiado intenso entre ambos. (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 23-24.)

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 27.

Inexiste nos princípios a rígida estrutura das regras, segundo a qual a consequência jurídica segue-se inexoravelmente ao preenchimento do tipo. Os contraexemplos a um princípio não são exceções (no sentido peculiar às regras), pois não são, já por razões teóricas, passíveis de enumeração; uma tal enumeração dependeria, para ser completa, não apenas da listagem de todos os casos reais já decididos nos quais o princípio em questão não prevaleceu, mas também de todos os casos hipotéticos de superação do princípio.¹⁹

3.1.2 Alexy: regras como mandamentos definitivos e o estabelecimento de exceções

Em Alexy, a distinção entre regras e princípios é uma das vigas-mestras de sua teoria dos direitos fundamentais²⁰ e, mais além, de sua compreensão do sistema jurídico como um todo.

Tanto regras como princípios podem ser concebidos como normas. Se isso ocorre, então se trata de uma distinção dentro da classe de normas. O ponto decisivo para a distinção de regras e princípios é que princípios são *mandamentos de otimização*, enquanto regras têm o caráter de *mandamentos definitivos*. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Isso significa que eles podem ser cumpridos em graus diferentes e que a medida ordenada de seu cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, que, além de por regras, são determinadas, essencialmente, por princípios em sentido contrário. O último implica que princípios são suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma de aplicação do direito característica para princípios. Ao contrário, regras são normas que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale e é aplicável, então é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, nesse sentido, fixações no espaço do fática e juridicamente possível. Sua aplicação é um assunto-tudo-ou-nada. Elas não são nem suscetíveis nem carentes de ponderação. A forma de aplicação do direito para elas característica é a subsunção.²¹

De plano, algumas convergências entre as noções de regra e de princípio em Alexy e Dworkin podem ser constatadas. Em primeiro lugar, ambos os autores defendem que a distinção entre as espécies normativas diz respeito à própria estrutura da norma, não sendo, pois, uma mera distinção de grau (Alexy fala em uma “distinção qualitativa”,²² enquanto Dworkin menciona uma “distinção lógica”²³); no que tange à forma de solução de colisões de princípios e conflitos entre regras, Alexy defende que esses devem ser

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 25-26.

²⁰ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 71.

²¹ ALEXY, Robert. Sistema Jurídico e Razão Prática. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 164-165.

²² ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 76.

²³ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 24.

decididos na dimensão da validade, ou seja, declarando-se inválida ao menos uma das regras em questão ou inserindo-se uma exceção em uma delas, ao passo que aquelas devem ser decididas na dimensão do peso, vale dizer, concedendo-se a precedência a um dos princípios em face do outro sob determinadas condições, sem que isso signifique a introdução de uma exceção ou a declaração de invalidade do princípio que retrocede – sob condições diversas, a relação de precedência pode inverter-se –,²⁴ algo essencialmente idêntico ao que Dworkin sustenta;²⁵ por fim, Alexy defende que o pertencimento dos princípios ao sistema jurídico pressupõe uma vinculação entre o direito e a moral (superando-se, portanto, o positivismo), na medida em que o juiz encontra-se vinculado juridicamente mesmo no âmbito de abertura do direito positivo,²⁶ o cerne do ataque geral ao positivismo desferido por Dworkin.²⁷

Contudo, para os fins desta investigação, mais importantes que as semelhanças são as diferenças. Alexy concebe os princípios como mandamentos de otimização, conferindo a eles um tratamento analítico muito superior ao dispensado por Dworkin. As consequências disso para a aplicação das normas-princípio serão discutidas mais adiante.²⁸ Por hora, basta retratar uma inconsistência da distinção operada por Dworkin, inconsistência essa que, na distinção de Alexy, não está presente: a possibilidade de uma enumeração completa das exceções às regras.

Com efeito, o critério tudo-ou-nada apresentado por Dworkin na distinção entre regras e princípios baseia-se na possibilidade de uma listagem exaustiva das exceções. Como normas tudo-ou-nada, as regras somente terão essa qualidade se todas as exceções possíveis para elas estiverem descritas no respectivo enunciado. Tomando-se o sistema jurídico em seu aspecto dinâmico, todavia, isso só poderia ser verificado se uma regra geral do ordenamento proibisse que novas cláusulas de exceção fossem inseridas nas regras já existentes. Em tese, tal previsão seria possível; do ponto de vista prático, entretanto, algo desse tipo soaria bastante insólito, e a conveniência de uma regra como essa seria, para dizer o mínimo, extremamente duvidosa.²⁹

²⁴ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 77-79.

²⁵ Ver item 2.1.1, supra.

²⁶ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 117-119.

²⁷ Ver item 2.1.1, supra.

²⁸ Ver item 2.4, infra.

²⁹ ALEXY, Robert. Sobre o Conceito do Princípio de Direito. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 144-145.

Há um fator ainda mais importante a ir de encontro ao critério do caráter tudo-ou-nada. Princípios são elementos do sistema jurídico, assim como as regras. Essas últimas, contudo, podem, sob determinadas condições, não ser aplicadas em razão de princípios. O próprio Dworkin admite expressamente essa possibilidade.³⁰ Pode-se, com isso, desenvolver o seguinte raciocínio: se um princípio é capaz de tornar uma regra não aplicável a uma determinada situação, isso significa que o princípio fundamenta a inserção de uma cláusula de exceção na regra; se, contudo, os contraexemplos a um princípio não são sequer teoricamente enumeráveis, como defende Dworkin, seus casos de aplicação tampouco o são. Portanto, não serão enumeráveis os casos nos quais princípios poderão representar exceções às regras, o que torna tais exceções (já por razões teóricas) insuscetíveis a uma completa enumeração.³¹

Um procedimento simples poderia salvar o caráter tudo-ou-nada das regras: a inserção de uma cláusula de reserva geral no respectivo enunciado que ressalvasse a possibilidade de aplicação de um princípio em sentido contrário. Essa, todavia, é uma solução insatisfatória para o problema, não só porque a aplicação de uma regra com uma cláusula desse tipo pouco se diferenciaria de uma regra normal (a questão da aplicabilidade de um princípio em sentido contrário coloca-se indiferentemente em ambos os casos), mas – principalmente – porque princípios poderiam funcionar da mesma forma. Sendo possível inserir uma cláusula de reserva geral em uma regra que estabeleça que ela será aplicável a todos os casos em que nada for exigido juridicamente por um princípio em sentido contrário, nada impede que uma cláusula idêntica seja inserida em um princípio. Nesse caso, ele será aplicado de uma forma tudo-ou-nada, exatamente como a regra. Ou seja: adotando-se uma cláusula de reserva desse tipo, tanto regras quanto princípios são aplicáveis de modo tudo-ou-nada; renunciando-se a elas, nenhuma das espécies normativas pode ser aplicada desse modo. Com isso, resta clara a inadequação do critério do modo de aplicação tudo-ou-nada para a distinção entre regras e princípios.³²

3.2 ARGUMENTOS DE *POLICY VERSUS BENS COLETIVOS*

³⁰ Para isso, ver DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 37.

³¹ ALEXY, Robert. Sobre o Conceito do Princípio de Direito. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 146.

³² ALEXY, Robert. Sobre o Conceito do Princípio de Direito. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 146-147.

Os conceitos de princípio adotados por Dworkin e Alexy não se diferenciam apenas no que se refere à estrutura, mas também naquilo que cada um deles abrange. A divergência entre os sobreditos autores nesse ponto mostra-se especialmente relevante quando se considera o contexto jurídico brasileiro – que representa, ao fim e ao cabo, o pano de fundo da presente investigação.

