



A TEORIA DE CORREÇÃO MORAL DO DIREITO DE ROBERT ALEXY

Marcelo Fonseca Gurniski

Resumo

O objetivo do presente artigo é apresentar a tese aleyana de correção do Direito por argumentos morais e analisar a sua validade. O método de abordagem utilizado é o dedutivo. Concluiu-se que a teoria em questão, ao possibilitar a introdução no interior do discurso jurídico de elementos morais (discurso prático geral), admite um espaço de abertura interpretativa que conduz à discricionariedade judicial.

Palavras-chave: Casos Difíceis. Correção. Moral. Discricionariedade Judicial.

Abstract

The objective of this article is to present the Alexy's thesis of correction of the Law by moral arguments and to analyze its usefulness. The approach method used is the deductive one. It was concluded that the theory in question, by allowing the introduction of moral elements (general practical discourse) into the legal discourse, admits a space of interpretive openness that leads to judicial discretion.

Keywords: Hard Cases. Correction. Moral. Judicial Discretion.

INTRODUÇÃO

A análise do presente estudo circunscreve-se à proposta de correção do Direito pela argumentação prática geral defendida por Robert Alexy. Partindo do pressuposto que o discurso jurídico, a argumentação jurídica, são um caso especial do discurso prático geral, Alexy pretende alcançar um juízo de correção.

Ao analisar as decisões de casos difíceis, os problemas advindos da abertura do Direito e a impossibilidade de decisões judiciais discricionárias, Alexy identificou a necessidade de correção das decisões e do sistema jurídicos. Esse juízo de correção revela-se elementar à racionalidade do discurso e cinge-se na ligação entre Direito e Moral.

Aqui, portanto, destaca-se o elemento fundamental na teoria do Robert Alexy, consistente na assertiva de que as razões jurídicas não têm o condão de decidir casos difíceis e, mesmo que sejam utilizadas, as razões jurídicas necessitam de uma pretensão de correção pautadas em considerações de justiça que, de consequência, pertencem ao conjunto de razões morais.

A relevância do presente estudo está na identificação dos problemas causados pela introdução de argumentos morais, enxertados pelo intérprete no sistema jurídico, e a possível ofensa à autonomia do Direito, diante de decisões sustentadas em argumentos discricionários.

Tendo como base a pesquisa bibliográfica, a hipótese estudada referente a análise da validade da tese aleyana de correção moral do Direito, organiza-se mediante as seguintes seções: (i) a tese de Robert Alexy do caso especial, onde se apresenta que a argumentação jurídica é uma espécie de argumentação prática geral; (ii) a pretensão de correção e a moral – aqui se apresenta a ideia de pretensão de correção e sua conexão com a moral; (iii) a moral e a discricionariedade, apresentam-se as características da arbitrariedade e sua vinculação com a moral; e, por fim, (iv) as considerações finais do trabalho, onde se questiona o problema da arbitrariedade trazida com a pretensão de correção.

A TESE DE ROBERT ALEY DO CASO ESPECIAL

Robert Alexy, pensador alemão e filósofo contemporâneo do direito, propõe que o discurso jurídico é um “caso especial” do discurso prático geral. Saavedra esclarece que Alexy, para elaborar sua tese de “caso especial”, exibe as limitações da teoria do discurso e consigna que o seu valor prático advém de uma teoria do Estado e do Direito (SAAVEDRA, 2006, p. 108). Assim, Alexy inicia seus estudos na teoria da argumentação prática geral para então projetá-la para o Direito (ATIENZA, 2016, p. 185-186).

Segundo Alexy, é patente o vínculo entre o discurso jurídico com o discurso prático geral e podem ser apresentados em quatro aspectos:

(...) (1) A necessidade do discurso jurídico do ponto de vista da natureza do discurso prático geral, (2) a correspondência parcial na exigência da correção, (3) a correspondência estrutural entre regras e formas do discurso jurídico e aquelas do discurso prático geral e (4) a necessidade de argumentação prática geral no contexto da argumentação jurídica. (ALEXY, 2001, p. 267).

Alexy expõe que as regras e formas do discurso prático geral possuem três fraquezas, o que resulta na necessidade do discurso jurídico. São elas: (i) as regras do discurso não consideram que premissas normativas sejam o ponto de partida para qualquer discurso; (ii) alguns passos da argumentação não estão fixados; e (iii) sempre é possível não se chegar a acordo, pois algumas regras do discurso só podem ser satisfeitas parcialmente (ALEXY, 2001, p. 267-268).

