

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

HENRIQUE PADUAN ALVARES

PONDERAÇÃO OU “JEITINHO BRASILEIRO”?
DA INADEQUADA RECEPÇÃO NO BRASIL E A CRÍTICA PÓS-POSITIVISTA
AO MÉTODO PONDERATIVO.

RIO DE JANEIRO

2017

HENRIQUE PADUAN ALVARES

PONDERAÇÃO OU “JEITINHO BRASILEIRO”?

DA INADEQUADA RECEPÇÃO NO BRASIL E A CRÍTICA PÓS-POSITIVISTA
AO MÉTODO PONDERATIVO.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito

Professores Orientadores:

Dra. Maria Lúcia de Paula Oliveira e Dr. Paulo Roberto Mendonça Soares

RIO DE JANEIRO

2017

AGRADECIMENTOS

Dou graças a Deus por ter me sustentado em cada momento desse ciclo que se encerra. Tu és minha fortaleza, meu abrigo. Sem Seu amor, misericórdia e paz, eu nada seria.

Agradeço ao meu pai, Rogério, por todo o sacrifício feito para que o meu futuro fosse garantido. Jamais poderei retribuir tudo o que fizestes, só me resta ser profundamente grato e honrar-te todos os dias.

Agradeço à minha mãe, Sueli, por todo o amor, carinho e pelo acolhimento nos momentos de saudade. Seu amor materno me preenche e dou graças todos os dias pela vida da senhora.

Agradeço aos meus avós, Edson e Cléia, que são mais que avós. Sou grato por todo o cuidado e por me ensinarem o caminho reto a se trilhar.

Agradeço minha tia, Roberta, pelo acolhimento no Rio de Janeiro, por todas as conversas e por ser um exemplo de vida a ser seguido.

Não menos importante, agradeço a toda minha família, que é minha raiz e que levo por onde quer que eu vá.

Agradeço à Bianca, minha amável companheira, por todas as horas ao meu lado no desenvolvimento dos meus trabalhos, por aguentar os papos chatos e por revisar cada linha que escrevi.

Agradeço aos amigos feitos no Rio de Janeiro por todas as boas conversas e pelos momentos memoráveis que levarei por toda a vida.

Agradeço a todos os professores que tive nesses cinco anos, com vocês tive grandes ensinamentos e um incentivo à incessante busca pelo conhecimento.

***Ao meu avô, Edson, aquele que
me ensinou que a vida é dura
para quem é mole.***

E não vos conformeis com este século, mas transformai-vos pela renovação da vossa mente para que experimentais qual seja a boa, agradável e perfeita vontade de Deus. Rm 12.2

RESUMO

O presente trabalho tem como tema central o método da ponderação. Três são os questionamentos centrais. O primeiro trata-se do que é a ponderação no pensamento de Robert Alexy, com enfoque nos pressupostos que sustentam a teoria. O segundo questionamento refere-se à recepção da ponderação pela doutrina brasileira, a partir do movimento neoconstitucionalista. O enfoque da análise foi a teoria desenvolvida por Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso. Além da análise doutrinária, foram feitos breves comentários sobre a previsão da ponderação no Código de Processo Civil de 2015. De maneira crítica, pode-se pensar a ponderação trabalhada no Brasil como um jeitinho brasileiro. Por fim, o questionou-se quanto as alternativas pós-positivistas ao método ponderativo. A corrente pós-positivista trabalhada foi a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) elaborada por Lenio Streck. Para uma real compreensão do paradigma, alguns pressupostos filosóficos foram estudados, a partir da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Além das críticas hermenêuticas ao método ponderativo e às teorias da argumentação, expôs-se a teoria da decisão jurídica proposta por Lenio Streck.

Ponderação – neoconstitucionalismo – pós-positivismo – hermenêutica – jeitinho brasileiro

ABSTRACT

The present paper has as its central theme the weighting method. Three are the central questionings. The first questioning is about what is weighting in Robert Alexy's thought with the focus on the assumptions that underpin the theory. The second questioning refers to the reception of the weighting by the Brazilian doctrine, from the neoconstitutionalist movement. The focus of the analysis was the theory developed by Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso. In addition to the doctrinal analysis, brief comments were made about the forecast weighting in the Civil Procedure Code of 2015. In a critical way, it's possible to think about the weighting worked in Brazil as a "little way". Finally, it was questioned about the postpositivist alternatives to the weighting method. The postpositivist theory that was worked was the Hermeneutics' Criticism of Law (HCL) elaborated by Lenio Streck. For a real comprehension of the paradigm, some philosophical assumptions have been studied like Martin Heidegger's hermeneutic philosophy and Hans-Georg Gadamer's philosophical hermeneutics. In addition to the hermeneutic criticisms of the weighting method and the theories of argumentation, the theory of the juridical decision proposed by Lenio Streck was exposed.

Weighting – neoconstitutionalism – postpositivist – hermeneutic – little way

SUMÁRIO

Introdução.....	01
Capítulo 1. O que é “ponderação”? A teoria de Robert Alexy.....	04
1.1. Surgimento do método da ponderação.....	04
1.2. Teoria da Norma Jurídica: Entre princípios e regras.....	07
1.3. Máxima da proporcionalidade.....	24
1.4. Otimização e a Fórmula do Peso.....	27
Capítulo 2. Da recepção da ponderação no Brasil: ponderação ou jeitinho brasileiro?.....	33
2.1. Neoconstitucionalismo no Brasil.....	33
2.2. A ponderação na doutrina brasileira.....	38
2.2.1. O pensamento de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos.....	42
2.3. Breves notas sobre a recepção da ponderação pelo NCPD: O artigo 489, §2º.....	56
Capítulo 3. Há alternativas ao método da ponderação?.....	62
3.1. Teorias pós-positivistas: As críticas e alternativas à ponderação.....	62
3.1.1. O que é o pós-positivismo?.....	62
3.2. A Crítica Hermenêutica do Direito.....	71
3.2.1. Duas ideias fundamentais: Diferença ontológica e círculo hermenêutico.....	71
3.2.2. O que é pré-compreensão?.....	76
3.2.3. <i>Logos</i> apofânico X <i>logos</i> hermenêutico.....	80
3.2.4. O que são princípios?.....	81
3.2.5. Críticas hermenêuticas às Teorias da Argumentação.....	92
Conclusão.....	110
Referências Bibliográficas.....	114

INTRODUÇÃO

Ao tratarmos de Constitucionalismo e Princípios constitucionais, uma das palavras que certamente aparecerá será “ponderação”.

A Ponderação tem sido tratada como a solução para todos os problemas do Direito Constitucional e se tornou quase que um mantra para os autores e os magistrados do Brasil.

A todo momento repetem-se coisas como “Princípios são aplicados por meio da ponderação”, “A subsunção ficou no passado, agora temos a ponderação”, “Quando dois princípios colidem deve-se lançar mão da ponderação”.

Esse discurso vem sendo apresentado na maioria esmagadora dos cursos de Direito pelo Brasil a fora. Mas afinal, o que é essa tal de “ponderação”?

A ponderação não é tratada em toda sua complexidade, tanto nas faculdades de Direito quanto nos tribunais, sendo basicamente evocada como algo dado e irrefutável, sem que se conheça sua estrutura ou que se problematize a real necessidade do uso do método.

Entretanto, ponderação (ou sopesamento ¹) é um tema de grande controvérsia entre os juristas. Alguns encontram nela o meio para solução dos chamados casos difíceis, e outros a tratam como algo irracional e que busca mascarar decisionismos do intérprete.

Contudo, é inegável o seu impacto na Teoria do Direito Constitucional, e, cada vez mais, sua ampla utilização pelos tribunais no exercício da função jurisdicional.

O fortalecimento da jurisdição constitucional no pós-guerra e o desenvolvimento de uma teoria dos princípios, principalmente a desenvolvida por Robert Alexy, convergiram para o uso do método ponderativo para a solução de

¹No presente trabalho não se fará distinção entre os termos ponderação e sopesamento. Apesar do conhecimento do refinamento do termo, opta-se por utilizar os termos que são mais recorrentes na doutrina brasileira. Para se aprofundar na distinção, consultar: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 2014.

certos tipos de colisões normativas.

No Brasil, essas teorias têm sido recepcionadas acriticamente, sem qualquer observância dos fundamentos teóricos, servindo apenas como álibi para decisões meramente subjetivistas.

A grande preocupação de Alexy, com sua construção teórica sobre a ponderação, é a de torná-la um método racional, que possa ser controlável argumentativamente e que não afronte a Democracia.

Essa pretensão à racionalidade apenas poderá ser atendida caso seja observada a clareza metodológica do procedimento ponderativo e a fundamentação na argumentação jurídica.

Todavia, será que esse modo de racionalidade é mesmo o decisivo? Seria ele suficiente? Ou existiria algo mais originário? Será que existe um outro modo de compreendermos os princípios? E mais, faz sentido ainda falarmos em subsunções e ponderações?

A proposta deste trabalho é desvelar certos equívocos quanto ao método ponderativo em sua absorção pela doutrina brasileira e ressaltar os caminhos que devem ser percorridos para a sua correta utilização, nos moldes da teoria original. Além, o trabalho pretende alternativas à ponderação, como os aportes pós-positivistas da metódica estruturante de Friedrich Müller e, com mais enfoque, a Crítica Hermenêutica do Direito iniciada por Lenio Luiz Streck.

Trata-se de um combate ao “senso comum teórico”, que nada mais é do que o conjunto de crenças, valores e justificativas, legitimados mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de Direito, as associações profissionais e a administração pública (STRECK, 2012, p.188).

Assim, o trabalho está dividido em três partes ou três grandes questionamentos: 1) O que é a ponderação de Robert Alexy?; 2) A ponderação no Brasil nada mais é do que um jeitinho brasileiro?; 3) Existem alternativas à ponderação?

Devido à recepção da teoria dos princípios no Brasil e o forte sincretismo metodológico que distorce todas as bases teóricas daquilo que se importa, é necessário firmar certas premissas teóricas e esclarecer mal-entendidos. É o que pretende-se realizar, apresentando os pontos centrais de Robert Alexy, que como acima referido, deve ser considerado o grande pensador e defensor do

sopesamento.

Na sequência, será abordada a recepção da ponderação no Brasil, vista como uma das marcantes características do neoconstitucionalismo. Assim, o trabalho enfocará a teoria desenvolvida por Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso, dois expoentes ao tratarmos de ponderação no Brasil. Serão expostas as dissonâncias entre a proposta dos autores e a teoria do jurista alemão, bem como se analisará de maneira crítica, problematizando-se os principais pontos da teoria.

Além da importância para o debate acadêmico, após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, a temática relacionada à ponderação ganhou importância elevada, tendo em vista a inovação do código ao institucionalizar o método ponderativo no §2º do artigo 489.