3.2.1 Dworkin: direitos como trunfos do indivíduo contra argumentos de *policy*

Conforme o já exposto, Dworkin salienta que não apenas as regras, mas também os princípios (em sentido genérico) desempenham um papel importante no direito.³³ Tomado nesse sentido, o termo “princípio” pode ser utilizado para designar todos aqueles *standards* que não possuem a estrutura de regras; contudo, esse uso genérico não é, muitas vezes, satisfatório, devendo-se fazer uma diferenciação adicional entre princípios (em sentido estrito), ou seja, aqueles *standards* cuja observância é uma exigência de justiça, equidade ou outro componente da moralidade, e *policies*, ou seja, *standards* que contêm definições de objetivos a atingir, normalmente relacionados a algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. O *standard* segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios atos ilícitos constitui um princípio; o *standard* que estabelece que o número de acidentes automobilísticos deve ser reduzido constitui uma *policy*.³⁴

Aprimorando a distinção, Dworkin salienta que argumentos de princípio justificam uma decisão na medida em que asseguram determinado direito de indivíduos ou de grupos, como, por exemplo, no caso do direito de toda minoria a ser tratada pelos poderes públicos com igual consideração e respeito e das leis antidiscriminação que estão baseadas nesse princípio; argumentos de *policy*, por outro lado, justificam a persecução de objetivos coletivos da comunidade, como o argumento a favor de um subsídio para a indústria aeronáutica que sublinha a importância desse setor para a defesa nacional. No campo da política legislativa, princípios e *policies* constituem os dois tipos de argumento mais frequentes.³⁵

Juízes, contudo, não são legisladores, e a eles não cabe decidir os casos difíceis (aqueles que fogem ao âmbito das regras) com base em argumentos de *policy*, podendo fazê-lo apenas com base em argumentos de princípio, por mais tentadores que

³³ Ver item 2.1.1, supra.

³⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 22.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 82-83.

os argumentos de *policy* possam parecer. A razão para isso está na conhecida objeção da democracia, segundo a qual as decisões políticas fundamentais da comunidade devem ser tomadas pelos legisladores, e não pelos juízes, já que aqueles, diferentemente desses últimos, gozam de legitimidade democrática para tanto, do que decorreria a necessidade de subordinação, na maior medida possível, da decisão judicial à lei; segundo Dworkin, essa é uma poderosa objeção contra as decisões judiciais baseadas em argumentos de *policy*, mas de pouca força contra as baseadas em argumentos de princípio. Por maiores que sejam os defeitos da democracia representativa, decisões de *policy* devem ser tomadas no âmbito de um processo político que garanta a consideração e discussão dos interesses díspares de todos os membros da comunidade, não por juízes imunes a qualquer responsabilidade política perante o eleitorado.³⁶

Decisões de princípio não estão no raio de abrangência da objeção da democracia: elas tomam por base o direito das partes, direito esse que o juiz está, melhor do que qualquer outra pessoa ou instituição, em posição para avaliar, e não os diferentes interesses da comunidade que deveriam ser sopesados no processo democrático.³⁷ Direitos, nesse sentido, devem ser entendidos como trunfos do indivíduo contra justificativas de *policy*, ou seja, posições juridicamente protegidas contra argumentos tendentes a justificar decisões políticas que estabelecem determinados objetivos para a comunidade como um todo. Se o indivíduo possui um determinado direito, as autoridades políticas e jurídicas devem respeitá-lo, mesmo quando elas acreditam (e ainda que tenham boas razões para tanto) que, do ponto de vista da comunidade, seria melhor que tal direito fosse violado.³⁸

3.2.2 Alexy: princípios como veículos de direitos individuais e bens coletivos

Como visto, Dworkin limita seu conceito de princípio àquelas normas que garantem direitos individuais. A consistência da distinção entre princípios e *policies*, sobre a qual repousa essa concepção, não está a salvo de críticas.³⁹ Ela parece deixar visível uma teoria do direito radicalmente liberal, o que contrasta singularmente com a filosofia política defendida por Dworkin, a de um liberalismo fortemente temperado pela

³⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 83-85.

³⁷ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 85.

³⁸ DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University, 1985. p. 359.

³⁹ Para isso, ver ALEXY, Robert. Sobre o Conceito do Princípio de Direito. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 139. nota 19.

igualdade – um “liberalismo moderado”, portanto.⁴⁰ Alexy afasta-se de Dworkin nesse ponto, defendendo que o conceito de princípio deve abarcar tanto direitos individuais quanto bens coletivos (os quais, na tese dworkiniana, correspondem às *policies*). Embora a distinção entre direitos individuais e bens coletivos seja importante, não é, segundo Alexy, necessário nem conveniente que o conceito de princípio exclua esses últimos, pois as características lógicas comuns permitem que ambas as categorias sejam reunidas sob a designação de “princípio”.⁴¹

Bens coletivos são bens que possuem um caráter não distributivo, ou seja, não podem, por razões conceituais, fáticas ou jurídicas, ser divididos em frações e distribuídos separadamente aos indivíduos. Em Alexy, esses bens coletivos têm status normativo (deontológico), ou seja, sua produção ou manutenção é ordenada definitivamente ou *prima facie* (respectivamente, o bem coletivo como regra ou como princípio). Exemplos de bens coletivos podem ser encontrados na segurança pública, no desenvolvimento econômico e na higidez do meio ambiente.⁴²

O sistema jurídico abrange, portanto, direitos individuais e bens coletivos, e a solução das colisões que inevitavelmente ocorrem entre eles deve ser buscada na ponderação. Se ambos tiverem o caráter de princípio e a estrutura, correspondente aos princípios, de mandamentos de otimização, uma realização tão ampla quanto possível de ambos é ordenada. Isso leva ao estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, que corresponde à fixação dos pesos relativos dos princípios colidentes diante das circunstâncias do caso concreto.⁴³ Uma exposição mais detalhada da teoria da

⁴⁰ Dworkin desenvolve uma teoria do liberalismo baseado na igualdade cuja viga-mestra é a de que o Estado deve tratar as pessoas igualmente tanto no plano social, abstendo-se de impor ao indivíduo obrigações que ele não poderia assumir, a menos que renunciasse ao seu igual valor em relação aos outros membros da sociedade (negando-se, com isso, a possibilidade de uma institucionalização jurídica da moralidade privada da maioria), quanto no plano econômico, propondo um sistema de redistribuição dos recursos apto a corrigir as deficiências e iniquidades do mercado e, assim, compatibilizar os dois princípios elementares de justiça econômica, a de que cada membro da sociedade deve dispor dos recursos de acordo com as escolhas que fez em sua vida e do quanto essas escolhas contribuíram para o aumento do bem-estar e da riqueza da comunidade em geral, por um lado, e a de que esses recursos não podem ser distribuídos de forma desigual apenas em razão das diferentes capacidades das pessoas e das oportunidades desiguais que tiveram, por outro. (DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University, 1985. p. 205-207.)

⁴¹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 98-99.

⁴² ALEXY, Robert. Direitos Individuais e Bens Coletivos. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 181-183.

⁴³ ALEXY, Robert. Direitos Individuais e Bens Coletivos. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 194-195.

ponderação será feita mais adiante;⁴⁴ por ora, basta aludir a uma característica especial da relação entre direitos individuais e bens coletivos.