Para Alexy, tanto a argumentação prática geral como a argumentação jurídica possuem a exigência de correção. Porém, na argumentação jurídica, ao contrário do discurso prático geral “essa exigência não se relaciona com o fato de a afirmação normativa em questão ser ou não absolutamente racional, mas antes se pode ser racionalmente justificada no contexto da ordem jurídica em vigor.” (ALEXY, 2001, p. 229).

Ainda, Alexy afirma que ambos os discursos, jurídico e prático geral, se correspondem estruturalmente entre as regras e formas, uma vez que (a) a(s) regra(s) e forma(s) de justificação interna dos discursos possuem o mesmo princípio da universalidade, que corresponde ao princípio de justiça formal para tratar casos semelhantes; (b) a argumentação empírica é importante e decisiva no discurso prático geral e no discurso jurídico; (c) a ciência jurídica dogmática também é compreendida como a institucionalização do discurso prático condicionada a existência de uma ordem jurídica; e (d) princípios como o da universalizabilidade e da inércia, que formam a base da doutrina dos precedentes, se fundamentam nos princípios práticos gerais (ALEXY, 2001, p. 269-270).

Ademais, para Alexy “a argumentação jurídica é totalmente dependente da argumentação prática geral e que, portanto, faz sentido dizer que as formas de argumentação práticas gerais são a base da argumentação jurídica.” (ALEXY, 2001, p. 271). Porém, isto não significa dizer, no entendimento de Alexy, que pelo fato da argumentação jurídica depender da argumentação prática geral, ela seja idêntica ou fique reduzida a ela, porquanto a “argumentação prática geral requerida para o discurso jurídico ocorre em formas especiais, segundo regras especiais e em condições especiais.” (ALEXY, 2001, p. 271).

“O resultado a que ele chega, a tese central da sua concepção, consiste em considerar o discurso jurídico, a argumentação jurídica, como um caso especial do discurso prático geral, isto é, do discurso moral.” (ATIENZA, 2016, p. 186). Em outras palavras, o discurso jurídico é a própria especificação do discurso prático geral já que sua pretensão é a de alcançar um juízo de correção (PIREZ, 2019, p. 105).

Segundo Pires, o discurso jurídico é um caso especial da argumentação prática geral por limitar-se as diversas pré-compreensões do Direito, em especial a lei, os precedentes e a dogmática, sendo, portanto, sua principal característica a sua necessária vinculação ao direito vigente (PIRES, 2019, p. 105). Em seu dizer:

(...) (1) as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, com o que deve ou não ser feito ou deixado de fazer e (2) essas questões são discutidas com a exigência de correção. É questão de ‘caso especial’ porque as discussões jurídicas (3) acontecem sob limites do tipo descrito. (ALEXY, 2001, p. 212).

Dito de outra forma, o discurso jurídico não está a pretender que uma proposição seja mais racional que outra, mas que ela deve “ser fundamentada racionalmente na moldura do ordenamento jurídico vigente.” (ATIEZA, 2016, p. 204). Neste sentido, de um lado, o procedimento do discurso jurídico se determina pelas regras e formas do discurso prático geral e, de outro lado, pelas regras e formas específicas do discurso jurídico que, em suma, revelam a sujeição à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática (ATIEZA, 2016, p. 204).

Importante ressaltar que para Alexy não se pode prescindir das regras da razão prática, vale dizer, do discurso moral, na fundamentação do discurso jurídico. Assim, Pires afirma que Alexy demonstra a sua tese do “caso especial” da seguinte forma:

i) constata que as regras gerais da razão prática, embora necessárias, não definem quais as melhores premissas das quais deve partir o raciocínio jurídico, o que, em princípio, se mostra insatisfatório, no tocante ao juízo de correção das decisões; ii) a racionalidade do discurso jurídico está limitada pela racionalidade do sistema legislativo; iii) a justificação do discurso jurídico submete-se ao princípio geral da universalização (igualdade formal); iv) as regras especiais do discurso jurídico dependem das regras do discurso geral, consolidando-as em

seu processo de diferenciação; iiiii) o caráter racional da argumentação jurídica impõe que se estabeleçam regras internas para o seu desenvolvimento. (PIRES, 2019, p. 105).

Mesmo que Alexy esteja focado na distinção da especificidade do direito, ele apresenta uma vinculação entre o discurso da moral e do direito, lançando olhos para sua dimensão institucional, sendo que a partir daí é que seria possível delinear padrões de raciocínio jurídico (PIRES, 2019, p. 105).