O dispositivo legal será analisado, problematizando-se as dissonâncias estruturais frente à teoria de Robert Alexy, destacando-se a falta de clareza e confusão de conceitos do referido enunciado, que pode acabar por transformar a decisão judicial em simples artifícios para decisionismos.

Por fim, serão abordadas as alternativas pós-positivistas ao método da ponderação.

Inicialmente, será levantado o questionamento quanto ao que efetivamente é o pós-positivismo, para tanto, serão levantadas as influências da metódica estruturante do Direito de Friedrich Müller, jurista alemão que cunhou o termo “pós-positivismo”.

Na sequência, será tratada de maneira focada a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), na linha desenvolvida por Lenio Streck. Para tanto, será necessário apresentar alguns conceitos provindos da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.

De posse desses conceitos, será exposta a crítica hermenêutica das ideias das teorias da argumentação jurídica de Robert Alexy, revolvendo-se o conceito de princípio, a cisão entre princípio-regra, a presença inexorável da subsunção na teoria alexyana, a aposta no método e o reconhecimento da discricionariedade do intérprete.

Por última, será abordada a teoria da decisão jurídica desenvolvida por Lenio Streck que, observados todos os pressupostos da CHD, pode ser vista como uma opção frente aos modelos procedimentais das teorias da argumentação.

Capítulo 1. O que é “ponderação”? A teoria de Robert Alexy.

1.1. Surgimento do método da ponderação

Quando falamos em ponderação ou sopesamento, a imagem da balança vem à mente da grande maioria das pessoas, “sugerindo a possibilidade e a realidade de julgamentos exatos, objetivos, imparciais, independentes de qualquer outro fator que não sejam os eventos a serem ponderados para a solução precisa.” (BRANCO, 2009, p.04).

A ideia cotidiana do juízo de ponderação realizado por um juiz é a de que ele pesa os direitos e acaba por escolher o mais pesado. Ou a ideia de que pode balancear os conflitos entre os direitos e, ao final, encontrará um jeito de realizar um pouco de cada um deles, uma média de cada direito, satisfazendo as duas partes. Algo como uma decisão salomônica.

Todavia, o presente trabalho não irá abordar a ponderação a partir desse ponto de vista vulgar. Aqui trataremos de um método, que possui estrutura e finalidade bem definidas. Este método não tem nada a ver com soluções salomônicas ou balanças. Não trata-se de juízes “pegando” valores e escolhendo um deles. Aqui, a ponderação/sopesamento será abordada a partir de um quadro teórico específico, que é a teoria dos princípios de Robert Alexy.

Para tanto, será feita uma breve abordagem histórica do desenvolvimento do método ponderativo.

Além da ideia de juízo de justiça ou da ideia de balança, vista como um método, “a ponderação, como técnica de solução de conflitos no âmbito do Direito, foi concebida ainda na passagem do século XIX para o século XX.” (MEDINA, 2004, p. 43).

Tem-se que duas correntes foram responsáveis pela divulgação da ideia de ponderação, as denominadas jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores. Neste sentido, assinala Marcelo Borges de Mattos Medina:

No início do século XX, consideravam-se ponderáveis os interesses envolvidos nas lides forenses. Mais tarde, passou-se a entender como ponderáveis os bens jurídicos ou valores consagrados no ordenamento jurídico. Atualmente, prevalece o entendimento de que a ponderação é a técnica própria para resolver as colisões entre os princípios de Direito. (MEDINA, 2004, p. 43).

A primeira delas foi a denominada jurisprudência dos interesses, cujo maior destaque foi o jurista Philipp Heck. De maneira resumida, a jurisprudência dos interesses parte da “premissa de que a norma jurídica tem por finalidade resolver conflitos de interesses.” (STRECK, 2017, p. 111). Tais interesses conflituos conformariam tanto a atividade legislativa quanto a jurisdicional. Ou seja, o ponto principal desta corrente seria a “tutela de interesses”, uma vez que a lei é o resultado do conflito entre os interesses presentes na sociedade. O que implica na “necessidade de descobrir na história os interesses que levaram a edição da lei e considerá-los na decisão do caso concreto.” (STRECK, 2017, p. 112)

Assim, o julgador não faria apenas um procedimento de subsunção dos fatos à norma, pelo contrário, em seu ato decisório deveria levar em conta os interesses conflitantes em cada caso.

A teoria propagada por Heck pensou as insuficiências do pensamento lógico dedutivo puro, e propôs seu suprimento por meio de elementos intuitivos que o juiz perceberia na realidade social concreta. “Portanto, apenas um estudo sociológico da gênese dos interesses que levaram o legislador a criar a lei é que poderia preencher os espaços lacunosos dessa mesma lei.” (ABBOUD *et al.*, 2015, p.399).

E neste ponto, tal corrente desenvolveu um método para solucionar o conflito entre tais interesses. Assim, afirma Lenio Streck que “a jurisprudência dos interesses desenvolve um método que procura guiar a atividade criativa do intérprete/juiz: a ponderação (*Abwägung*) dos interesses em conflito. Bem antes de Alexy, registre-se.” (STRECK, 2017, p. 111).

Veja, aqui o intérprete irá reconstruir os argumentos e ponderar os interesses que resultaram na edição do texto legislativo, o que implicará na prevalência de um deles.

Esta teoria caracteriza-se por ter um apelo mais sociológico, vez que o que está em jogo nas decisões, tanto legislativas quanto jurisdicionais, são os interesses

captados da sociedade. Desse modo, “a composição dos conflitos exige que se faça uma “ponderação” (perspectiva metodológica que retornará na jurisprudência dos valores) para identificação do interesse que sociologicamente deve prevalecer.” (STRECK, 2017, p. 109). No mesmo sentido e, acentuando o caráter extra jurídico da ponderação, temos o seguinte ensinamento:

Na verdade, a ponderação tem raízes metajurídicas, mormente filosóficas, segundo Rodrigo Bornholdt “é fruto direto da jurisprudência dos interesses”. Entendidos os interesses como “desejos, exigências e suas tendências”, a satisfação dos interesses para maximização da felicidade. (ALCÂNTARA, 2010, p. 82)

De maneira a dar continuidade à jurisprudência dos interesses e, com o advento do chamado período pós-guerra, houve o surgimento da chamada jurisprudência dos valores, iniciada pelo Tribunal Constitucional Alemão.

A jurisprudência dos valores compreende a Constituição como uma ordem concreta de valores, ou seja, o Direito seria uma ordem positiva de valores. Assim:

A Lei Fundamental não é axiologicamente neutra, mas configura um sistema de valores que afeta todo o ordenamento jurídico e que enseja a obrigação de o Estado não apenas se abster de interferir no âmbito protegido pelos direitos fundamentais, como de também obrar positivamente, fomentando e concretizando tudo o que se preste para a realização máxima desses valores veiculados nas normas jusfundamentais. (BRANCO, 2009, p. 61)

Assim, seria sustentada um direito distinto da lei, por meio “da invocação de argumentos que permitissem ao tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade.” (STRECK, 2017, p. 115) Desse modo, no momento de decidir, o juiz irá se orientar a partir de valores, o que permitirá que se movimente além do texto da lei.

Cabe ressaltar que “a jurisprudência dos Valores pode ser considerada uma continuidade da Jurisprudência dos Interesses.” (STRECK, 2017, p. 117). A diferença está no caráter sociológico desta, com a ponderação dos interesses conflituosos, a atenção volta-se para os interesses que inspiraram a atividade legislativa, de modo que aquela possui uma característica axiológica, voltado para a identificação dos valores em questão. Desse modo, “na Jurisprudência dos Valores a atenção volta-se para o papel da atividade do juiz e valores que deve considerar na atividade jurisdicional.” (STRECK, 2017, p. 117).

Ou seja, “o polo da discussão é deslocado para a atividade jurisdicional e o principal problema a ser enfrentado é a fundamentação da decisão final.” (ABBOUD *et al.*, 2015, p.399). O foco é orientar a decisão judicial conforme os valores que fundam o convívio social.

Nesta corrente, a ponderação tem por objeto os valores conflituosos da sociedade. Assim:

em Larenz, e nos demais partidários da jurisprudência dos valores que tratam do problema da ponderação, essa questão diz respeito a uma ponderação da colisão normativa em caso orientada por uma pauta valorativa. (ABBOUD *et al.*, 2015, p.403).

Todavia, tal escolha dos valores levados em conta no momento decisório não possuía um procedimento que tornasse racional o resultado obtido. Neste ponto surge a teoria de Robert Alexy, que busca racionalizar a Jurisprudência dos Valores.

Na sequência, passaremos a abordar a teoria desenvolvida por Robert Alexy.

1.2. Teoria da Norma Jurídica: Entre princípios e regras

Antes de se aprofundar no método da ponderação, é necessário compreender-se o objeto da ponderação e como o intérprete do Direito pode identificá-lo.

Passaremos a analisar a posição defendida por Robert Alexy, para quem o conceito de norma é fundamental para a Ciência do Direito, e que tal definição implicará decisões quanto ao objeto e método da disciplina. O autor não pretende exaurir a discussão em torno do conceito, e sim, trata de formular um conceito que apresente solidez para constituir a base de sua teoria, e, ao mesmo tempo, possa abarcar as respostas aos problemas decorrentes do conceito de norma.

Alexy aposta no modelo semântico da Norma Jurídica. Neste modelo, existe uma “diferenciação entre norma e enunciado normativo” (ALEXY, 2014, p.53). Assim, a norma jurídica seria o significado de um enunciado normativo (ALEXY, 2014, p. 54). Seria possível, pois, expressar a mesma norma por meio de diferentes enunciados normativos. Normas seriam “um conteúdo de significado que inclui uma

modalidade deôntica” (ALEXY, 2014, p. 56). Aqui, entende-se as modalidades deônticas básicas como as do “dever”, “proibição” e de “permissão”.

Veja, o conceito de norma jurídica para Alexy se aproxima muito do defendido por Hans Kelsen. Em verdade, o próprio jurista alemão afirma isso. Os dois autores se utilizam do conceito semântico de norma. Trata-se, pois, de um esquema de interpretação, algo transcendental, um *a priori*, que se faz necessário a ciência jurídica. “Alexy mantém o conceito de norma de Kelsen, porém substitui seu conceito de interpretação pelo conceito de argumentação racional baseada no discurso prático.” (OLIVEIRA, 2008, p. 194).

Aqui, também há uma aproximação do autor à Norberto Bobbio, que, por um ponto de vista formal, adota a ideia de norma como proposição, que é “um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade.” (BOBBIO, 2012, p. 74).