Trata-se da primazia *prima facie* de direitos individuais sobre bens coletivos, para a qual podem ser alegados argumentos normativos particularmente fortes. Do ponto de vista de uma ordem normativa da vida social que pretenda levar a sério o indivíduo em sua singularidade, as posições jurídicas individuais somente podem ser suprimidas ou limitadas por bens coletivos quando isso for passível de fundamentação. O direito individual não goza de uma primazia absoluta sobre o bem coletivo, mas tem precedência sobre ele mesmo quando for duvidoso qual dos dois deve preponderar, ou quando para ambos puderem ser alegados fundamentos igualmente bons. A primazia *prima facie* geral em favor do direito individual estabelece, portanto, uma carga de argumentação em seu favor e contra o bem coletivo: a solução da colisão de modo favorável ao bem coletivo depende da existência de fundamentos mais fortes a apoiá-la do que àquela favorável ao direito individual. Pode-se, com isso, levar o indivíduo a sério como indivíduo e, ao mesmo tempo, evitar que os bens coletivos sejam privados de proteção jurídica.^{45 46}

Isso posto, torna-se possível sustentar que Alexy oferece uma resposta satisfatória à questão do caráter deôntico dos bens coletivos e das limitações que podem impor a direitos individuais, o que Dworkin, em sua teoria dos direitos como trunfos, não é capaz de fazer.⁴⁷

3.3 ÚNICA RESPOSTA CORRETA *VERSUS* TEORIA DO DISCURSO

⁴⁴ Ver item 2.4.2, *infra*.

⁴⁵ ALEXY, Robert. Direitos Individuais e Bens Coletivos. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 197-198.

⁴⁶ Em uma crítica dirigida a Alexy, o receio de que direitos individuais possam ser excessivamente sacrificados em nome de bens coletivos foi manifestado por Habermas. Esse temor, contudo, pode ser afastado com a definição de uma primazia *prima facie* dos direitos individuais sobre bens coletivos, o que, mais além, revela a importância capital dessa primazia. Sobre o debate entre Alexy e Habermas quanto ao ponto, ver HECK, Luís Afonso. Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais**: Considerações em torno das Normas Principlológicas da Constituição. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 125-127.

⁴⁷ No Brasil, a atual Constituição da República faz alusão a bens coletivos em diversas passagens de seu texto. Como exemplos, podem ser citados o artigo 5º, XXXII (“defesa do consumidor”), o artigo 216 (“patrimônio cultural brasileiro”) e o artigo 225 (“meio ambiente ecologicamente equilibrado”). Considerando que a própria Constituição prevê mecanismos jurídico-processuais para a defesa desses bens coletivos, especialmente a ação popular (artigo 5º, LXXIII) e a ação civil pública (artigo 129, III), pode-se dizer que ela pretendeu dotá-los de eficácia normativa, ou seja, concedeu a eles mais do que o mero caráter de diretrizes para o legislador. Esses bens coletivos podem, portanto, servir de fundamento para limitações a direitos individuais previstos pela própria Constituição. Sob esse aspecto, a teoria de Dworkin (que, como visto, trata os bens coletivos como argumentos de *policy* privados de força contra direitos individuais) revela-se incompatível com a ordem constitucional brasileira, o que não ocorre com a de Alexy.

Para além da estrutura e da abrangência das regras e dos princípios em Dworkin e Alexy, as teorias desses autores diferenciam-se em um ponto fundamental: o papel da correção no direito, ou, mais especificamente, a possibilidade de respostas únicas e inequívocas para cada questão prática (a decisão judicial, em primeira linha).

3.3.1 Dworkin: o juiz Hércules e a única resposta correta

O positivismo busca resolver o problema da solução dos casos difíceis através do recurso à discricionariedade: inexistindo uma regra a determinar a solução do caso, o juiz dispõe, segundo os positivistas, de um poder discricionário para decidi-lo como achar conveniente. Isso pressupõe que, anteriormente à decisão do caso, nenhuma das partes tinha o direito de sair-se vitoriosa no litígio, pois o juiz atua como um legislador, criando novos direitos e aplicando-os ao caso retroativamente. Dworkin sustenta que a posição positivista a respeito dos casos difíceis é completamente inadequada; segundo ele, o juiz deve descobrir, mesmo nos casos difíceis, quais direitos as partes têm, não “legislar” novos direitos e aplicá-los retroativamente.⁴⁸

A argumentação jurídica nos casos difíceis é peculiar: ela envolve conceitos extremamente debatidos no âmbito da ciência do direito, como os da intenção e do propósito da lei e dos princípios aos quais as regras jurídicas positivas podem ser reconduzidas. Para dar conta dessa complexa e abrangente tarefa, Dworkin cria um juiz filósofo, o juiz Hércules, dotado de habilidade, conhecimento, paciência e horizonte sobre-humanos.⁴⁹ Tal nome revela-se justificado quando se avalia a amplitude de seu empreendimento: ele deve formular uma teoria que estabeleça um esquema de princípios abstratos e concretos aptos a justificar coerentemente as disposições constitucionais, legislativas e os precedentes.⁵⁰

A tarefa de Hércules impele-o, portanto, a adentrar o espinhoso campo da moralidade política; juízos concernentes a essa moralidade são pressupostos em sua teoria da decisão judicial. Nesse ponto, contudo, Hércules não se vale arbitrariamente de suas próprias convicções políticas: suas decisões devem tomar por base a moralidade comunitária, ou seja, a moralidade política pressuposta no direito e nas instituições de sua comunidade. É evidente que ele deve confiar em seu próprio juízo para determinar quais são esses princípios e qual o seu conteúdo; por conseguinte, suas decisões a respeito deles

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 81.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 105.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 116-117.

podem ser objeto de controvérsia, e tanto mais o serão quanto mais abstratos e discutidos forem os conceitos que ele empregar. Esse fato, porém, não retira o valor da técnica de decisão judicial adotada por Hércules: por mais discutíveis que sejam as questões de moralidade política, não há uma pessoa ou um grupo em melhores condições de desenvolver a argumentação moral que o juiz, e a possibilidade de que ele esteja equivocado em seus juízos a respeito dessa moralidade é extremamente útil como um lembrete da humildade que deve nortear as suas decisões nos casos difíceis.^{51 52}

Essa constatação conduz a um novo problema. Casos difíceis certamente são motivo de discussão; um dos lados sempre tentará argumentar que a solução que propõe é superior às alternativas encontradas. Disso decorre a inexistência de uma resposta certa para os casos difíceis? Segundo Dworkin, não. A solução desses casos não pode ser pensada fora do sistema jurídico, e, se a verdade de uma proposição jurídica é entendida como a sua recondução à melhor justificativa para o conjunto de proposições jurídicas estabelecidas, a coerência serve de base para que a correção das decisões nos casos difíceis possa ser avaliada.^{53 54}

É extremamente improvável que, em um sistema jurídico abrangente e complexo, duas teses que contenham propostas divergentes de solução para um caso difícil ajustem-se igualmente bem ao conteúdo jurídico e à moralidade política que

⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 125-130.