Resumindo, segundo Zanon Junior, essa teoria proceduralista apresenta quatro fundamentos: (a) o discurso jurídico trata-se de um caso especial do discurso prático, uma vez que devem ser respeitadas regras específicas, além daquelas do discurso geral, para viabilizar a construção de normas jurídicas racionais e científicas, conforme a tabela de regras constantes do livro de teoria da argumentação jurídica; (b) a possibilidade de se atingir um resultado formalmente correto, porquanto há uma relatividade das soluções produzidas por meio do discurso; (c) o enfoque da racionalidade discursiva na coerência decisória, que se liga estreitamente com a fundamentação jurídica com enfoque na escorreita articulação das diversas proposições normativas integrantes de um sistema, aperfeiçoando a racionalidade discursiva; e (d) a pretensão de correção como elementar à racionalidade do discurso e ponto de ligação entre moral e direito, sendo a atitude do intérprete considerar que os argumentos utilizados são válidos e, portanto, aplicáveis, sob pena de incorrer em falha performática e contaminar o processo (ZANON JÚNIOR, 2016, p. 925-928).

É importante notar que Alexy pretende racionalizar os argumentos do discurso prático em razão da “textura aberta” da linguagem jurídica, oferecendo critérios racionais para justificar argumentos morais no direito. Assim, utilizando essa textura aberta como forma de abertura do discurso jurídico ao discurso prático, Alexy insere a conexão necessária entre argumentos jurídicos e morais (STRECK, 2019, p. 47).

Com essa constatação, Alexy identifica, entre outras, duas questões que dizem respeito à natureza do Direito: (i) dimensão real, representada por elementos factuais que representam o Direito (legalidade e a eficácia social,

elementos coercitivos e empíricos); e (ii) dimensão ideal, caráter normativo do Direito operado por meio da pretensão de correção, ou seja, “a pretensão de que tanto as decisões como os sistemas judiciais necessitam de uma justificação moral para exercerem sua legitimidade” (STRECK, 2019, p. 47), sendo, portanto, nesta dimensão a relação entre o discurso jurídico e prático.

Saavedra esclarece que Alexy “defende uma relação conceitualmente necessária entre o direito e a moral, uma vez que, principalmente nos casos difíceis, não é possível encontrar uma solução baseando-se unicamente em normas formalmente fixadas.” (SAAVEDRA, 2006, p. 109). Segundo Blanco,

Para Alexy existe uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral (que vedaria assim a injustiça extrema advinda de um regime injusto) e existem razões normativas para a inclusão de elementos morais no conceito de direito. Além de conexões conceitualmente necessárias, existem conexões normativamente necessárias entre direito e moral (a visualização normativa dos princípios e os próprios direitos fundamentais carregados de vinculação valorativa-ética). (BLANCO, 2014, p. 139).

Portanto, para Alexy as normas extremamente iníquas consoante “paradigmas morais já axiologicamente objetivados por nosso patamar civilizatório histórico” (BLANCO, 2014, p. 140), não detêm caráter de normas jurídicas; de outra forma as normas que não sejam extremamente injustas, mas “não sejam as mais corretas, não serão vistas como destituídas de caráter jurídico, mas serão tidas como defeituosas, sem satisfação da pretensão de correção.” (BLANCO, 2014, p. 140).

Alexy expõe que o “argumento decorrente da ideia de correção informa que normas jurídicas individuais e decisões jurídicas individuais, assim como os sistemas jurídicos, como um todo, necessariamente, reclamam por correção.” (ALEXY, et al, 2015, p. 308). Atienza complementa que, segundo Alexy, as normas e decisões jurídicas, proferidas individualmente, e o próprio sistema jurídico em conjunto, têm uma pretensão de correção, “que constitui um elemento necessário, respectivamente, do conceito de norma jurídica, de decisão jurídica e de Direito.” (ATIENZA, 2016, p. 238).

Alexy aponta que casos difíceis – que ocorrem quando o direito positivo admite mais de uma resposta – ilustram que a interpretação positivista dá origem

a problemas sérios. Blanco consigna que Alexy apresentou, aqui, a impugnação da posição do positivismo clássico de discricionariedade do julgador, porquanto em um caso difícil gerado pela abertura do direito, o magistrado não pode decidir fora do empreendimento jurídico, ou seja, discricionariamente; pelo contrário, deve, diante da exigência da pretensão de correção, incorporando os argumentos práticos e jurídicos das justificativas das proposições normativas, emitir a decisão correta. (BLANCO, 2014, p. 141).