Assim, para o autor italiano, dizer que uma norma é uma proposição, quer dizer que é um conjunto de palavras que possui um significado. “O que interessa ao jurista, quando interpreta uma lei, é o seu significado” (BOBBIO, 2012, p. 76). Ora, nítida a aproximação entre os autores, para quem, a norma é o significado de um conjunto de palavras, ou seja, um enunciado normativo.

É nítido o esforço do autor em afastar o conceito semântico de norma de qualquer critério de validade da norma. Busca-se uma teoria que se encaixe em qualquer critério utilizado para determinar a validade de determinada norma. Trata-se de um conceito que se refere ao direito positivo, não suportando ideias jusnaturalistas.

Alexy alerta para a diferença de níveis entre o enunciado e a norma. O conceito de norma seria primário em relação ao enunciado. Assim, dever-se-ia desenvolver critérios para a identificação das normas nos níveis das normas, não dos enunciados, auxiliados pelas modalidades deônticas.

Tratando dos enunciados, Robert Alexy busca diferenciar a ideia de enunciado normativo e enunciado deôntico. Este último corresponderia aos enunciados formulados por expressões deônticas. As expressões básicas seriam “permitido”, “proibido” e “devem”. Afirma que “nem todo enunciado normativo é um

enunciado deôntico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico” (ALEXY, 2014, p. 57).

Enunciado normativo seria o texto, aquilo que expressa que algo deve ser, mostra-se, pois, que as normas jurídicas não surgem do nada, seriam elas referidas e dependes dos textos.

Todavia, parece que Alexy em alguns momentos identifica a norma com seu texto, ao afirmar que “o ideal do Estado de Direito é mais respeitado se se distingue claramente entre aquilo que o legislador impôs como norma e aquilo que um intérprete apresenta como razões para uma determinada interpretação que por meio de uma fidelidade à lei construída a partir de uma dada definição do conceito de norma.” (ALEXY, 2014, p.82). Veja, o autor, ao tratar das normas, busca afastar a interpretação de seu conceito.

Aqui, cabe esclarecer uma das confusões que hodiernamente vem sendo propagadas pelos livros de direito. Abordaremos brevemente as diferenças entre a teoria da norma na teoria de Robert Alexy e de Friedrich Muller.

A teoria de Friedrich Muller será analisada com mais vagar no último capítulo, todavia, cabe elencar alguns pontos nesse momento. O autor não comunga com o conceito semântico de norma jurídica, em verdade, entende a norma apenas em sua concretude. O texto possui um papel importante para delimitar o âmbito da norma, todavia, a normatividade não estaria no próprio texto. Assim ensina o jurista:

O texto da norma não “contém a normatividade e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro. (MULLER, p. 57, 2010).

Friedrich Muller entende haver uma distinção entre o texto da norma e a própria norma.

A norma possuiria dois elementos, o “programa da norma” e o “âmbito da norma”. O programa seria o teor literal do texto da norma. Já o “âmbito da norma” seria o “recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma “escolheu para si ou em parte criou para si como âmbito de regulação” (MULLER, p. 58, 2010). Não há relação de hierarquia entre estes dois elementos.

Note-se que aquilo que Friedrich Muller compreende como “programa da norma”, na teoria de Alexy, corresponde à norma em si. O seguinte trecho ilustra bem tal diferença:

Aquilo que aqui é chamado de “disposição de direito fundamental” corresponde àquilo que Müller chama de “texto”, e aquilo que aqui leva o nome de “norma” corresponde àquilo que Müller chama de “programa normativo”. O conceito central da teoria normativa de Müller, o âmbito normativo, não tem lugar aqui. (ALEXY, 2014, p. 78)

Assim, para Friedrich Muller, a norma jurídica não pode ser entendida apenas em sua dimensão semântica. A norma jurídica é o resultado da relação entre o “programa normativo” e o “âmbito normativo. Já para Alexy, a norma seria apenas aquilo que se extrai do enunciado normativo, sem levar em conta aquilo que está sendo regulado, ou seja a realidade subjacente ao texto.

Para contrapor sua teoria à de Müller, Robert Alexy diferencia minuciosamente o conceito de norma, o conceito de relevância normativa e o conceito de fundamento da norma.

Assim, seria normativamente relevante tudo “aquilo que pode ser corretamente apresentado como argumento a favor ou contra uma decisão jurídica” (ALEXY, 2014, p. 81). Desse modo, como as normas são utilizadas para fundamentar as decisões jurídicas, então, “todas as normas jurídicas são normativamente relevantes” (ALEXY, 2014, p. 81). Todavia, não seria correto afirmar uma coincidência absoluta entre o que é normativamente relevante e as normas jurídicas ou parte delas.

Entretanto, cabe a ressalva de que “Müller pretende incluir no conceito de norma somente os elementos ligados ao âmbito normativo, e não todo e qualquer argumento possível na argumentação jurídica.” (ALEXY, 2014, p. 82). Nem tudo que é argumentativamente relevante para a decisão estaria incluso no conceito de norma jurídica.

Além disso, Alexy busca diferenciar as razões que sustentam uma norma e a própria norma. Para o autor, não haveria uma identidade entre o fundamento argumentativo da norma e a norma em si. A norma, que é o objeto, seria autônoma em relação às razões que a sustentam. Há diferenças entre o “critério para se decidir” e o “próprio objeto”.

Assim, Alexy rejeita a inclusão da “realidade” (os elementos ligados ao “âmbito normativo”) do conceito de norma, que seria apenas voltado ao enunciado normativo e sua dimensão semântica.

Prosseguindo na teoria da norma jurídica de Robert Alexy, há que se tratar daquilo que já virou um clássico na tradição constitucionalista. Trata-se da diferença entre princípios e regras.

Para Alexy, norma jurídica seria o gênero, já os princípios e as regras seriam as espécies. Logo, tanto princípio, quanto regras, são normas, “por que ambos dizem o que deve ser” (ALEXY, 2014, p. 87). Há aqui um “dualismo ontológico-normativo da Teoria dos Princípios” (POSCHER, 2016, p. 65) desenvolvida por Alexy.

Com efeito, por serem normas, são a dimensão semântica de certo enunciado normativo (texto). Assim, princípios e regras não surgem do nada, eles advêm de um enunciado normativo, daquilo que está positivado.

Cabe ressaltar que, ao tratarmos da teoria dos princípios de Robert Alexy, não estamos a falar dos princípios na óptica tradicional, ou como afirma Poscher, na “multicolorida variedade de princípios jurídicos no seu sentido tradicional.” (POSCHER, 2016, p. 65). O autor afirma que a teoria de Alexy acabou por refinar a discussão tradicional sobre princípios jurídicos em um dualismo teórico-jurídico, decompondo o conjunto normativo dos juristas em dois tipos de normas, ou seja, “em regras de submissão imediata e um tipo específico de princípios, que expressariam um “dever ser ideal” (*idealen Sollens*) e que se expressariam em um dever ser real (*realen Sollen*) na forma dos mandados de otimização.”. (POSCHER, 2016, p. 66)

Assim, Robert Alexy afirma que:

as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. (ALEXY, 2014, p.91)

De maneira distinta de Dworkin, Robert Alexy não entende que as regras seriam aplicadas no modo do “tudo ou nada”, ou de que seria possível determinar

taxativamente as exceções da regra, ou seja, de que a regra já traria suas próprias exceções. Assim, afirma Marcelo Neves:

Alexy critica a tese de que as regras são aplicadas à maneira do “tudo ou nada”, com base no argumento de que, nas ordens jurídicas modernas, as exceções às regras não são suscetíveis de enumeração taxativa, inclusive em teoria. (NEVES, 2014, p.63)

Tal discussão é bem esclarecida pelo professor brasileiro no seguinte trecho:

A diferença restringe-se basicamente a determinar se, ao menos teoricamente, todas as exceções de uma regra podem ser arroladas e fazer parte do enunciado completo dessa regra (Dworkin), ou se as exceções não são numeráveis, nem mesmo em teoria, e não fazem parte da regra, mas apenas poderá restringir o seu significado definitivo em um caso concreto (Alexy). Determinadas as exceções que são relevantes ou a inexistência delas, não há diferença em afirmar que as regras como razões definitivas aplicam-se à maneira do tudo-ou-nada e dizer que elas são necessariamente satisfeitas ou não satisfeitas. A binariedade está presente nas duas formulações. (NEVES, 2014, p. 77)

Desse modo, “Alexy acrescenta que uma regra perderá o seu caráter definitivo para a decisão de um caso, quando se considerar a possibilidade de introduzir uma cláusula de exceção para que se tome essa decisão.” (NEVES, 2014, p.67) Ou seja, a exceção será determinada após o processo de concretização da regra, o que fará com que o mandamento definitivo não mais seja aplicável naquela hipótese fática.

Já os princípios seriam:

normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2014, p. 90)

Ao conceituar-se princípios como mandamentos de otimização, nada está-se a falar da fundamentalidade da norma, ou seja, rompe-se com a ideia tradicional de princípio, entendido como mandamento nuclear de um sistema jurídico. Assim, “uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa* e não de sua fundamentalidade.” (SILVA, 2003, p. 613)

Note-se, “otimização significa a relativização das consequências jurídicas da norma em face das possibilidades fáticas e jurídicas” (POSCHER, 2016, p. 67). Aquilo que é ordenado será relativizado, por meio do método ponderativo, aquilo que é deontológico será cumprido de maneira parcial.

Cabe ressaltar que, na teoria alexyana, princípios não são valores. Apesar do autor defender que princípios e valores apresentam características muito próximas, as duas categorias não são idênticas.

Valores estão relacionados àquilo que é bom, já os princípios são relacionados ao que é devido. Assim, ao Direito importa aquilo que deve ser, ou seja, é deontológico. Não podemos confundir os dois. Neste sentido, afirma o jurista alemão:

Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo. (ALEXY, 2014, p.153)

Além disso, a diferença entre princípios e regras está na característica do mandamento de cada espécie normativa. Assim, regras seriam mandamentos definitivos, ou seja, determinam algo que será definitivamente realizado. Já os princípios seriam mandamentos *prima facie*, ou seja, determinam algo que “à primeira vista” deve-ser realizado, mas que só será definitivamente determinado após o procedimento de otimização. Assim, afirma Robert Alexy:

Se uma regra é uma razão para um determinado juízo concreto – o que ocorre quando ela é válida, aplicável e infensa a exceções –, então, ela é uma *razão definitiva*. Se o juízo concreto de dever-ser tem como conteúdo a definição de que alguém tem determinado direito, então esse direito é um *direito definitivo*. Princípios são, ao contrário, sempre razões *prima facie*. Isoladamente considerados, eles estabelecem apenas direitos *prima facie*. (ALEXY, 2014, p. 108)

De maneira precisa, ensina Virgílio Afonso da Silva:

A característica que distingue princípios e regras não é a existência de uma “consequência determinada” ou de “vagueza”, A diferença é de outra natureza: regras expressam deveres definitivos, enquanto princípios expressam deveres *prima facie*. (SILVA, 2003, p. 619)

A ideia dos princípios como mandados de otimização passou a sofrer inúmeras críticas doutrinárias. Uma das críticas mais incisivas é a de que todas as normas necessitariam passar por um processo de otimização, entendido como a consideração das circunstâncias fáticas e jurídicas. Assim, até mesmo as regras seriam otimizadas, o que faria inútil a distinção entre regras e princípios preconizadas pelo autor.