⁵² A “leitura moral” da Constituição, ou seja, a abertura do direito constitucional a questões de moralidade política, coloca com particular intensidade o problema da divergência. Na solução de casos constitucionais de grande relevância política, juízes “liberais” e “conservadores” tendem a divergir, o que não é nenhuma surpresa, pois a moralidade política é intrinsecamente controversa; pode-se dizer que a diferença nos padrões de decisão que liberais e conservadores adotam decorre da distinta compreensão que cada corrente tem dos valores morais inscritos na Constituição. A leitura moral, por si só, é apenas um método de interpretar e aplicar a Constituição; não é uma estratégia liberal nem conservadora. Juízes liberais tendem a encarar os princípios constitucionais abstratos de maneira liberal, enquanto os juízes conservadores tendem a fazê-lo de maneira conservadora. Do ponto de vista prático, a leitura moral da Constituição nada tem de verdadeiramente revolucionário; profissionais do direito tendem, em sua atividade cotidiana, a ver a Constituição como uma província povoada por exigências morais abstratas cuja aplicação ao caso concreto não pode ser feita sem o auxílio de juízos morais; do ponto de vista teórico, todavia, o reconhecimento da leitura moral sempre encontrou grande resistência, sobretudo por parte daqueles que receiam ser ela um modo de tirar das mãos do povo a decisão acerca das grandes questões de moralidade política e entregá-las a uma elite profissional de juristas. De fato, a leitura moral não apenas pressupõe que grandes questões constitucionais devem ser decididas com base em considerações de moralidade política; ela exige que os juízes assim o façam, e do modo mais sincero e explícito possível. Entendida corretamente, a democracia não é prejudicada por um tal proceder dos juízes, mas, ao contrário, as condições da própria democracia saem fortalecidas – não uma democracia baseada pura e simplesmente no princípio majoritário, mas nos princípios e valores subjacentes às instituições e práticas da comunidade política. (DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 02-57.)

⁵³ DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University, 1985. p. 142.

⁵⁴ Sobre a ideia de coerência em Dworkin, ver item 2.4.1, infra.

servem de pano de fundo à decisão. Contra essa possibilidade, a tese da única resposta correta faz valer que os casos difíceis devem ser decididos com base nas proposições jurídicas que melhor se encaixam naqueles fatores. A própria natureza da divergência entre os juristas quanto às possíveis soluções para os casos difíceis demonstra isso: a celeuma quase sempre diz respeito a qual dos dois lados tem o argumento mais forte, não à possibilidade de um empate, ou seja, de ambos terem argumentos de força equivalente.⁵⁵

3.3.2 Alexy: teoria do discurso e modelo de argumentação

Quando Dworkin salienta que, nos casos difíceis, as decisões devem estar baseadas na moralidade comunitária e, ao mesmo tempo, que o conteúdo dessa moralidade deve ser determinado pelo juiz, determinação que será muitas vezes controversa, ele inclui argumentos morais em sua teoria do direito. Não oferece, contudo, uma teoria da argumentação moral ou prática geral que permita avaliar o papel desses argumentos no âmbito da argumentação jurídica, o que, segundo sua proposta, não apenas seria indispensável, mas também teria consequências decisivas sobre várias de suas teses.⁵⁶ Alexy fornece uma teoria desse tipo: a teoria do discurso prático racional.

3.3.2.1 O *status* da correção na teoria do discurso

Na obra intitulada “Teoria da Argumentação Jurídica”, Alexy, valendo-se das contribuições fornecidas por diversas teorias do discurso preexistentes (no âmbito da filosofia analítica, as teorias naturalistas,⁵⁷ intuicionistas,⁵⁸ emotivistas,⁵⁹ as regras da argumentação moral de Wittgenstein,⁶⁰ Austin,⁶¹ Hare,⁶² Toulmin⁶³ e Baier;⁶⁴ a teoria da

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University, 1985. p. 144-145.

⁵⁶ ALEXY, Robert. Sobre o Conceito do Princípio de Direito. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 160-161.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 55-58.

⁵⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 58-60.

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 60-69.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 71-76.

⁶¹ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 77-82.

⁶² ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 82-107.

⁶³ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 108-123.

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 124-132.

verdade por consenso de Habermas;⁶⁵ a teoria da deliberação prática da Escola de Erlangen;⁶⁶ a teoria da argumentação de Perelman⁶⁷), desenvolve uma teoria própria do discurso prático racional geral⁶⁸ e, na sequência, uma teoria da argumentação jurídica,⁶⁹ sendo essa dependente daquela, na medida em que o discurso jurídico é considerado um caso especial do discurso prático geral.

O modelo teórico-discursivo fornecido por Alexy é consideravelmente abrangente e complexo. Para os fins aqui perseguidos, uma exposição detalhada desse modelo mostra-se dispensável;⁷⁰ basta uma análise do papel nele desempenhado pela ideia de correção. Como uma teoria procedimental da correção prática, a teoria do discurso estabelece que uma declaração normativa será correta ou verdadeira se ela puder resultar do procedimento do discurso racional.⁷¹ A racionalidade discursiva, por sua vez, é assegurada pelas regras do discurso, um conjunto extenso e heterogêneo de condições do argumentar prático.⁷²

O discurso prático, entretanto, esbarra em certos limites. Um acordo racional será tanto mais provável quanto mais rigorosamente as regras do discurso forem observadas; essas regras, porém, não garantem nem que um acordo desse tipo seja alcançado em todos os casos, nem que, uma vez alcançado, ele seja mantido definitiva e irrevogavelmente. As possibilidades do desacordo racional e da revisão dos resultados são inerentes ao discurso.⁷³

Não se quer dizer com isso que todo e qualquer resultado seja aceitável no âmbito do discurso. As regras do discurso expressam exigências que tornam determinadas

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 134-177.

⁶⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 178-196.

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 197-218.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 221-257.

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 261-359.

⁷⁰ Para isso, ver TREVISAN, Leonardo Simchen. **Ponderação, Argumentação, Racionalidade**: Robert Alexy e Seus Críticos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017. p. 101-130.

⁷¹ ALEXY, Robert. A Ideia de uma Teoria Procedimental da Argumentação Jurídica. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 78.

⁷² Para o conjunto formado pelas regras do discurso prático racional geral, ver ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 234-255.

⁷³ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 255-256.

declarações normativas necessariamente corretas ou falsas. Não é possível, por exemplo, privar uma pessoa de seu *status* (reduzi-la, portanto, à condição de escravo) sem violar as regras do discurso. Há, portanto, resultados necessários discursivamente e impossíveis discursivamente. Quando, entretanto, duas declarações normativas incompatíveis entre si puderem ser sustentadas sem que haja qualquer desvio das regras do discurso, entra-se no amplo espaço do discursivamente possível.⁷⁴

O âmbito da mera possibilidade discursiva não existiria se fosse possível uma única resposta correta para toda questão prática. Aquele que defende essa posição, como o faz Dworkin, parte de um conceito absoluto de correção, que, ao contrário do conceito de correção adotado pela teoria do discurso, tem um caráter não procedimental. Os problemas dessa tese são, todavia, manifestos. Ao pressupor a existência de uma resposta unicamente correta, independente de qualquer procedimento de verificação, ela representa uma posição ontológica que, no âmbito do prático, é extremamente difícil de fundamentar, além de pouco plausível. Como as respostas às questões práticas dependem de ponderações de interesses, ponderações que só podem ser efetuadas argumentativamente, a tese da resposta unicamente correta assemelha-se a uma ficção ontológica carecedora de justificação.⁷⁵

Apesar de rechaçar a ideia da resposta unicamente correta, a teoria do discurso aceita o caráter absoluto da correção em um sentido, o de ideia regulativa. Como tal, ele não pressupõe que exista apenas uma resposta para cada questão prática, mas que, do ponto de vista dos participantes do discurso, ela seja um objetivo a aspirar.⁷⁶

3.3.2.2 Três modelos de decisão judicial

O que acima foi dito tem decisivas repercussões sobre o decidir e o fundamentar no âmbito do direito. Aqui, mostra-se conveniente o emprego da imagem cunhada por Bäcker, que reconhece três modelos de decisão judicial, encontrados, a cada vez, em Kelsen, Dworkin e Alexy.