Portanto,

a textura aberta do direito, juntamente com a natureza das questões jurídicas [distribuição e compensação], implica que a pretensão de correção gerada no processo de tomada de decisão jurídica, necessariamente, se refere, não apenas a razões autorizadoras ou razões de fundo originário, mas também a razões morais. Isto implica que a pretensão de correção necessariamente oriunda do direito conduza a uma necessária interpenetração da moral e do direito. (ALEXY, et al, 2015, p. 310).

Neste sentido, Alexy apresenta a pretensão de correção substancial que se distingue em dois estágios ou níveis: (a) a correção de primeira ordem, que diz respeito à justiça como tal; e (b) a correção de segunda ordem que, segundo o autor, é mais abrangente, uma vez que promove a integração das dimensões real e ideal do direito. Os dois estágios referem-se à justiça – pois representam a dimensão ideal ou crítica do direito – e à positividade – que é o lado real, de fato ou institucional (ALEXY, et al, 2015, p. 312-313).

Apalategui afirma que a tese de Alexy sobre a dupla natureza do direito tem uma dimensão ideal, expressa na reivindicação de correção, e uma dimensão real, “que se manifiesta en la eficacia (coerción / uso de la fuerza), pero también en el valor de la seguridad jurídica.” (APALATEGUI, 2020, p. 154). Continua, Apalategui, afirmando que a tese da natureza dual não é formulada explicitamente, embora esteja implícita nas regras de uso dos argumentos interpretativos no discurso jurídico e se estabelecem, em um primeiro olhar, entre os diferentes argumentos institucionais – linguística, genética e sistemática –, além de gerar uma abertura do discurso jurídico aos argumentos práticos gerais ou substanciais – morais, ético-políticos (APALATEGUI, 2020, p. 154-155).

Segundo Apalategui, Alexy consigna que argumentos normativos e princípios nos quais a aplicação do direito é baseada têm que ser apoiados a fim de satisfazer a reivindicação de correção. A incorporação desta última cláusula de elementos empíricos (baseada) e normativos (apoiados) expressa o jogo das dimensões reais e ideais da aplicação do direito. (APALATEGUI, 2020, p. 155).

Para Apalategui, Alexy qualificou a pretensão de validade dos discursos jurídicos como uma pretensão de correção de segundo nível; e é nesta qualificação onde é possível fazer uma leitura realista da correção jurídica. Afirma, ainda, Apalategui, que a dimensão ideal do direito corresponde à correção substancial das normas e decisões jurídicas; enquanto a dimensão real se refere ao fator institucional ou positivo do direito (APALATEGUI, 2020, p. 155).

Persiste Apalategui afirmando que a reconciliação de ambas as dimensões passa pela distinção de dois níveis de correção: (a) no primeiro nível (correção de primeira ordem), a correção tem um significado ideal, que se identifica com a justiça; (b) no segundo nível (correção de segunda ordem), a correção tem um sentido abrangente e se refere tanto à dimensão ideal, como a dimensão real, isto é, tanto à justiça quanto à eficácia e segurança legal. (APALATEGUI, 2020, p. 155-156).

Apalategui conclui que a correção jurídica significa proporcionalidade entre a dimensão ideal e a dimensão real do direito, ou, simplesmente, proporcionalidade entre os princípios de justiça e de segurança jurídica. Assim, ao definir a correção jurídica como uma relação de equilíbrio ou proporcionalidade entre a dimensão ideal e real ou entre dois princípios morais (segurança e justiça), entram em jogo os interesses gerais. (APALATEGUI, 2020, p. 156).

Em resumo, a pretensão de correção de Alexy, proposta no discurso jurídico, é uma pretensão não só limitada – “no sentido de que se efetua sob exigências assinaladas pela lei, a dogmática e os precedentes (e, em geral, sob os limites das regras do discurso jurídico)” (ATIENZA, 2016, p. 241) – mas também relativa aos participantes do discurso – “no sentido de que o resultado depende deles, e, portanto, de suas convicções normativas” (ATIENZA, 2016, p. 241).

PRETENSÃO DE CORREÇÃO E MORAL

Conforme já asseverado, Alexy advoga no sentido de uma ligação conceitualmente necessária entre o direito e a moral, tendo em vista que em determinados casos – casos difíceis – não se faz possível uma solução adequada fundamentando-se exclusivamente em normas formalmente constituídas. Isto se deve a abertura do direito e a pretensão de correção, consubstanciada nos argumentos práticos (moral) e argumentos jurídicos (lei, princípios e precedentes).