Rebatendo tal crítica, Robert Alexy precisa sua teoria dos princípios definindo-os “como “mandamentos a serem otimizados”, que seriam, pois, “objetos da ponderação”, ou seja, estariam no “nível do objeto” da otimização, não no “metanível” em que esta é prescrita.” (NEVES, 2014, p. 71). Desse modo, os princípios passaram a ser entendidos como “dever-ser ideal” e as regras como “dever-ser real”.

Princípios seriam sempre razões *prima facie*, ou seja, determinariam algo apenas à primeira vista, podendo este algo ser ou não confirmado posteriormente. Já as regras são razões definitivas. Ou seja, “princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas.”. (ALEXY, 2014, P.106)

O *locus* dos princípios seria o da indeterminação, um dever-ser ideal, em que há espaço para muita coisa. Ou seja, os princípios abrem a interpretação, são caracterizados pela expansão do campo de atuação. Contudo, há um movimento de transição para o modo de mandamento definitivo, em direção ao dever-ser real, por meio da atribuição de peso aos princípios colidentes. Alexy deixa claro tal fenômeno na seguinte afirmação:

Mais importante que a referência a essa diversidade é a constatação acerca de sua indeterminação. No espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa. Esse mundo pode ser chamado de um mundo do dever-ser ideal. Colisões ou, para empregar algumas expressões frequentemente utilizadas, tensões, conflitos e antinomias surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real. Neste ponto passam a ser inevitáveis as decisões acerca do peso dos princípios colidentes, ou seja, da fixação de relações de preferência. (ALEXY, 2014, p. 139)

Assim, “regras e princípios são apresentados como razões ou fundamentos para normas, sejam essas universais (gerais-abstratas) ou individuais (juízos

concretos de dever-ser)” (NEVES, 2014, p. 68), ou seja, apenas de maneira indireta regras e princípios são razões ou fundamentos para ações. Neste sentido, afirma Alexy:

Regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem também ser razões para decisões concretas. (...) De outro lado, princípios podem também ser razões para decisões, isto é, para juízos concretos de dever-ser. (ALEXY, 2014, p. 107)

Cabe ressaltar que, inicialmente, a teoria dos princípios de Robert Alexy fora construída tendo por referencial os direitos fundamentais. Todavia, com o desenvolvimento desta construção teórica e seu refinamento, a proposta foi alargada, passando a fazer parte propriamente da Teoria do Direito. Neste sentido, afirma Ralf Poscher que:

a Teoria dos Princípios progrediu para a formulação de uma Teoria Geral do Direito que empreendeu, a partir da apreensão do caráter e do modo de funcionamento de princípios, uma compreensão para as áreas e questões mais diversas do Direito e para a compreensão do Direito em geral. (POSCHER, 2016, p. 64)

A teoria dos princípios, que estava ligada à teoria dos direitos fundamentais, e delimitada à realidade alemã espalhou-se pelo mundo e passou a ser universalizado. Marcelo Neves aborda de maneira acertada tal fenômeno:

Embora se possa verificar tratar-se de um modelo relacionado a *uma* reconstrução de *uma* experiência jurídica de um determinado país em momento específico de seu desenvolvimento constitucional, a sua recepção ultrapassou fronteiras, pretendendo-se dar um caráter de “universalidade” ou racionalidade “universal” à concepção principiológica de Alexy, como se fosse imediatamente válida para toda e qualquer ordem jurídica de Estado constitucional. (NEVES, 2014, p. 63)

A característica principal para a distinção entre as duas espécies de normas seria o modo de resolução dos conflitos normativos, ou, “especialmente na *performance* de colisão.” (POSCHER, 2016, p. 64)

O conflito entre regras, conforme Alexy, somente poderia ser solucionado caso fosse introduzida, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine a contradição, ou com a declaração da invalidade de uma das regras. Trata-se, pois, de uma decisão quanto a validade da norma.

Assim, em um conflito entre regras, quando não seja possível a introdução de cláusula de exceção para eliminar a contradição, necessário seria declarar a invalidez de uma das regras. O conflito entre regras reclama uma decisão sobre a validade da norma.

Todavia, em relação aos princípios, havendo uma colisão entre essas espécies normativas, será necessário que um deles ceda. “Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.” (ALEXY, 2014, p. 93). Desse modo, ocorrerá a precedência de um dos princípios frente ao outro, sob certas condições.

Assim, afirma Alexy que:

Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. (ALEXY, 2014, p. 94)

Tal ideia restou bem sintetizada nas palavras de Ralf Poscher, ao afirmar que:

no caso de colisão de princípios a sua validade permaneceria intocada, uma vez que eles possuiriam uma pretensão de eficácia *prima facie* e os casos de colisão seriam concretizados em uma regra definitiva apenas através otimização por ponderação (*optimierende Abwägung*) em um caso específico. (POSCHER, 2016, p. 64)

Aqui, cabe esclarecer um ponto pouco abordado pela doutrina brasileira. O principal critério utilizado por Alexy para sustentar a cisão entre princípios e regras é o modo pelo qual se resolvem os conflitos/colisões entre as normas, bem como de sua aplicação. Assim, diferentemente das regras, os princípios entrem em colisão constante entre si. Ora, por que os princípios estariam sempre em colisão?

Na teoria de Robert Alexy, os princípios são entendidos como mandamentos de otimização, portanto, eles tendem a se expandir e, devido a tal tendência expansiva, acabariam por estar em constante colisão.

Ao abordar tal ideia, Virgílio Afonso da Silva afirma que a colisão entre os princípios estaria relacionada à compreensão de Alexy quanto ao suporte fático de tais normas. Neste sentido, afirma o professor paulista:

Alexy defende a tese de que os direitos fundamentais têm um suporte fático amplo. Isso significa, principalmente, que toda situação que possui alguma característica que, isoladamente considerada, poderia ser subsumida à hipótese de incidência de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu suporte fático, independentemente da consideração de outras variáveis. (SILVA, 2010, p. 138)

O termo suporte fático não é muito comum na doutrina brasileira, aparecendo em ramos do direito como o direito penal e o tributário, com a nomenclatura de tipo e fato gerador, respectivamente. Todavia, de maneira simples, o suporte fático de uma norma pode ser compreendido como a “condição para que a sua consequência possa ocorrer.” (SILVA, 2006, p. 29). Assim, em síntese, “tanto aquilo que é protegido (*âmbito de proteção*), como aquilo contra o qual é protegido (*intervenção*, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais.” (SILVA, 2006, p. 30)

Veja-se, a teoria alexyana parte da premissa de que, por serem mandamentos de otimização e normas *prima facie*, todas as possíveis situações fáticas que podem desencadear a consequência jurídica ou o comando/determinação da norma deverá ser levada em conta, o que acaba por gerar colisões permanentes entre princípios, que apenas serão resolvidas por meio da precedência condicionada de um deles.

Tal ideia de expansão dos princípios e colisão constante restou bem sintetizada nas palavras de Riccardo Guastini, ao afirmar que “Antes, segundo alguns autores, todo princípio está, por definição e, portanto, necessariamente, em conflito com outros princípios: o estar em conflito com outros princípios seria um traço definidor do próprio conceito de princípio.” (GUASTINI, p. 169).

Assim, no caso concreto, os princípios colidentes possuem pesos distintos e aqueles com o maior peso terá precedência, sem que os outros princípios sejam declarados inválidos. Afirma Alexy que “a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.”. (ALEXY, 2014, p. 96)

E complementa o autor consignando que “sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.”. (ALEXY, 2014, p. 96)

O autor alemão conclui afirmando que “de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de precedência decorre uma regra.” (ALEXY, 2014, p. 96). Veja, da colisão entre os princípios, será estabelecida uma relação de precedência, conforme as condições do caso concreto, e dessa precedência exsurdirá uma regra que será aplicada por subsunção.

Ainda tratando das colisões e conflitos, um questionamento que pode surgir trata-se de uma colisão entre princípios e regras. Para Alexy, neste caso, a regra deve prevalecer, tendo em vista os princípios formais que a sustentam. Princípios formais são aqueles que “exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada.” (ALEXY, 2015, p.13). Assim, arremata Alexy:

Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. (...) Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios.. (ALEXY, 2014, p. 140)

De maneira acertada estão os comentários de Marcelo Neves sobre o referido conflito, ao afirmar que a regra é superada apenas com a superação dos princípios formais que a sustentam. Neste sentido:

Para que uma regra seja superada nessas condições, é necessário que sejam superados os princípios (formais) que obrigam o cumprimento das regras criadas pelas autoridades legitimadas para tanto e proíbem atitudes que se desviem, sem fundamento, de uma prática reiterada.. (NEVES, 2014, p.67)

Note-se que o parâmetro aplicativo do Direito continua a ser a subsunção. Em um primeiro momento, a norma que não pode ser subsumida não é um mandamento definitivo e, portanto, será considerada um princípio, que deve passar por um “processo de refinamento” para que possa ser aplicado. E, neste segundo momento, após o sopesamento, o princípio fundamenta uma regra que, agora sim, poderá ser subsumida ao caso. A subsunção é peça chave para a compreensão da teoria dos princípios de Alexy, tanto é que Ralf Poscher afirma que “according to Alexy’s principles theory, all legal norms that cannot always be applied by mere subsumption should be considered arguments with the structure of the optimization requirement.” (POSCHER, 2009, p. 33). Assim tudo aquilo que não é subsumível trata-se de um mandado de otimização.

Ressalte-se, a partir da lei de colisão, Alexy constata que não é possível estabelecer-se uma relação de precedência de maneira abstrata, tal relação apenas se dá a partir do caso concreto, tanto é que Alexy enuncia uma relação de precedência condicionada. Neste sentido, afirma Wilson Steinmetz:

Como se vê, a precedência de um dos princípios resulta da consideração das condições – leia-se: “circunstâncias do caso” – sob as quais e em razão das quais há a precedência. São essas condições que determinam, no caso concreto, qual é o peso de cada princípio. (STEINMETZ, 2005, p. 35)

Robert Alexy formula a seguinte lei sobre as relações de preferências condicionadas e regras:

As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. (ALEXY, 2014, p. 99)

Desse modo, do sopesamento resultará uma norma atribuída, cuja estrutura será de regra e que será subsumida ao caso concreto. Normas atribuídas são aquelas que a atribuição é possível por meio de uma correta fundamentação referida aos enunciados normativos.