⁷⁴ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. p. 256.

⁷⁵ ALEXY, Robert. Problemas da Teoria do Discurso. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 96.

⁷⁶ ALEXY, Robert. Problemas da Teoria do Discurso. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 97.

O primeiro é o “modelo de discricionariedade” kelseniano. Segundo esse modelo, o juiz tem, dentro da moldura fixada pelo direito (o “quadro normativo”), um espaço reservado ao seu livre poder discricionário, no qual sua decisão não se deixa reconduzir a critérios jurídicos. A atividade de conhecimento da interpretação esgota-se na fixação do quadro normativo; ela deve ser complementada por um ato de vontade do aplicador do direito, correspondente à escolha entre as diversas alternativas que podem ser encontradas no interior do quadro normativo, e nisso reside a discricionariedade. Na medida em que a tarefa do juiz, diante da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, consiste em transformar normas gerais e abstratas (superiores) em normas individuais (inferiores), sua atividade assume um caráter constitutivo, não meramente declaratório; não se pode conceber que todas as respostas estejam pré-dadas pela norma superior. O modelo de Kelsen, contudo, não é satisfatório, pois, assumindo o livre poder discricionário do juiz, ele não oferece critérios para a determinação da correção das decisões judiciais no interior do quadro normativo.^{77 78}

O segundo modelo é o de Dworkin, um “modelo de conhecimento”. É o modelo diametralmente oposto ao de Kelsen: nele, o juiz não tem nenhum espaço de discricionariedade, cabendo a ele simplesmente descobrir os direitos das partes. Dworkin parte do pressuposto de que o direito já oferece de antemão respostas a todas as questões jurídicas; assim, basta ao juiz declará-las, sendo que, para cada questão, apenas uma resposta correta é possível. O modelo de Dworkin é, todavia, problemático, pois ele não oferece critérios suficientes para que o juiz extraia a resposta do material jurídico e justifique-a como sendo a única correta.^{79 80}

O último modelo é o de Alexy: o “modelo de argumentação”. Ele representa uma terceira via entre os modelos de discricionariedade e de conhecimento, capaz de suprir as insuficiências verificadas em ambos os modelos anteriores. Esse modelo repousa

⁷⁷ BÄCKER, Carsten. **Begründen und Entscheiden: Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts.** Baden-Baden: Nomos, 2008. S. 25-30.

⁷⁸ Kelsen expõe detalhadamente sua teoria da interpretação no Capítulo VIII da obra “Teoria Pura do Direito”. Ver, para isso, KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre.** 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 346-354.

⁷⁹ BÄCKER, Carsten. **Begründen und Entscheiden: Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts.** Baden-Baden: Nomos, 2008. S. 30-32.

⁸⁰ É possível criticar o modelo de decisão judicial oferecido por Dworkin em razão de seu caráter essencialmente monológico; o juiz Hércules representa nesse modelo, em última análise, o único autorizado a decidir sobre a integridade. Mesmo sendo Hércules um juiz ideal, suas decisões devem estar sujeitas à crítica, ou seja, elas não fogem ao plano argumentativo. (ZANETTI, Veronique. Dworkin, Ronald. in: **Information Philosophie.** Disponível em: <<http://www.information-philosophie.de/?a=1&t=316&n=2&y=1&c=4&o=5>>. Acesso em: 03 out. 2017. p. 03.)

na teoria do discurso prático racional geral, do qual constitui caso especial o discurso jurídico. Como um caso especial do discurso prático geral, o discurso jurídico desenvolve-se dentro de certas condições limitadoras (a vinculação à lei, aos precedentes e à dogmática). Alexy, com isso, oferece um modelo de decisão judicial no qual a correção pode ser verificada através do exame da racionalidade das premissas apoiadoras da decisão.^{81 82}

3.4 INTEGRIDADE E COERÊNCIA *VERSUS* PONDERAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO

De especial interesse para o presente estudo é o que as teorias de Dworkin e Alexy dizem acerca do direito em seu aspecto dinâmico, ou seja, o procedimento de aplicação das normas, especialmente no que tange às normas-princípio. A exposição a seguir concentrar-se-á, portanto, nos modelos propostos por cada um desses autores: em Dworkin, a teoria da integridade; em Alexy, a teoria da ponderação.

3.4.1 Dworkin: o direito como integridade e a importância da ideia de coerência

A teoria da integridade parte do direito como um conceito interpretativo. Em geral, os aplicadores do direito reconhecem a necessidade de teorizar sobre a melhor forma de desempenhar suas funções; quando divergem sobre ela, a divergência diz respeito à melhor interpretação de algum aspecto do exercício de aplicação do direito. Embora as divergências nesse âmbito existam e sejam profundas, há paradigmas que devem ser observados, o que, aliado a fatores como a importância dos precedentes e o notório conservadorismo do ensino jurídico e das admissões para os cargos judiciários e administrativos, acaba por evitar que o direito venha a sucumbir à tempestade de interpretações divergentes; mais do que isso, essas divergências têm um lado positivo, pois são elas que dão vida ao direito, impedindo sua estagnação. Novas interpretações

⁸¹ BÄCKER, Carsten. **Begründen und Entscheiden: Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts.** Baden-Baden: Nomos, 2008. S. 32-36.

⁸² Nessa conexão, Alexy sustenta ser Dworkin o representante de uma “teoria material dos direitos fundamentais”, ou seja, uma teoria que busca estabelecer uma única resposta correta para cada caso jurídico-fundamental imaginável. Uma teoria como essa, para ser bem-sucedida, deveria conter de antemão todos os princípios e seus pesos relativos, de modo a permitir que, em cada caso particular, apenas uma resposta correta fosse encontrada. Isso, tomando-se por base as relações de primazia entre os princípios, exigiria a elaboração de uma lista de soluções prévias para todos os casos possíveis de direitos fundamentais, o que parece ser excluído já pelos limites da capacidade humana de imaginação. Com isso, pode-se dizer que a construção de uma teoria material de direitos fundamentais que pretenda estabelecer uma única resposta correta para cada caso particular não se afigura possível. (ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte.** 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 519-520.)

permitem que paradigmas outrora incontestáveis sejam rompidos, e, com isso, a evolução da prática jurídica não se vê obstaculizada por formas demasiado estreitas.⁸³

Nesse sentido, o direito como integridade é inflexivelmente interpretativo. Ele exige que as proposições jurídicas, para serem verdadeiras, sejam extraídas dos princípios que oferecem a melhor interpretação da prática jurídica da comunidade. Dizer que uma pessoa tem um direito equivale a reconhecer que a prática jurídica pode ser vista sob sua melhor luz quando se admite que a comunidade aceitou o princípio do qual esse direito deriva.⁸⁴ Contudo, o direito como integridade não tem sua utilidade limitada aos casos onde princípios entram em jogo, ou seja, os casos difíceis; ele serve também para os casos fáceis, onde a linguagem empregada pela lei é suficientemente clara. A diferença reside no fato de que, nos casos fáceis, qualquer interpretação adequada conduz a uma conclusão que dificilmente pode ser posta em dúvida: a interpretação não é abandonada, mas as respostas às perguntas que ela coloca são evidentes.⁸⁵

De grande importância para o direito como integridade é a ideia de coerência. Dworkin procura evitar a confusão entre integridade e coerência, salientando que, se a última é entendida puramente como a exigência de repetição de decisões anteriormente tomadas em casos semelhantes, a integridade é, de certa forma, mais e menos que a coerência. Ela pede que a instituição delas encarregada mantenha-se, até determinado ponto, fiel às decisões anteriores; quando, todavia, os princípios fundamentais que dão forma ao sistema jurídico exigirem uma decisão diversa, a instituição deve abandonar a orientação anterior e decidir de acordo com esses princípios.^{86 87}

Essa ressalva, entretanto, não retira da coerência o seu papel central no direito como integridade; se é certo dizer que coerência e integridade não se confundem, não é menos certo afirmar que a integridade depende, em grande medida, da coerência. No desenvolvimento de sua teoria, Dworkin recorre repetidas vezes à ideia de coerência,

⁸³ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University, 1986. p. 87-90.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University, 1986. p. 225-226.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University, 1986. p. 353-354.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University, 1986. p. 219.