Gabardo, Viana e Wasilewski consignam que “o desafio desse discurso é se fazer racional, qualidade necessária para que seja considerado correto.” (GABARDO, et al, 2020, p. 524). Dito de outra forma, existe uma identidade no discurso entre a racionalidade e a correção, sendo que a racionalidade é alcançada pela construção argumentativa, “procedimento que confere veracidade aos juízos de valor e de dever, objetivando-os.” (GABARDO, et al, 2020, p. 524). Assim estes autores entendem que Alexy “contesta a afirmação de que a necessidade de valorizações implicaria uma abertura indiscriminada para a incidência de convicções morais subjetivas.” (GABARDO, et al, 2020, p. 524).

Como já asseverado, o discurso jurídico se diferencia do discurso prático geral pela sua “pretensão de correção e por sua vinculação a um determinado ordenamento jurídico” (GABARDO, et al, 2020, p. 524) caracterizando-o como um discurso institucionalizado. Portanto, para Gabardo, Viana e Wasilewski, a “racionalidade e a universalidade são critérios que tornam legítimas e passíveis de controle a legislação e as decisões judiciais.” (GABARDO, et al, 2020, p. 524).

Streck sustenta que Alexy aceita a tese da “textura aberta” do direito apresentada por Hart em seu livro Conceito de Direito (HART, 2009) e a explora caracterizando-a como local onde necessariamente estão presentes argumentos morais do direito (STRECK. 2013, p. 349-350). Porém, diz Streck que, ao contrário do que Hart entendia, “para Alexy a dimensão de abertura era a porta de entrada, no interior do discurso jurídico, para elementos morais ou questões

de justiça presente naquilo que ele denomina discurso prático geral." (STRECK. 2013, p. 349-350).

Tais conclusões são possíveis, uma vez que a teoria de Alexy apresenta problemas referentes à natureza do direito, entre eles, a dimensão real e a dimensão ideal do direito.

De acordo com Streck

A primeira dimensão é representada pelos elementos da publicação/aplicação competente e eficácia social, dimensão em que estariam as relações entre direito e coerção, direito e procedimentos de institucionalização da criação e aplicação das normas e direito e aceitação. Esta última [dimensão ideal] relacionada intrinsecamente à segunda dimensão, na qual Alexy questiona justamente a relação entre direito e moral, afirmando que o *Direito necessariamente levanta uma pretensão de correção*, e essa pretensão compreende uma *pretensão de correção moral*. (STRECK, 2013, p. 350).

Assim, Alexy afirma, segundo Streck, que as razões exclusivamente de direito não serão utilizadas para decidir os casos difíceis, haja vista que o intérprete deve se utilizar da pretensão de correção, em ambos os níveis, pautando-se nas considerações de justiça que, por sua vez, pertencem ao conjunto de razões morais, "a moral prevaleceria para a tomada de tal decisão; o que faria emergir, segundo o autor [Alexy], uma concepção não positivista do direito." (STRECK. 2013, p. 350).

Desta forma, diante da insuficiência legal o direito engendra uma pretensão de correção que encontra fundamento e justificação nos elementos externos presentes no discurso prático geral – justiça – havendo uma "possibilidade de se controlar as decisões pelo fundamento de justiça que elas veiculam." (STRECK. 2013, p. 351).

Mas, e como é possível controlar uma decisão judicial que tenha como fundamento argumentos morais, ou seja, argumentos extrajurídicos? Ou ainda, como argumentos morais prescrevem argumentos discricionários?

MORAL E DISCRICIONARIEDADE

O modelo de regras, do positivismo, deu azo à discricionariedade no Direito. Isto quer dizer que quando não há uma regra a ser aplicada no caso, ao juiz é autorizado a utilizar sua discricionariedade para solucionar o litígio

(GURNISKI, 2020, p. 9). Segundo Marin e Fedrigo, a discricionariedade para as diversas vertentes do positivismo não é algo ruim, porquanto “constitui um signo inseparável do direito” (MARIN, et al, 2015, p. 71). Mas também

[...] a discricionariedade positivista é fruto da visão do modelo de regras, no qual os princípios não são levados a sério no processo interpretativo. Ainda que se invoque os princípios no exercício da atividade jurisdicional, haja vista sua positivação no ordenamento jurídico, são empregados e interpretados conforme as próprias luzes do julgador, numa invocação “conforme sua consciência” ou “conforme o bom senso”, revelando uma atitude arbitrária e decisionista sobre o que é o direito. (FERREIRA, 2017, p. 66).