Todavia, “a regra de precedência descreve o resultado de uma ponderação; contudo, não descreve o processo intelectual da ponderação.” (STEINMETZ, 2005, p. 35). A estruturação do método em si será abordada nos capítulos seguintes.

Aqui, cabe ressaltar que, na teoria alexyana, o princípio não será aplicável diretamente ao caso concreto. Não será o princípio a norma que resolverá o caso, pelo contrário, o princípio fundamentará uma regra que será subsumida ao caso concreto. “Alexy, a rigor, admite que os princípios só podem ser razões diretas de regras e, por intermédio destas, razões indiretas de juízos concretos de dever-ser” (NEVES, 2014, p. 69). Nesta mesma direção, temos a seguinte lição:

Ou seja, não há em Alexy, propriamente, uma aplicação de princípios – nos termos das tradicionais teorias semânticas da interpretação jurídica – mas somente aplicação de regras, visto que do procedimento da ponderação – que opõe dois princípios em conflito – resulta uma regra que será efetivamente subsumida ao caso concreto.” (ABBOUD *et al.*, 2015, p.455).

Os princípios não são razões definitivas como as regras. Neste sentido, ensina Alexy:

Decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas. (ALEXY, 2014, p. 108)

De maneira próxima, Riccardo Guastini afirma que “concretizar um princípio, por sua vez, significa usá-lo como premissa em um raciocínio cuja conclusão de uma regra: uma “nova” regra, até este momento não expressa.” (GUASTINI, p. 165). Na linguagem de Robert Alexy, tal “nova” regra deve ser compreendida como a norma atribuída, que será o resultado do sopesamento.

Veja, o sopesamento não se trata de equilibrar dois princípios colidentes de modo que os dois possam ser aplicados ao caso. Não se trata de fazer uma média entre os princípios. Em verdade, um princípio irá prevalecer, será formulada uma regra a ser subsumida ao caso concreto, contudo, o outro princípio não perderá a validade, apenas não será aplicado ao caso. Neste ponto, temos os ensinamentos de Riccardo Guastini:

A ponderação, portanto, não é propriamente uma “conciliação”. Não consiste no “pôr de acordo”, como por vezes se diz, os dois princípios em conflito, ou no encontrar um ponto de “equilíbrio”, ou uma “via mediana” entre esses. Não consiste na aplicação e no sacrifício parcial de ambos. Um dos dois princípios é aplicado, o outro é momentaneamente deixado de lado, não aplicado. (GUASTINI, p. 172)

Assim, pensar em sopesamento/ponderação é pensar em uma ordem ou relação de preferência entre os princípios colidentes, todavia, tal relação de preferência se dá de maneira fundamentada, e não pela vontade do intérprete. Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva afirma que:

É claro que sopesamentos necessariamente implicam relações de preferências (“algo é preferível a outra coisa”), mas – e isso constituiu o que aqui se chama de aspecto metodológico – essas relações de preferência têm que ser fundamentadas, o que implica a fixação de um escalonamento na relação entre a restrição de um direito e realização de outro. (SILVA, 2011, p. 368)

Trata-se, pois, de hierarquizar os princípios colidentes, tanto é que para Riccardo Guastini, “a ponderação consiste no estabelecer entre os dois princípios

em conflito uma hierarquia axiológica móvel” (GUASTINI, p. 171). Trata-se de uma hierarquia axiológica pois o juiz/intérprete irá estabelecer uma relação de valor, ou seja, um juízo de valor comparativo, em que se atribuirá um peso/importância maior a um princípio em relação a outro.

Em sentido contrário, afirma Gilmar Ferreira Mendes:

Tal como ressaltado, no processo de ponderação não se atribui primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. (MENDES, 2012, p.95)

Não podemos concordar com o supra citado autor, vez que, como já demonstrado, da colisão entre os princípios, resolvida pela ponderação, resultará uma regra de prevalência de um dos princípios sob determinadas condicionantes do caso concreto. Não há uma acomodação entre os princípios, mas uma prevalência de um deles. O que, contudo, não resulta na perda de validade daquele não prevalente.

Por fim, cabe apontar um ponto de grande confusão quando tratamos de princípios. Muitos autores buscam aproximar as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Alguns afirmam que as duas teorias seriam a mesma coisa, como pode ser observado no seguinte trecho:

Analisando de forma percuciente a teoria normativa-material (*normative-materiale theorie*), infere-se que a distinção entre regras e princípios instituída por Robert Alexy, na essência, é a mesma de Dworkin, *id est*, conjugam as duas modalidades debaixo do conceito de normas. (RIBEIRO, 2013, p. 170)

Não se pode concordar com tal assertiva. Apesar de Robert Alexy pretender refinar a ideia de princípio de Dworkin, os autores falam a partir de paradigmas distintos, o que resulta em soluções distintas. Serão abordados dois pontos de distanciamento dos dois autores e que justificam a afirmação de que não podemos tomar as duas teorias como idênticas.

De início, deve-se notar que não existe uma identidade quanto aquilo que Alexy e Dworkin compreendem como norma e quais suas espécies.

Como já afirmado, Alexy afirma que norma seria o gênero com duas espécies, princípios e regras. Tal entendimento não pode ser transferido para a teoria do jurista norte-americano. Em Dworkin, não podemos falar em norma como um gênero. Por estar imerso na tradição do *common law*, aquilo que Alexy compreende como norma, para Dworkin equivaleria a ideia de *rule*.

Assim, Dworkin fala de três padrões normativos, “rules, principles e policies”.

Assim, o jurista compreende as “polícies”, algo como “políticas” ou políticas públicas, como algo teleológico, standards que determinam uma meta/objetivo a ser alcançado. Neste ponto, afirma Dworkin:

I call ‘policy’ that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally for the improvement in some economic, political, or social feature of the Community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change). (DWORKIN, 1978, p. 22)

Já os princípios, e aqui tem-se uma grande diferença entre os autores em análise, para Dworkin, seriam padrões que são observados não por razões finalísticas ou qualquer benefício, mas por ser uma demanda de justiça ou equidade, ou outra dimensão da moralidade. Nas palavras de Ronald Dworkin:

I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure some economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality. (DWORKIN, 1978, p. 22)

Desse modo, “o princípio não é a justiça ou a equidade ou outra dimensão ética moral, mas algo que decorre dessas entidades que nascem antes de mais na esfera ética.” (CUNHA, 2013, p. 714).

Os princípios estariam ligados à moralidade de certa comunidade política. Diferentemente da tradição continental, o princípio não necessita estar inscrito em um texto legislado. Em verdade, a positivação de tais princípios não tem o condão de abarcar a totalidade da compreensão de tais normas. Neste sentido, pode-se afirmar que:

Novamente, os princípios jurídicos não são apenas aqueles princípios morais corretos explicitamente reconhecidos como juridicamente normativos na jurisprudência, na legislação e nas constituições. Tal descrição dos princípios jurídicos como morais legislados não explica o papel que os princípios jurídicos

supostamente desempenham na justificação da maioria dos materiais jurídicos, boa parte dos quais pode ser moralmente incorreta. (ALEXANDER e KRESS, 2004, p.442)

Ou seja, “arguments of principles are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a collective goal.” (DWORKIN, 1978, p. 90). Com efeito, princípios descreveriam direitos, já “policies” descrevem metas coletivas.

Atento a tal diferença entre os autores, afirma Marcelo Neves:

Alexy, alemão, não adota a distinção de Dworkin, americano, entre princípios (referentes aos direitos individuais) e as *policies* (concernentes aos interesses coletivos). Ele admite que os princípios podem abarcar tanto os direitos individuais quanto os interesses coletivos, surgindo também colisão entre eles, sem que se possa *prima facie* determinar a prevalência dos primeiros sobre os segundos e vice-versa.. (NEVES, 2014, p. 69)

Fica evidente a diferença entre as teorias, para Dworkin, princípios não são mandamentos de otimização, não são finalísticos, pelo contrário, são padrões normativos relacionados à necessidade de justiça ou equidade. Para tanto, constrói-se a ideia de *policies*, que estariam ligadas aos fins a serem alcançados. Tal diferença é observado pelo próprio Alexy, ao afirmar que

O conceito de princípio em Dworkin é definido de forma mais restrita que essa. Segundo ele, princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Normas que se refiram a interesses coletivos são por ele denominados como “políticas”. A diferenciação entre direitos individuais e interesses coletivos é, sem dúvida, importante. Mas não é nem exigível nem conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual. (ALEXY, 2014, p. 116)

Além dessa diferença, há que se compreender o pano de fundo da teoria de Dworkin. De maneira breve, o jurista anglo-saxão tem como objetivo principal criticar o positivismo de Herbert Hart. A grande controvérsia é a defesa positivista da discricionariedade dos juízes para resolver os casos difíceis, por não existir uma regra clara para ser subsumida ao caso. Veja, o positivismo compreende o Direito como um conjunto de regras.

Dworkin propõe que os juízes não possuem discricionariedade para decidir. Nos casos difíceis, apesar de não existir uma regra clara, haveria um padrão normativo que determinaria uma resposta correta. Tal padrão seria o princípio O

princípio obriga o intérprete a decidir de certo modo. Eles restringem a discricionariedade. Trata-se de um dever que possibilitará uma resposta correta.

Todavia, tal dimensão não é encontrada na teoria de Alexy. Além de não defender a possibilidade de uma resposta correta, o autor alemão acaba por assumir a possibilidade de discricionariedade do intérprete/ponderador, o que será analisado adiante.

1.3. Máxima da proporcionalidade

A proporcionalidade é um tema bem explorado pela doutrina constitucionalista de todo o mundo, muito já se foi escrito sobre. Assim, não iremos nos aprofundar no tema, todavia, na sequência será feita breve nota sobre sua origem e desenvolvimento, para depois apontar a conexão necessária com a teoria de Alexy.

A ideia da proporcionalidade surgiu no seio do Direito administrativo. Tratava-se da necessidade de se limitar o poder do Estado frente às liberdades individuais.

A notícia do início do desenvolvimento da proporcionalidade remonta ao Tribunal Administrativo Prussiano entre os anos de 1882 a 194, com o objetivo de limitar os atos da Administração Pública, por meio da verificação da proporção entre o critério de ação e a finalidade a ser alcançada. Assim, “não havia, em sua origem, discussão entre direitos individuais ou sociais em conflito, sua função era identificar em que medida seria lícito à Administração interferir na esfera privada dos administrados.” (MASTRODI, 2014, p. 579).