⁸⁷ O exemplo que Dworkin emprega para ilustrar essa distinção trata da imunidade profissional dos advogados na Grã-Bretanha. Durante muito tempo, as cortes britânicas decidiram que os advogados não podiam ser responsabilizados por danos causados por sua negligência, embora o dever de indenização nesse tipo de caso fosse reconhecido para as profissões em geral. Coerência pura e simples exigiria que esse privilégio dos advogados fosse mantido; a integridade, contudo, não é com ele compatível, já que nenhum princípio parece capaz de justificá-lo. A Câmara dos Lordes posteriormente restringiu a imunidade dos advogados, o que significa que ela priorizou a integridade em detrimento da coerência; a integridade, todavia, exige a eliminação total do privilégio, e não estará plenamente satisfeita até que isso ocorra. (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University, 1986. p. 219-220.)

como na passagem em que salienta que o direito como integridade “exige do juiz que teste sua interpretação de qualquer parte da grande rede de estruturas políticas e decisões de sua comunidade, perguntando se isso poderia formar parte de uma teoria coerente que justificasse a rede como um todo”,⁸⁸ ou quando, em uma formulação semelhante, assinala que os “juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem os casos difíceis tentando encontrar, em um coerente conjunto de princípios acerca dos direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação construtiva da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”.⁸⁹

Dworkin emprega uma imagem para ilustrar a ideia do direito como integridade: a do romance em cadeia. Ele compara a atividade do juiz que aceita o ideal da integridade a um romancista que, recebendo em suas mãos um material escrito por outros romancistas, deve interpretar o que foi escrito antes, e isso de tal modo que possa, como um elo intermediário na cadeia, escrever um novo capítulo coerentemente, contribuindo para que o romance final seja da maior qualidade possível.⁹⁰ Um juiz que se veja como um dos integrantes da cadeia do direito - o juiz Hércules - procede de forma análoga: ele deve estar consciente do fato de que outros juízes decidiram casos semelhantes, embora não idênticos, ao que ele tem diante de si, casos esses que formam a cadeia do direito, ou seja, as diferentes páginas de uma longa história que cabe a ele interpretar e continuar.⁹¹

Certo é que, nesse processo, o juiz Hércules deve colocar a si mesmo um grande número de perguntas difíceis e oferecer respostas a cada uma delas. Essas respostas podem ser objeto de divergência; é possível que outros juízes que aceitam o ideal da integridade tenham respostas diferentes para as mesmas perguntas. Isso, contudo, não significa o abandono do direito como integridade, não só porque ele é mais afeito às perguntas que às respostas, mas também porque essa divergência ocorre no âmbito da consideração da melhor interpretação construtiva da prática jurídica – no âmbito do direito como integridade, portanto.⁹²

3.4.2 Alexy: as limitações da ideia de coerência e a racionalidade da ponderação

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University, 1986. p. 245.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University, 1986. p. 255.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University, 1986. p. 229.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University, 1986. p. 238-239.

⁹² DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University, 1986. p. 239-240.

O conceito de coerência é, como visto, central para o direito como integridade. Seria, contudo, a coerência capaz de fazer frente aos problemas centrais da interpretação, notadamente no que se refere à aplicação de princípios?

Segundo Alexy, não. O postulado da coerência é, sem dúvida, uma importante exigência de racionalidade do ordenamento jurídico. Trata-se, entretanto, de uma ideia que, embora largamente empregada entre os teóricos do direito, tanto os clássicos quanto os contemporâneos, carece de um esclarecimento mais rigoroso; mesmo com a limitação da noção de coerência a sistemas normativos, permanece ela envolta em obscuridade.⁹³ Partindo disso, Alexy formula o seu próprio conceito de coerência, vinculado à ideia de fundamentação: “Quanto melhor é a estrutura da fundamentação de uma classe de declarações, tanto mais coerente é essa classe de declarações.”⁹⁴ Essa “estrutura da fundamentação” diz respeito às propriedades formais das relações de fundamentação existentes dentro de uma determinada classe de declarações (ou seja, de um sistema). Por sua vez, a qualidade da estrutura da fundamentação depende da observância de uma série de critérios de coerência.⁹⁵

Mais importante, todavia, é apontar as limitações da ideia de coerência; três são suas fraquezas necessárias. Em primeiro lugar, os critérios de coerência estabelecem exigências que, em certos casos, são contrapostas; demandam, portanto, otimização. É possível, assim, que, de acordo com um critério, um determinado sistema seja mais coerente que outro, e, de acordo com outro critério, seja menos coerente. Nesse caso, a preferência por um dos dois sistemas tem de ser decidida com base em outros critérios que não o da coerência. Em segundo lugar, como a coerência tem caráter formal, ela nada diz sobre o conteúdo do sistema normativo; um sistema profundamente injusto e irracional pode ser um sistema coerente. Em terceiro lugar, a ideia de coerência é necessariamente incompleta, mesmo naqueles sistemas que são coerentes na medida máxima possível. Valorações adicionais, que escapam à noção de coerência, sempre serão exigidas, sobretudo no âmbito da ponderação de princípios, que depende do

⁹³ ALEXY, Robert. Fundamentação Jurídica, Sistema e Coerência. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 117-118.

⁹⁴ ALEXY, Robert. Fundamentação Jurídica, Sistema e Coerência. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 119.

⁹⁵ Aqui, torna-se dispensável uma exposição detalhada desses critérios. Ver, para isso, ALEXY, Robert. Fundamentação Jurídica, Sistema e Coerência. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 120-129.

estabelecimento de relações de primazia entre as normas com base em premissas que não se deixam reconduzir à coerência pura e simples.⁹⁶

Essas insuficiências da ideia de coerência não a tornam irrelevante, mas revelam a necessidade de ser ela complementada, no mínimo, por um procedimento de argumentação tão racional quanto possível; os planos do sistema e da coerência, de um lado, e do procedimento e do consenso, de outro, estariam, assim, conjugados. Embora importante como um postulado de racionalidade, a coerência não é capaz de eliminar a necessidade da teoria do discurso prático racional.⁹⁷

Tal circunstância é visível de modo particularmente nítido no manejo das normas de natureza principiológica. Dworkin, apesar de reconhecer a possibilidade de colisões entre princípios e a necessidade do intérprete solucioná-los no caso concreto,⁹⁸ não desenvolveu adequadamente uma teoria da ponderação. A noção de coerência, que está na base da teoria da integridade, revela-se insuficiente diante da magnitude do problema; em Dworkin, ela parece esconder o fato de que, por trás do procedimento interpretativo, decisões de ponderação racionalmente fundamentáveis devem ser tomadas. Como determinar que uma interpretação é, do ponto de vista dos princípios fundamentais do sistema jurídico e da estrutura política da comunidade, mais coerente do que outra, sem que, para isso, seja necessário recorrer a premissas adicionais que fogem à pura e simples coerência? Pode-se dizer, nesse sentido, que Dworkin não se preocupou com o rigor analítico das decisões baseadas em princípios, e o recurso à noção de coerência não parece capaz de sanar esse defeito de sua teoria.^{99 100}

⁹⁶ ALEXY, Robert. Fundamentação Jurídica, Sistema e Coerência. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 129-130.