Conforme STRECK, “é preciso compreender que a delegação em favor do juiz do ‘preenchimento’ da ‘zona de incerteza’ é uma institucionalização do positivismo que funciona como poder *arbitrário* no interior de uma *pretensa discricionariedade*.” (STRECK, 2013-a, p. 80). Alerta o autor que a aludida “zona de incerteza” pode ser apresentada como uma construção ideológica, majorando o espaço de incerteza.

Assim, temos um quadro em que a tese positivista, ao abrir ao magistrado a possibilidade de decidir determinados casos conforme sua consciência, seja pela lacuna ou zona de incerteza, seja pela interpretação discricionária de princípios, cria decisões arbitrárias, com fundamentos desconectados da integridade do direito, que sequer são passíveis de controle (GURNISKI, 2020, p. 9).

CHUEIRI e SAMPAIO afirmam que

Dworkin considera inadequada a resposta que o positivismo jurídico, especialmente o de Hart, fornece nos casos difíceis. Para o positivismo jurídico, nos casos difíceis o juiz teria um “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Isso significa que o juiz poderia legislar novos direitos jurídicos e aplicá-los retroativamente ao caso. (CHUEIRI, et al, 2012, p. 379).

Neste sentido, a discricionariedade judicial traduz-se na abertura criada pelo próprio sistema jurídico, para legitimar, de forma obscura, uma arbitrariedade cometida pelo Poder Judiciário (GURNISKI, 2020, p. 9). No entanto, deve-se esclarecer que, dizer que o intérprete sempre atribui sentido ao texto, segundo STRECK, “nem de longe pode significar a possibilidade de ele

estar autorizado a atribuir sentidos de forma discricionária/arbitrária, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma).” (STRECK, 2013-a, p. 81).

Portanto, a discricionariedade judicial legitimada pelo positivismo jurídico legaliza e legitima a arbitrariedade cometida pelos julgadores e, neste sentido, faz-se indispensável analisar se a tese da pretensão de correção de Alexy tem o condão de barrar essa discricionariedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fixadas as linhas conceituais gerais para a definição de casos difíceis, abordadas no presente artigo, citam-se:

i) Positivismo Jurídico – no positivismo jurídico verifica-se que as lacunas ou zonas de incerteza e as interpretações de princípios possibilitam a prolação de decisões discricionárias que têm fundamento na arbitrariedade do julgador. Tal proceder cria um problema consistente na impossibilidade de controle da decisão judicial e na invasão do Direito por condutas ligadas ao convencionalismo – direito é a lei – e ao pragmatismo – negação do direito até a decisão judicial (GURNISKI, 2020, p. 13).

ii) Teoria de Alexy – no intuito de conferir critérios aos argumentos a serem utilizados no preenchimento das lacunas ou zonas de incerteza e a interpretação de princípios, ou seja, aos casos difíceis, conferindo-lhes uma aparência de legitimidade e legalidade, Alexy propõe a tese de pretensão da correção do direito, que substancialmente se utilizaria do discurso prático geral (argumentos morais) com a finalidade de racionalizar e, segundo ele, limitar arbitrariedades contidas no positivismo jurídico.

Segundo Gabardo, Viana e Wasilewski, é “inevitável a aplicação de juízos de valor em complemento à lógica formal [do positivismo jurídico], mas isso não representa o abandono da objetividade do discurso.” (GABARDO, et al, 2020, p. 529). Para estes autores, “a pretensão de correção ou a ‘verdade’ na solução da controvérsia pode ser o resultado de um consenso transitório” (GABARDO, et al, 2020, p. 529), o que significaria dizer que esse consenso seria a forma de controle das decisões judiciais.

Ressalte-se, entretanto, que a teoria da argumentação alexiana, tese que mais tem sido utilizada na tentativa de solucionar os dilemas destes tempos pós-positivistas, não conseguiu fugir da discricionariedade, qual seja, do problema decorrente do subjetivismo (STRECK, 2013-a, p. 89). Referida conclusão é admitida pelo próprio Alexy quando consigna que

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário. (ALEXY, 2008, p. 379).

Assim, a partir dos recuos e avanços das teorias que procuram responder às questões do controle da interpretação do direito, problemática que, no dizer de STRECK, é “agravada pelo crescimento da jurisdição em relação à legislação” (STRECK, 2013-a, p. 89), a teoria de Alexy aponta que a interpretação será protagonizada pelo juiz e suas escolhas, evidenciando a discricionariedade.

Ainda, segundo o referido jurista, “Se aos princípios é possível *debitar* esse crescimento tensional, é igualmente neles que reside o modo de, ao mesmo tempo, preservar a autonomia do direito e a concretização da força normativa da Constituição” (STRECK, 2013-a, p. 89).