Por longo período o “princípio” relacionou-se apenas ao uso do poder de polícia do Estado, como explica Willis Santiago Guerra Filho, ao afirmar que “durante a primeira metade do século em curso o princípio que ora tomamos em consideração foi tratado como atinente apenas à regulamentação da atividade policial, destinado a evitar excessos na sua prática. ” (GUERRA FILHO, 2010, p. 257).

No mesmo sentido, afirma Ney Rodrigo Lima Ribeiro:

A maioria da doutrina afirma que a ideia da proporcionalidade surgiu como limitação do poder de polícia no direito administrativo, sendo posteriormente transplantado para o Direito Constitucional, sobretudo pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, com o advento da Lei Fundamental de Bonn, a partir de 1949. (RIBEIRO, 2013, p. 265)

A formulação da proporcionalidade como atualmente entendida remonta à década de 1970, com a efetiva utilização pelo Tribunal Constitucional Alemão em caso concernente à limitação do poder de conformação do legislador.

O aumento do alcance da proporcionalidade para além do direito administrativo, principalmente para o campo do direito constitucional, deve-se ao posicionamento adotado pelo Tribunal Constitucional Alemão no período pós-guerra, que acabou por se irradiar para outros países do mundo, como o caso do Brasil.

Para Virgílio Afonso da Silva, a proporcionalidade seria uma regra, utilizada para a interpretação e aplicação do Direito. Assim, “o objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.” (SILVA, 2002, p. 25)

Com efeito, Alexy afirma que “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela.”. (ALEXY, 2014, p. 116) A máxima contém três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que é o mandamento do sopesamento propriamente dito. Assim leciona Alexy:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*. (ALEXY, 2014, p. 118)

Note-se que a proporcionalidade trata de uma relação entre o meio utilizado e o fim que se pretende alcançar, ou menos fomentar, que deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Neste sentido, Wilson Steinmetz afirma que é pressuposta uma “estruturação de uma relação meio/fim, na qual o fim é a própria decisão normativa (legislativa, administrativa, judicial ou contratual)

limitadora que pretende tornar possível o alcance ou a promoção do fim almejado.” (STEINMETZ, 2010, p. 39)

Cabe destacar que as três máximas parciais possuem uma relação sequencial, uma relação de subsidiariedade, ou seja, o exame das máximas parciais segue uma sequência, sendo certo que a máxima seguinte só será examinada caso o problema não tenha sido resolvido pela anterior. Assim, um caso pode necessitar o exame de uma das máximas parciais ou mesmo das três. Neste sentido, afirma Virgílio Afonso da Silva:

Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e necessidade. (SILVA, 2002, p. 36)

Passaremos ao exame das máximas parciais. A primeira delas é a adequação, que pode ser compreendida como verificação quanto a idoneidade do meio utilizado, ou seja, se o meio promove ou fomenta o objetivo pretendido. Assim, “adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado.” (SILVA, 2002, p. 38-39).

A segunda máxima parcial é a da necessidade. Trata-se de um exame comparativo. Ou seja, “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.” (SILVA, 2002, p. 40-41). Assim, faz-se um exame comparativo entre os meios idôneos, buscando-se o que limita menos os direitos, apesar de alcançando ou fomentando o objetivo pretendido.

Por último, tem-se a proporcionalidade em sentido estrito. Mesmo que um ato seja adequado e necessário, por fim, deverá examinar-se esta última máxima parcial.

Assim, a proporcionalidade em sentido estrito pode ser entendida como “um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a

importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.” (SILVA, 2002, p. 42)

Cabe ressaltar que, no exame da proporcionalidade em sentido estrito, o raciocínio se dá de maneira distinta ao das outras máximas parciais. Desse modo, para que algo seja considerado “desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.” (SILVA, 2002, p. 43).

É aqui que reside propriamente dita a ponderação. Neste exame será realizada a atribuição do peso, ou seja, das razões, aos princípios colidentes, o que confirmará ou não a proporcionalidade do ato.

1.3. Otimização e a Fórmula do Peso

Note-se que a ideia de otimização dos princípios colidentes nada mais seria que o próprio sopesamento.

E mais, para Robert Alexy, falar em princípios implica o falar em sopesamento/ponderação. Ponderação e princípios estariam umbilicalmente ligados, não podendo-se tratar de um e não tratar do outro. Estas são as palavras do professor alemão:

Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação. (ALEXY, 1999, p. 75)

Assim, o autor enuncia a chamada “Lei de sopesamento”, que prescreve: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”. (ALEXY, 2014, p. 167)

Tal lei demonstra que o sopesamento pode ser dividido em três partes. No primeiro nível se avalia o grau da não-satisfação de um dos princípios. No segundo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Já, no terceiro nível,

deve-se avaliar se a importância da satisfação do princípio colidente justificaria a não-satisfação do outro princípio.

Veja-se que o sopesamento é método por meio do qual o aplicador irá atribuir peso aos princípios colidentes, todavia, “o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos.”. (ALEXY, 2014, p. 168)

Cabe ressaltar que, na teoria alexyana, a ideia de “peso” está relacionada às razões suficientes, ou seja, relaciona-se aos argumentos que fundamentam a valoração da interferência e importância dos princípios colidentes.

Assim, o sopesamento/ponderação é o método racional por meio do qual serão alcançadas respostas para os problemas da colisão entre princípio, a partir de um procedimento argumentativo. Veja-se, a ponderação caracteriza-se por ser formal e procedimental, como bem apontado por Wilson Steinmetz:

Portanto, as estruturas de ponderação a que se refere a teoria dos princípios de Robert Alexy – que são, em última análise, estruturas de argumentação racional – são racionalizadas ou “procedimentalizadas” no princípio constitucional da proporcionalidade e seus três elementos. (STEINMETZ, 2010, p.39)

Com o objetivo de complementar as leis de colisão e do sopesamento, e promover maior acerto ao método, Alexy formula a chamada “fórmula do peso”.

Desse modo, “a fórmula do peso salienta que o peso concreto de um princípio é um peso relativo, já que determina que esse peso concreto é o quociente entre a intensidade da intervenção nesse princípio e a importância do princípio colidente.”. (ALEXY, 2014, p. 604)

Tratando da possibilidade de resultados racionais, afirma Alexy:

Por isso, o peso concreto só pode ser definido verdadeiramente como um quociente em um modelo numérico que ilustre a estrutura do sopesamento. Na argumentação jurídica isso é possível apenas por analogia. Mas essa analogia é instrutiva. (ALEXY, 2014, p. 604)

A fórmula do peso seria:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

E explica Alexy:

$W_{i,j}$ representa o peso concreto do princípio P_i em relação ao princípio colidente P_j . A fórmula do peso define esse peso concreto como o quociente dos três fatores que estão, pode-se dizer, em cada lado da ponderação. I_i e I_j possuem importância especial. I_i representa a importância do cumprimento do princípio colidente P_j . I_j também pode ser compreendida como intensidade de interferência, ou seja, intensidade da interferência em P_j através da não interferência em P_i . W_i e W_j representam os pesos abstratos dos princípios colidentes P_i e P_j . Quando os pesos abstratos são iguais, o que frequentemente ocorre em colisões de direitos fundamentais, eles se anulam reciprocamente. (ALEXY, 2014, p. 08)

Já as variáveis R_i e R_j referem-se às certezas das premissas normativas e empíricas em relação aos princípios colidentes.

Para Carlos Bernal Pulido, a certeza normativa (R) estaria relacionada ao “significado” e a importância da posição jurídica dos princípios. Já a certeza empírica se relacionaria ao significado que a medida sob exame possui. Assim, “la importancia de los principios depende de la eficiencia (E), velocidad (V), probabilidad (P), alcance (A) y duración (D) con que la medida afecta y satisface, correlativamente, los principios en juego” (PULIDO, 2017, p. 125).

Em relação ao peso abstrato, Carlos Bernal Pulido deixou clara margem de discricionariedade que é atribuída ao ponderador:

El juez también goza de un margen de deliberación a la hora de determinar el peso abstracto de los principios. El peso abstracto es una variable muy particular, por cuanto siempre depende de consideraciones Morales e ideológicas y lleva necesariamente al juez a adoptar una posición acerca de la teoría substancial de la Constitución. (PULIDO, 2017, p. 125)

Afirma Alexy que o valor a ser atribuído às variáveis da fórmula “é determinado por meio da valoração da intensidade da intervenção e do grau de importância como leve, mediano e alto.” (ALEXY, 2014, p. 605) Numericamente, tal escala triádica é representada respectivamente por 1, 2, 4.

Assim, o sopesamento determina “o que deve ser fundamentado para se justificar o enunciado de preferência que representa o resultado do sopesamento: enunciados sobre graus de afetação e de importância.”. (ALEXY, 2014, p. 171) Com efeito, para a realização do sopesar, seria “possível levar em consideração qualquer argumento típico da argumentação jurídica.”. (ALEXY, 2014, p. 171)

O modelo fundamentado do sopesamento “faz com que fique claro que o sopesamento não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro “de forma precipitada”. De acordo com esse modelo, o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante.”. (ALEXY, 2014, p. 173)

Em síntese, afirma Robert Alexy que “o *modelo de sopesamento como um todo* oferece um critério, associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional. A lei de colisão diz o que deve ser fundamentado de forma racional.”. (ALEXY, 2014, p. 173-174).

Assim sendo, tendo em vista a ideia racionalizante do método da ponderação/sopesamento, afirma-se que “um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional.”. (ALEXY, 2014, p. 165). Aqui, a racionalidade advém a partir da argumentação procedimental defendida pelo autor. Desse modo, a relação de preferência deve ser argumentativamente fundamentada e racionalizada.

Desse modo, “a técnica da ponderação legitima a decisão pelo procedimento: se forem respeitadas as três etapas da lei de colisão, o resultado da sentença se torna inquestionável.” (ABBOUD *et al.*, 2015, p.454).

Resta evidente a ideia de método construída na modernidade, “no sentido de um procedimento mecânico prévio, capaz de ordenar e estruturar o conhecimento de algo.” (ABBOUD *et al.*, 2015, p.454). Apesar da presença da argumentação, que também se dá de maneira procedimental, não há como se refutar a proximidade do sopesamento/ponderação com o método da modernidade, cujas características são a rigidez e a crença da sempre correção de seu resultado.

Apesar de fundamentado, não é excluída a discricionariedade e as apreciações morais do intérprete, o que restou bem destacado nas palavras de Carlos Bernal Pulido, ao afirmar que “como consecuencia, la aplicación de la fórmula

del peso abre al juez um ámbito de deliberación em el cual, su decisión depende de sus apreciaciones acerca de la moral crítica, así como de su ideología política.” (PULIDO, 2017, p. 123).