⁹⁷ ALEXY, Robert. Fundamentação Jurídica, Sistema e Coerência. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 130.

⁹⁸ Ver item 2.1.1, supra.

⁹⁹ TREVISAN, Leonardo Simchen. **Ponderação, Argumentação, Racionalidade**: Robert Alexy e Seus Críticos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017. p. 269-273.

¹⁰⁰ Ludwig assinala ter faltado a Dworkin “complementar a técnica de aplicação dos princípios e, especificamente, o procedimento de ponderação como meio de solução dos conflitos entre eles. Para tanto, careceria de um estudo mais detalhado da proporcionalidade. E isso tem relevância especial porque, ao não detalhar a estrutura da proporcionalidade e a forma como se processa a formulação do direito definitivo a partir de posições *prima facie*, ele deixou o intérprete a meio caminho, insatisfeito com o modelo de regras (que criticara) e também não inteiramente à vontade com o modelo regra/princípios proposto. Não fica bem claro, por exemplo, por que deve prevalecer esse ou aquele princípio em cada caso ou nalgum caso em particular, e se ponderar não é, ao fim e ao cabo, uma atividade discricionária.” (LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada**: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 104.)

Ao desenvolver a teoria da ponderação e uni-la à teoria da argumentação jurídica racional, Alexy oferece, ao contrário de Dworkin, um modelo analítico extremamente rigoroso para a aplicação dos princípios.

Já foi mencionado que regras e princípios, no modelo de Alexy, apresentam uma diferença estrutural: regras são mandamentos definitivos, aplicáveis mediante subsunção, enquanto princípios são mandamentos de otimização, aplicáveis mediante ponderação. Princípios carecem de ponderação porque, como comandos a otimizar, têm seu cumprimento condicionado pelas possibilidades fáticas e jurídicas, determinadas, em grande medida, por princípios colidentes.¹⁰¹ Como procedimento de solução das colisões de princípios, a ponderação conduz à determinação de uma relação de precedência condicionada, cuja configuração dependerá das circunstâncias do caso concreto. Isso pode ser apresentado sob a forma de uma lei de colisão, segundo a qual as condições sob as quais um princípio precede o outro formam o tipo de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.¹⁰²

É possível compreender melhor a noção de princípio em Alexy através do recurso ao princípio da proporcionalidade; há entre ambos uma conexão de tal modo estreita que a própria natureza dos princípios como mandamentos de otimização implica o princípio da proporcionalidade, e esse, aquela. Os três princípios parciais da proporcionalidade, idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito, são logicamente dedutíveis da natureza dos princípios; os dois primeiros correspondem a mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, o último, a mandamento de otimização em face das possibilidades jurídicas.^{103 104}

¹⁰¹ Ver item 2.1.2, supra.

¹⁰² ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 80-84.

¹⁰³ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 100-101.

¹⁰⁴ Relativamente ao exame da idoneidade, pode ser dito que ele “exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir. Se um meio *M*, que é empregado para fomentar a realização do princípio *P*₁, para isso não é idôneo, certamente, porém, prejudica a realização do princípio *P*₂, então não nascem custos nem para *P*₁ nem para *P*₂, se *M* é deixado cair, certamente, porém, custos para *P*₂ se *M* é empregado. *P*₁ e *P*₂ podem, então, juntados, relativamente às possibilidades fáticas, ser realizados em uma medida superior, se *M* é deixado cair. *P*₁ e *P*₂, *juntados*, proibem, com isso, o emprego de *M*. Isso mostra que o princípio da idoneidade é nada mais que a expressão da ideia da otimidade-Pareto: uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras.” (ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 110.) Quanto ao exame da idoneidade (mandamento do meio menos gravoso), exige-se, “de dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem *P*₁, escolher aquele que menos intensamente intervém em *P*₂. Se existe um meio menos intensamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra. A aplicabilidade do princípio da necessidade pressupõe, todavia, que não existe um terceiro princípio *P*₃ que,

No âmbito do terceiro princípio parcial da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido restrito, ganha relevo, como exigência de otimização em face das possibilidades jurídicas, a ponderação. É possível formulá-la como uma “lei da ponderação”: quanto maior o grau de prejuízo ou não cumprimento de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Isso permite que a ponderação seja visualizada em três etapas: em primeiro lugar, a comprovação do grau de prejuízo ou não cumprimento de um princípio; em segundo lugar, a comprovação da importância do cumprimento do princípio contraposto; em terceiro lugar, a comprovação da justificação do prejuízo ou não cumprimento do princípio pela importância do cumprimento do princípio contraposto.¹⁰⁵ Como se dá, contudo, essa comprovação? Seria a ponderação um procedimento racional e intersubjetivamente controlável ou um mero embuste para acobertar a discricionariedade daquele que pondera?

A resposta a essa pergunta depende de uma distinção entre dois modelos de ponderação. O primeiro deles é um “modelo de decisão”, segundo o qual a determinação da precedência de um princípio sobre outro é realizada com base exclusivamente nas inclinações subjetivas daquele que decide a colisão; trata-se, aqui, de um procedimento puramente volitivo ou decisionista, alheio a qualquer tipo de racionalidade. A esse modelo, entretanto, pode ser contraposto um “modelo de fundamentação”, o modelo que Alexy sustenta. Ao contrário do primeiro, esse modelo encontra-se no âmbito da racionalidade; ele permite que o resultado da ponderação seja fundamentado racionalmente. Certo é que a lei da ponderação não pode fornecer um procedimento de decisão que leve, em todos os casos, a somente um resultado; ela, contudo, é capaz de estruturar racionalmente a argumentação, ao determinar aquilo que, a cada vez, deve ser fundamentado. Pressuposto para isso é a teoria da argumentação jurídica racional. O modelo de Alexy, unindo ponderação e argumentação, possibilita que o procedimento de solução de colisões de princípios situe-se no âmbito da fundamentação e assumo, com isso, o caráter de um procedimento efetivamente racional.¹⁰⁶

pelo emprego do meio menos intensivamente interveniente em P_2 , é afetado negativamente. Nessa conjuntura, o caso não mais pode ser solucionado em virtude de reflexões, que se apoiam na ideia da otimidade-Pareto. Se custos ou sacrifícios não podem ser evitados, torna-se necessária uma ponderação.” (ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade*. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 110-111.)

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade*. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 111.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 144-152.

Como um procedimento racional, a ponderação requer dois tipos de justificação: a interna e a externa.¹⁰⁷

A justificação interna depende de um modelo analítico que permita deduzir uma decisão das premissas alegadas para justificá-la. No âmbito das regras, esse modelo é o da subsunção, o silogismo jurídico que permite, a partir da soto-posição de um fato concreto a uma norma universal, a dedução da consequência jurídica. Trata-se de um modelo de natureza lógica. Para os princípios, entretanto, um modelo mais complexo é requerido. Em Alexy, a ponderação pode ser expressa através de um modelo aritmético específico: a fórmula peso.¹⁰⁸

Embora de fundamental importância, a justificação interna não basta; a decisão jurídica deve não apenas ser adequada do ponto de vista de um esquema lógico ou aritmético pré-dado, mas também deve ser correta do ponto de vista do direito vigente. Aqui, entra em cena a justificação externa, como justificação das premissas lançadas na justificação interna. Para a ponderação, ela revela-se na exigência de justificação das atribuições numéricas correspondentes a cada uma das variáveis da fórmula peso; esses números representam classificações para as quais a fórmula peso, como tal, não é capaz de oferecer uma justificação. Ela somente pode ser realizada no caminho da argumentação, o que, por sua vez, depende da teoria da argumentação jurídica racional.¹⁰⁹

110

¹⁰⁷ Sobre a justificação interna e externa no âmbito da argumentação jurídica, ver ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 273-348.