Do ponto de vista da aplicação do direito, Alexy oferece aos chamados casos difíceis, em que há colisão entre princípios devido a inexistência de regras, a aplicação do princípio da proporcionalidade que, em seu bojo, traz a ponderação para sopesar os princípios envolvidos no caso (STRECK, 2013-a, p. 47-48).

Contudo, diante do fato de que na tese de Alexy critérios racionais são usados para justificar a argumentação moral que penetra no sistema jurídico, analisa STRECK que

(...) frente à insuficiência do discurso jurídico para responder aos problemas do caso concreto, o aplicador pode se valer de argumentos do tipo prático geral que, embora filtrados por uma série de regras discursivas, admitem um espaço de abertura interpretativa que conduz à discricionariedade. (STRECK, 2013-a, p. 48).

O drama da discricionariedade aqui criticada é que esta transforma os juízes em legisladores e impossibilita o controle das decisões fato este que acaba por gerar conflitos com o princípio democrático. Isso enfraquece a autonomia do Direito conquistada no paradigma do Estado Democrático de Direito.

A discricionariedade viabiliza “o declínio do Direito em face da política, da economia e da moral” (STRECK, 2009, p. 75). Streck, ainda, ressalta que neste último caso, as teorias argumentativas, que apostam em discursos adjudicadores, buscam ‘corrigir’ as insuficiências do direito legislado. As diferentes posturas ligadas ao pragmatismo, ao subjetivismo e à discricionariedade desaguam inevitavelmente no contraponto do Estado Democrático de Direito, isto é, na autonomia do Direito (STRECK, 2009, p. 75). “Por isso, a evidente incompatibilidade entre os diversos positivismos e o constitucionalismo” (STRECK, 2009, p. 75).

Isto posto, “é possível dizer que, tanto o velho discricionarismo positivista, quanto o pragmatismo fundado no declínio do Direito, têm algo em comum: o déficit democrático.” (STRECK, 2009, p. 75).

Utilizar a moral, coletiva ou particular, como forma de correção do Direito traz para dentro do sistema jurídico a discricionariedade, ou seja, a moral de quem proferiu a decisão.

Cada princípio tem um DNA¹ específico que não pode ser violado por uma interpretação baseada em uma moral personalíssima. Não há uma moral universal. Da moral, utilizada como critério capaz de solver casos difíceis de aplicação do Direito, pode advir a discricionariedade capaz de subverter o sistema jurídico, ao destituir-lhe a capacidade do processo legal de discussão e formulação da lei/norma.

Não se está a dizer que a moral não é importante enquanto balizadora do desenvolvimento histórico-cultural-social, esse é seu *locus*. Contudo, não há que se inferir que ela seja fator de correção do direito a ser utilizada para a solução de casos difíceis.

¹ Essa ideia de DNA é por mim utilizada a partir dos ensinamentos do professor Lenio Luiz Streck.

Assim, o juiz não tem discricionariedade para se valer de argumentos morais visando resolver os casos difíceis. No entanto, isto não quer dizer que ele está proibido de interpretar, já que certamente deverá dar sentido ao sistema de regras e princípios delimitados em uma Constituição e conformados pelo Direito (STRECK, 2009, p. 77).

Moral não pode ser critério de julgamento ou de correção do direito, embora a moral tenha papel relevante para a institucionalização do Direito, vale dizer, como norte para a formação da legislação.

Assim, ao tempo em que apontam-se algumas fragilidades constantes da teoria de Alexy e com suporte nas ideias de Lenio Luiz STRECK, buscando superar a discricionariedade legitimada pelo positivismo jurídico, tem-se que o ideal interpretativo deve ser o postulado pelo direito como integridade de Ronald Dworkin², que busca encontrar a melhor interpretação das estruturas política e institucional e da doutrina jurídica de sua comunidade, consistente na busca de um conjunto de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas. Assim, os argumentos devem ser apresentados no conjunto do Direito.

Neste sentido, a busca da melhor interpretação do direito como integridade irá restringir as convicções pessoais, na medida em que a referida busca não se esgota apenas em textos e conceitos jurídicos isolados ou nas atitudes voluntaristas e arbitrárias dos julgadores, mas na comunidade de princípios que impõem limites às atitudes discricionárias. O Direito não está fora, mas dentro do próprio sistema de Direito que impede o julgador de decidir com fundamentos exógenos (GURNISKI, 2020, p. 13).