No mesmo sentido, afirma Riccardo Guastini:

É apenas no caso de notar que a ponderação implica o exercício de um duplo poder discricionário por parte do juiz constitucional. É, de fato, uma operação discricionária a criação de uma hierarquia axiológica entre os dois princípios em conflito. E é, igualmente, uma operação discricionária a mudança de valor comparativo dos dois princípios à luz de uma nova e diferente controvérsia a resolver. (GUASTINI, p. 173)

Na visão de Paulo Gustavo Gonet Branco, a lei do sopesamento não acabaria por encobrir o processo de avaliação valorativa do intérprete, que seria marcado por um subjetivismo inevitável. Em verdade, “ela mostra o que deve ser objeto de argumentação jurídica, tornando-se, assim, o elo com a teoria da argumentação jurídica racional.” (BRANCO, 2009, p. 187). Assim, a fórmula do peso exporia os elementos a serem valorados para que possa se cogitar uma deliberação racionalmente orientada. O autor brasileiro acredita que “a fórmula do peso permite que se apure a medida de racionalidade, a satisfação das condições da argumentação prática racional e a adequação dos termos tomados em conta no processo decisório.” (BRANCO, 2009, p. 188).

O próprio Alexy acaba por aceitar a possibilidade da discricionariedade. No posfácio de sua Teoria dos Direitos Fundamentais, o jurista consignou 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. 611)

A discricionariedade é retratada por meio da fórmula do peso. Tal liberdade de escolha existe quando o resultado da operação, ou seja, o peso concreto é 1 (um). Nestes casos, o resultado é um empate, o que resulta na discricionariedade, tanto do juiz, quanto do legislador, para adotar uma escolha ou a outra.

Apesar da ideia inicial do método ponderativo, que é o da redução da discricionariedade, a teoria alexyana não consegue fugir de tal conclusão, restando

confirmada a delegação ao intérprete em certos casos. Ressalte-se, há um avanço na tentativa de controle do processo decisório, todavia, chega-se a uma aporia que não se pode superar a partir do paradigma dos escritos de Alexy.

A questão da discricionariedade será abordada com mais ênfase no capítulo 3 do presente trabalho.

Capítulo 2. Da recepção da ponderação no Brasil: ponderação ou jeitinho brasileiro?

2.1. Neoconstitucionalismo no Brasil

Antes de prosseguir no estudo da recepção da ponderação pela doutrina brasileira, são necessários alguns apontamentos sobre o chamado neoconstitucionalismo no Brasil. O assunto já foi muito discutido, o que afasta qualquer pretensão de aprofundamento no estudo do movimento.

Maria Lúcia de Paula Oliveira noticia que o termo “neoconstitucionalismo” ganhou relevo:

em língua hispânica, desde a sua utilização pela professora italiana Suzanna Pozzolo em 1997, em conferência apresentada no XVIII Congresso da Associação Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social, ocorrido nesse ano em Buenos Aires. (OLIVEIRA, 2017, p. 179)

Assim, é de se ressaltar que “o neoconstitucionalismo se constituiria em alternativa à dicotomia jusnaturalismo x positivismo jurídico, constituindo em conceito mais específico dentro do que se identificou nos últimos tempos como pós-positivismo jurídico.” (OLIVEIRA, 2017, p. 180)

O neoconstitucionalismo é um movimento heterogêneo. Diversos autores, com as mais variadas orientações teóricas, vêm sendo abrigados por tal movimento.

Ao tratar do neoconstitucionalismo, Ingo Sarlet aponta como um dos principais fenômenos observado “o da constitucionalização, por conta em especial, da afirmação da supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e dos valores que lhes são subjacentes.” (SARLET, 2009, p. 588). Assim, a Constituição passa a ter incidência e influência sobre todos o ordenamento jurídico e todos os ramos do Direito.

Para Daniel Sarmento, o neoconstitucionalismo no Brasil poderia ser marcado pelas seguintes características centrais:

Valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem cair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição. (SARMENTO, 2009, p. 285)

De maneira aproximada, em síntese, Regina Quaresma e Maria Lúcia de Paula Oliveira indicam os principais do chamado “neoconstitucionalismo”:

a) a ampliação da fundamentalidade de direitos. Assim, fora os direitos individuais, são previstos outros direitos, como os sociais, que podem vir a ter aplicação direta e imediata, dependendo do teor do dispositivo constitucional; b) a eficácia jurídica de todas as normas constitucionais, inclusive as normas ditas programáticas; c) a revisão da teoria da interpretação constitucional com a disseminação da diferença entre regras e princípios (Alexy, Dworkin); d) uma relevância maior; f) a constitucionalização do direito, ou seja, a expansão dos princípios e regras constitucionais não só para aplicação nos vários ramos do direito público, como também no direito privado, como no direito civil e empresarial. (QUARESMA E OLIVEIRA, 2009, p. 888)

Luís Roberto Barroso aponta três características principais para o movimento neoconstitucionalista: a) reconhecimento da força normativa da constituição; b) expansão da jurisdição constitucional; c) construção de uma nova interpretação do direito, neste ponto seria relevante a utilização da técnica da ponderação, que iremos abordar na sequência do trabalho.

Contudo, nem só de adeptos vive o neoconstitucionalismo. No Brasil, Lenio Streck é um dos críticos mais ferrenhos ao marco teórico, o que restou bem sintetizado em seu já clássico trabalho intitulado “Constituição, interpretação e argumentação: porque me afastei do neoconstitucionalismo.”.

Para Streck, as posturas apenas conseguiriam superar o positivismo exegético, reprimando teorias axiológicas, como a jurisprudência dos valores. Neste sentido, afirma:

Desse modo, fica claro que o *neoconstitucionalismo* representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do *paleo-juspositivismo* (como bem lembra Luigi Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, da jurisprudência dos valores. (STRECK, 2017, p. 17)

De maneira precisa, Lenio Streck deixa clara a não superação do positivismo normativista pelo neoconstitucionalismo, e como, ao apostar na discricionariedade, nada mais faz do que se aproximar do positivismo pós-exegético. Desse modo, ensina o jurista:

Diferentemente deles, minha crítica ao neoconstitucionalismo tem atacado constantemente o uso da ponderação, a recepção da jurisprudência dos valores e o entendimento equivocado sobre os princípios. Considero que todas essas posições promovem e se alimentam da discricionariedade judicial, já que todas se rendem – no plano interpretativo – à vontade decisionista do aplicador de normas, enfraquecendo demasiadamente a legalidade constitucional. Ou seja, para mim tanto são positivistas as posturas clássicas (separação do direito da moral), como as que apelam à discricionariedade e aos valores. Na medida em que os diversos neoconstitucionalismos não abrem mão da discricionariedade e fazem firma aposta na ponderação, minha posição é de que são (também) positivistas. Não são mais positivistas primitivos ou clássicos e, sim, positivistas pós-exegéticos dos mais variados tipos. (STRECK, 2017, p. 21)

Apesar das críticas contundentes, o autor ressalta a importância do movimento neoconstitucionalista, ao afirmar que:

Na medida em que existem vários neoconstitucionalismos, uma coisa é possível dizer: mesmo que muitas das concepções neoconstitucionalistas tenham resvalado para o voluntarismo, elas não trouxeram indiferença. Sem exclusões, para elas há uma preocupação de ordem ético-filosófica meritória: *a de que o direito deve se ocupar com a construção de uma sociedade justa e solidária*. Em outras palavras, o desafio tem sido o seguinte: *como fazer com que o direito não fique indiferente às injustiças sociais?* Como superar o positivismo exegético (embora para as posturas neoconstitucionalistas o positivismo seja entendido *lato sensu* a partir do conceito clássico)? Como fazer com que a perspectiva moral de uma sociedade que aposte no direito como o lugar da institucionalização do ideal de vida boa não venha pretender, em um segundo momento, “corrigir” a sua própria condição de possibilidade, que é o direito que sustenta o Estado Democrático? (STRECK, 2017, p. 22)

Apesar da heterogeneidade, o autor propõe a análise das principais características atribuídas ao neoconstitucionalismo brasileiro, as características seriam: a) pragmatismo; b) ecletismo (sincretismo) metodológico; c) principialismo; d) judicialismo ético-jurídico; e) interpretativismo moral-constitucional; f) pós-positivismo; g) juízo de ponderação; h) especificidade interpretativa.

Em razão do objetivo do presente trabalho, não se fará uma análise minuciosa de todas as características. Entretanto, serão abordados três pontos que possuem maior consistência com a problemática aqui trabalhada.

A primeira característica a ser abordada é a do sincretismo metodológico. Este é um dos traços mais marcantes do neoconstitucionalismo, principalmente na doutrina brasileira. Assim, “corre-se o risco de comprometer o resultado aplicativo do direito toda a vez que se lançar mão de “mixagens” de matrizes teóricas incompatíveis.” (STRECK, 2017, p. 25).

Como exemplo desse sincretismo, tem-se que:

não se pode olvidar a indevida mixagem feita por determinados autores *neoconstitucionalistas* das posições de Ronald Dworkin e Robert Alexy, ou das teorias habermasianas e alexianas, que agregam aos proceduralismo de Habermas a ponderação de Alexy. (STRECK, 2017, p. 25).

Quanto a característica do pós-positivismo, muito tem-se dito que o neoconstitucionalismo estaria inserido neste paradigma. E o autor afirma que “o pós-positivismo deveria ser a principal característica do neoconstitucionalismo. Deveria, mas não é.” (STRECK, 2017, p. 30). O movimento parece conseguir superar apenas o positivismo exegético, mas não os normativistas e pós-kelsenianos.

O neoconstitucionalismo apenas poderia ser denominado como um “paradigma do direito” *se fosse compreendido como superador do positivismo ou dos diversos positivismos.*” (STRECK, 2017, p. 30). Ou seja, o pós-positivismo não pode ser visto como continuidade do positivismo, mas como ruptura.

A última característica que abordaremos refere-se ao juízo de ponderação, que é o tema central deste trabalho.

O jurista afirma que a ponderação se transformou em um dos grandes problemas e, por consequência, um fator que fragiliza o neoconstitucionalismo, vez que “ponderação” e “discricionariedade” são faces de uma mesma moeda.” (STRECK, 2017, p. 32).

O problema central da ponderação seria a sua filiação ao esquema sujeito-objeto e sua dependência da discricionariedade, “a ponderação não deixa de ser a repriminção – agora de forma sofisticada – da discricionariedade própria das

posturas normativistas e de suas variações.” (STRECK, 2017, p. 32). Sobre este ponto, trataremos com mais vagar no capítulo 3 do presente trabalho.