¹⁰⁸ Sinteticamente, pode-se dizer que a fórmula peso permite que sejam postos em relação a intensidade da intervenção em cada um dos princípios, seus pesos abstratos e o grau de segurança das suposições empíricas acerca de sua não realização, com atribuições numéricas correspondentes aos diferentes graus de cada uma dessas variáveis (carecedoras, por sua vez, de justificação). Uma exposição mais detalhada da estrutura da fórmula peso revela-se, aqui, desnecessária. Para isso, ver ALEXY, Robert. A Fórmula Peso. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 137-153.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. Um Conceito Não-Positivistista de Direitos Fundamentais. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação**: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 19-20.

¹¹⁰ Cumpre fazer uma derradeira observação. Dworkin insere-se na tradição jurídica anglo-saxônica, na qual os precedentes judiciais desempenham um papel central. Sua teoria da integridade deve ser entendida a partir desse contexto, o que é particularmente visível na ideia de romance em cadeia, ou seja, os precedentes judiciais como novos capítulos do romance do direito. (ver supra, item 2.4.1.) Alexy, por outro lado, desenvolveu sua teoria no âmbito da tradição continental europeia, na qual o direito brasileiro está inserido. Nessa tradição, o papel do precedente não é tão pronunciado quanto naquela, mas seria um erro subestimar sua importância (especialmente no Brasil, onde a utilização dos precedentes na argumentação jurídica parece estar obtendo um crescente reconhecimento). Entendendo-se o artigo 926 do CPC como uma diretriz para a utilização dos precedentes, no sentido do dever dos tribunais a respeito da manutenção de uma jurisprudência estável, os adjetivos “íntegra” e “coerente” tornam-se dispensáveis, quase

4. CONCLUSÃO

Os artigos 489, § 2º e 926 do CPC estão em uma contradição bastante peculiar; não se trata de um conflito normativo no sentido estrito da expressão, quando uma das normas proíbe algo que a outra ordena ou permite, mas de uma incompatibilidade dos referenciais teóricos pressupostos por elementos do texto de cada um dos dispositivos. O primeiro alude à ponderação e, com ela, ao pensamento de Robert Alexy; o segundo, à integridade, ou seja, ao pensamento de Ronald Dworkin. Pretendendo-se preservar a interpretação sistemática do Código (o que, segundo sua exposição de motivos, foi um dos mais fortes anseios do grupo de juristas que o elaborou), essa contradição, por mais insólita que seja, não pode subsistir.

No decorrer do presente estudo, restou demonstrado que o direito discursivo (Alexy) é superior ao direito como integridade (Dworkin) nos principais pontos em que as teorias divergem. Em uma apertada síntese, pode-se dizer que a tese de Alexy é capaz de evitar problemas fatais que são encontrados em Dworkin, não pressupondo ficções ontológicas inaceitáveis como a da única resposta correta e apresentando para a aplicação dos princípios um modelo analítico de ponderação muito superior ao que o recurso à ideia de coerência, *Leitmotiv* do direito como integridade, é capaz de fornecer. Contra Dworkin fala também a inadequação da tese do modo de aplicação tudo-ou-nada para a distinção entre regras e princípios e a estreiteza de seu conceito de princípio, que exclui os bens coletivos e, com isso, nega-lhes o caráter deôntico.

Diante disso, duas são as alternativas possíveis. A primeira, mais drástica, consiste em contornar o problema, abandonando-se o sentido de ambos os dispositivos; “ponderação” e “integridade” não seriam aquilo que significam, respectivamente, em Alexy e Dworkin, mas algo diverso, tão diverso que poderia até mesmo ser compatibilizado. Bastaria “flexibilizar” ambos os conceitos. Essa não seria, contudo, uma interpretação que levasse o novo diploma processual realmente a sério, pois ela

supérfluos, diante do direito discursivo de Alexy, além de remeterem a uma teoria situada fora da tradição continental europeia, um inconveniente que não pode ser simplesmente ignorado. Em Alexy, a utilização dos precedentes é entendida como uma exigência do princípio da universalidade, ou seja, a necessidade de tratar casos iguais de forma igual. Não tem essa exigência, contudo, um caráter absoluto; é possível desviar-se de um precedente, desde que se possa arcar com o ônus argumentativo para tanto. Procedimentos como o *distinguishing* (a interpretação restritiva do precedente) e o *overruling* (a superação do precedente) dependem de fundamentação, vale dizer, devem ser realizados com o instrumental teórico que a teoria da argumentação jurídica racional fornece. (ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 334-341.) Alexy, dessa forma, soluciona satisfatoriamente o problema da aplicação dos precedentes, o que evidencia a desnecessidade do recurso a Dworkin para tanto.

pressuporia uma distorção do sentido original dos dispositivos, fazendo-os dizer algo distinto daquilo que realmente dizem. Do ponto de vista científico-jurídico, não é preciso dizer que tal expediente beira o inaceitável.

Resta a segunda alternativa. Ela consiste na aplicação do artigo 489, § 2º do CPC com o auxílio do ferramental teórico disponibilizado por Alexy em todos os casos de conflito entre normas, o que conduziria inevitavelmente à derrogação, na prática, do artigo 926 do CPC. Para aquele que pretende levar a legislação processual a sério, essa saída é a única possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. A Fórmula Peso. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. A Ideia de uma Teoria Procedimental da Argumentação Jurídica. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005.

_____. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Direitos Individuais e Bens Coletivos. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Fundamentação Jurídica, Sistema e Coerência. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Problemas da Teoria do Discurso. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Sistema Jurídico e Razão Prática. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Sobre o Conceito do Princípio de Direito. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

_____. Um Conceito Não-Positivista de Direitos Fundamentais. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação**: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BÄCKER, Carsten. **Begründen und Entscheiden: Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts**. Baden-Baden: Nomos, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Civil e Normas Correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal (Coordenação de Edições Técnicas), 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 ago. 2017.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University, 1985.

_____. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University, 1986.

_____. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994.

HECK, Luís Afonso. A Ponderação no Código de Processo Civil. in: Idem (org.). **Direito Positivo e Direito Discursivo: Subsunção e Ponderação no Direito Constitucional e Ordinário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017.

_____. Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960.

LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Ponderação de Normas no Novo CPC? É o Caos. Presidente Dilma, Por Favor, Veta! **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 08 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 28 set. 2017.

_____; MOTTA, Francisco Borges. Para Entender o Novo Código de Processo Civil: Da Dignidade da Pessoa Humana ao Devido Processo Legal. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 14, n. 19, 2016.

TREVISAN, Leonardo Simchen. **Ponderação, Argumentação, Racionalidade: Robert Alexy e Seus Críticos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017.

ZANETTI, Veronique. Dworkin, Ronald. in: **Information Philosophie**. Disponível em: <<http://www.information-philosophie.de/?a=1&t=316&n=2&y=1&c=4&o=5>>. Acesso em: 03 out. 2017.