Assim, o princípio da integridade é salutar e caracteriza-se como vetor principiológico positivo³, uma vez que ele impossibilita que julgadores profiram

² Não cabe neste momento aprofundarmos a questão do Direito como integridade de Ronald Dworkin, pois não é o objeto do presente trabalho. Para melhor compreensão destaca-se o seguinte artigo de minha autoria: GURNISKI, Marcelo Fonseca. Integridade do Direito como meio de controle da discricionariedade judicial. **Anais da VII jornada de direitos fundamentais**. Fortaleza, v. 1, 2020. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Marcelo+Fonseca+Gurniski.pdf/ec5ee997-3613-4221-6607-f98bb3f1fa45>.

³ Conforme STRECK e MORBACH JR., “A coerência e a integridade são, assim, os vetores principiológicos do CPC. Em qualquer decisão judicial, a fundamentação deve respeitar a coerência e a integridade.” STRECK, Lenio Luiz; MORBACH JÚNIOR, Gilberto. Interpretação, integridade, império da lei: o direito como romance em cadeia. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, v. 20, n. 3. Pp. 47/66, set./dez. 2019. Disponível em:

decisões políticas e jurídicas que deixem de entender o direito como um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção, obrigando, da mesma forma, a interpretar o direito com fundamento no sistema de princípios que a comunidade adota, vedando as decisões que não o observem.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de: SILVA, Zilda Hutchinson Schild. São Paulo: Editora Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: DA SILVA, Virgílio A. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert; et al. **Dignidade humana, direito sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

APALATEGUI, José Manuel Cabra. Corrección y racionalidade em el discurso jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 3, pp. 133/159, set./dez. 2020. Disponível em:
<https://revistaelectronicafd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2119/671.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2020.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução de: CUPERTINO, Maria Cristina Guimarães. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

BLANCO, Carolina Souza Torres. **Racionalidade e correção da decisão jurídica em Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy**. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduação em Direito. São Paulo, 2014. Disponível em:
<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/6651/1/Carolina%20Souza%20Torres%20Blanco.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 16, n. 23, p. 367-391, 2012. Disponível em:
<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/572>. Acesso em: 10 jun. 2020.

<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitoegarantias/article/view/1795/pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020. p. 57.

FERREIRA, Josaldo Aparecido Batista. **O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma crítica à discricionariedade judicial a partir da teoria do Direito como integridade.** Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília. Pós-Graduação em Direito. Rio Branco, 2017. Disponível em:
https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/31105/1/2017_JosaldoAparecidoBatistaFerrreira.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

GABARDO, Emerson; VIANA, Ana Cristina Aguilar; WASILEWSKI, Dione J. Teoria da argumentação jurídica em confronto com o populismo judicial. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 12, n. 3, pp. 516/537, set./dez. 2020. Disponível em:
<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2020.123.12/60748313>. Acesso em: 20 jan. 2021.

GURNISKI, Marcelo Fonseca. Integridade do Direito como meio de controle da discricionariedade judicial. **Anais da VII jornada de direitos fundamentais**. Fortaleza, v. 1, 2020. Disponível em:
<https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Marcelo+Fonseca+Gurniski.pdf/ec5ee997-3613-4221-6607-f98bb3f1fa45>. Acesso em: 05. Dez. 2020.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de: CIPOLLA, Marcelo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Forense, 2009.

MARIN, Jeferson Dytz; FEDRIGO, Camila Paese. Decisão e argumentação em Alexy (limites aplicativos da teoria). Um freio à discricionariedade? **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 7, n. 1, pp. 70/79. jan./abr. 2015. Disponível em:
<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.07/4549>. Acesso em: 05 Dez. 2020.

PIRES, Teresinha Inês Teles. Decisão jurídica e integridade do direito na hermenêutica política de Ronald Dworkin. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 2, pp. 102/127, mai./ago. 2019. Disponível em:
<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1228>. Acesso em: 15 jul. 2020.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 1, n. 1, pp. 65/77. jan./jun. 2009. Disponível em:
<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137/2389>. Acesso em: 05 Dez. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grande problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, 2013, pp. 343/367, 2013. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944518017>. Acesso em: 20 jun. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; MORBACH JÚNIOR, Gilberto. Interpretação, integridade, império da lei: o direito como romance em cadeia. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, v. 20, n. 3. Pp. 47/66, set./dez. 2019. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitoegarantias/article/view/1795/pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Hermenêutica e teorias argumentativas: contraposição ou complementação. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 21, n. 3, pp. 909/939, set./dez. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/download/50536990/36._Hermeneutica_e_Teorias_Argumentativas_NEJ.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.