Em síntese, a partir de uma visão hermenêutica, Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira afirmam o que é o neoconstitucionalismo no Brasil:

No Brasil, temos que o *neoconstitucionalismo* acabou sendo cristalizado como uma postura teórica antiformalista que aposta no protagonismo do poder judiciário para a concretização de direitos; na fórmula da ponderação como alternativa ao dogma da subsunção; e no império moral dos princípios, entendidos como valores constitucionais da comunidade. (ABBOUD e OLIVEIRA, 2017, p. 80)

Apesar de muitos autores apontarem o neoconstitucionalismo como uma postura pós-positivista, os autores referidos concluem pelo contrário, “o neoconstitucionalismo não se manifesta como uma teoria verdadeiramente pós-positivista.” (ABBOUD e OLIVEIRA, 2017, p. 79).

Os juristas afirmam que para uma teoria estar no paradigma pós-positivista é necessário se elaborar uma concepção de norma que a diferencia do texto normativo, o que resulta em que “qualquer modelo que se pretenda pós-positivista, a forma primordial de aplicação do direito não pode mais ocorrer via silogismo,” (ABBOUD e OLIVEIRA, 2017, p.84) bem como não mais seria possível realizar a separação entre direito e fato. Assim, asseveram os autores:

Por conseguinte, não se pode considerar determinada teorização como pós-positivista se essa ainda empregar um conceito de norma de caráter semântico de formato kelseniano – como acontece com Robert Alexy, por exemplo – que confunde, de alguma maneira, o texto normativo com a própria norma. Ademais, tal confusão redundava numa apropriação em sentido subjetivo da base kantiana, que representa a da matriz do próprio pensamento positivista. (ABBOUD e OLIVEIRA, 2016, p. 84)

Em suma, os autores são incisivos em sua visão frente ao neoconstitucionalismo brasileiro:

Na realidade, o *Neocosntitucionalismo* no Brasil, em diversos momentos, assemelha-se mais uma recepção tardia da *Jurisprudência dos Valores* do que efetivamente de uma aproximação com o paradigma pós-positivista.

[...]

Em suma, há que se ter presente que a *Jurisprudência dos Valores* produziu um tipo de discurso metodológico que, ainda hoje, faz parte de nossa doutrina e jurisprudência. As críticas que são feitas aos

partidários da valoração passam pelo excesso de subjetivismo que existe na ideia de valores (que estão a depender do sujeito que os conhece e os articula) chegando às acusações de irracionalidade a que o procedimento da ponderação submete o direito. (ABBOUD e OLIVEIRA, 2017, p. 85-87)

2.2. A ponderação na doutrina brasileira.....

Como visto, a ponderação é vista como uma das características marcantes desse novo movimento no constitucionalismo.

No Brasil, o método ponderativo é defendido por robusta parcela dos juristas.

Virou lugar comum falar que os princípios (há quem defenda que seria o caso das regras também) são “aplicados” por ponderação. Os juízes não mais fariam subsunções ou silogismos, na era dos princípios os juízes são ponderadores.

Além disso, de maneira muito comum, no Brasil os princípios são vistos como algo amplo e vago, muitas vezes identificados como valores, o que resultaria na abertura para o sujeito:

A doutrina brasileira compreende os princípios como algo vago e que abriria espaço para a atuação “mais livre” do intérprete. Assim, vem-se afirmando que “um ordenamento jurídico hipotético baseado exclusivamente em princípios apresentaria *juízes soltos demais*. ” (ROTHENBURG, 2011, p. 02)

Como veremos, apesar de os autores sempre citarem Robert Alexy, as teorias brasileiras pouco têm correlação com a metodologia do jurista alemão. É um sinal claro do forte sincretismo metodológico, que resulta em uma teoria/metodologia anêmica.

Inúmeros autores identificam a ponderação e a concordância prática, como se as duas fossem a mesma coisa, sem levar em conta os paradigmas que sustentam tal metodologias. Como exemplo de tal identificação na doutrina brasileira, tem-se o seguinte trecho:

Pode-se colher que tanto a concordância prática, quanto a ponderação são tentáculos, ou expressões da proporcionalidade em sentido estrito, para o enfrentamento das possibilidades jurídicas

colidentes, mediante casos concretos. E, se não for possível a resolução pela harmonização, aplica-se, então, a ponderação. (ALCANTARA, 2010, p. 79)

O sincretismo mostra-se evidente quando observamos o que tem defendido a doutrina brasileira quanto a ponderação. Neste sentido, a título de exemplo, tal sincretismo é evidenciado no seguinte trecho:

É indubitável que cada uma das fases suso descritas envolvem avaliações de caráter subjetivo do intérprete, como circunstâncias pessoais e diversas influências possíveis. Logo, não há uma fórmula exata ou matemática a respeito, mas o equacionamento ou a ponderação dependerá de cada caso concreto em colisão, porquanto se espera que as decisões produzidas sejam revestidas de legitimidade, imparcialidade, racionalidade e, sobretudo, justiça. (RIBIEIRO, 2013, p. 170)

O autor parece desconhecer a fórmula do peso elaborada por Robert Alexy, bem como toda a metodologia concernente, transformando a ponderação em um argumento retórico encobridor da subjetividade do intérprete.

Assim, de início, o autor reconhece a presença do subjetivismo no processo ponderativo, e por assim ser, não seria possível uma fórmula matemática que atribua certeza ao resultado do método. Aqui cabe notar que, apesar do autor se utilizar da distinção feita por Robert Alexy, defende uma configuração da ponderação completamente distinta, que é aquela defendida por Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, que iremos abordar no próximo capítulo.

O sincretismo salta aos olhos. Como já abordado neste trabalho. Alexy propõe a existência de uma fórmula matemática que expresse o sopesamento/ponderação. A fórmula do peso nada mais é do que um modo de dar certeza/exatidão ao resultado, bem como explicitação ao procedimento ponderativo do intérprete. Assim, fica o questionamento, como é possível defender a distinção entre princípios e regras, bem como a ideia de princípios como mandamentos de otimização e, em um segundo momento, negar completamente o método desenvolvido para dar conta desta teoria?

Tal entendimento não se restringe apenas ao autor citado, não se trata de uma crítica pessoal, mas de um movimento de uma parcela relevante da doutrina brasileira, que acaba por importar conceitos pela metade e acomodá-los com ideias completamente incompatíveis.

E tal fenômeno é observável no ensino jurídico, quase a totalidade dos cursos e manuais de Direito Constitucional são tratados pontos como a diferença entre princípios e regras e a utilização da ponderação para a resolução de colisões. Contudo, os livros pouco falam da real estruturação do método ponderativo, não abordam a lei de colisão, muito menos a fórmula do peso. O seguinte trecho reflete bem:

A fórmula é complexa e sujeita a críticas. Nossa experiência didática nos indica que a sua análise não contribui para a compreensão do tema pelos estudantes. Por esta razão, não a discutiremos aqui. Mas ela tem o mérito de chamar a atenção do aplicador do direito para os dados e as razões que efetivamente devem ser considerados na atividade de ponderação. (SARMENTE e SOUZA NETO, 2012, 520)

Ora, como podemos ensinar o ponderar pela metade? Como pode-se deixar de abordar do ponto central da ideia de ponderação ou aquilo que dá consistência metodológica ao ponderar?

Pode-se dizer que tais livros são direcionados para alunos de graduação, que não teriam condições para compreender esta construção teórica muito complexa. Não me parece ser o melhor caminho para o ensino jurídico. Não se deve subestimar a capacidade intelectual do aluno e empreender um ensino simplificado. É esse aluno que aprende de maneira superficial e será o juiz do futuro que utilizará da ponderação como argumento retórico.

Além disso, há autores que pretendem elevar a ponderação como “técnica de resolução de antinomias”, não necessariamente de colisão de princípio. Assim, a ponderação seria utilizada para resolver conflitos do tipo “total-total” ou “parcial-parcial” entre normas de mesma hierarquia e antiguidade. Neste sentido, afirma Marcelo Borges de Mattos Medina que, para resolver tais conflitos, “basta, para tanto, determinar a qual das normas envolvidas há de ser conferido o maior peso, segundo as circunstâncias concretas da controvérsia. E, então, fazer incidir tal norma, em detrimento das demais.” (MEDINA, 2004, p. 54). Ou mais, a ponderação seria algo autônomo, aplicável a diversos casos concretos:

Hodiernamente, portanto, a ponderação se trata de uma técnica de decisão autônoma e principal, deixando de se limitar a ser coadjuvante dos princípios, evoluindo sua aplicabilidade a diversos outros casos concretos, dentre outros, na hipótese de colisão de regras e conflito entre princípios e regra. (RIBEIRO, 2013, p. 169)

Há ainda sinais marcantes da presença da Jurisprudência dos Valores, que compreende a Constituição como uma ordem de valores, assim, ao se tratar de ponderação, “para se efetivar sua aplicação, é necessário um preordenamento hierárquico de valores ou interesses, em suas dimensões e pesos. (ALCÂNTARA, 2010, p. 85)”

Há teorias mais sofisticadas, como a de Humberto Ávila. De maneira breve, ao invés de uma ponderação de princípios, o autor nos fala em uma ponderação de bens, que “consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vistas materiais que orientem esse sopesamento.” (ÁVILA, 2014, p.185)

O autor afirma ser essencial a estruturação da ponderação e propõe três etapas: a) preparação da ponderação, em que serão analisados todos os elementos e argumentos, de maneira exaustiva; b) realização da ponderação, aqui irá se “fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento.” (ÁVILA, 2014, p.185); c) reconstrução da ponderação, “mediante a formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objeto de sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso.” (ÁVILA, 2014, p. 187).

Não iremos nos ater à teoria do autor brasileiro, todavia, cabe ressaltar que o autor admite a ponderação de regras, de maneira contrastante ao defendido de Robert Alexy. Neste sentido, Marcelo Neves afirma que as regras também possuiriam uma dimensão de peso, o que resultaria na possibilidade de sua ponderação:

Embora a regra na sua formulação definitiva e completa, como fundamento imediato de uma norma de decisão, só possa ser aplicada binariamente, ela é *prima facie* suscetível de comportar uma dimensão de peso e, portanto, de submeter-se a critérios de ponderação em um caso concreto. (NEVES, 2014, p. 77)

Desse modo, foi possível, de maneira breve, observar que há um grande sincretismo metodológico na doutrina pátria, que não se utiliza de todos os pressupostos da teoria alexyana, e transforma a ponderação em algo diverso ao defendido pelo jurista alemão. Na sequência, analisaremos a teoria defendida por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos.

2.2.1. O pensamento de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos

As ideias de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos aparecem como expoentes no Brasil ao tratar-se sobre ponderação.

Antes de se analisar a ponderação propriamente dita, é necessário abordar alguns pressupostos presentes na ideia de “nova interpretação” defendida pelos autores.

Os autores não pretendem uma mudança paradigmática, há, em verdade, uma revisão de alguns institutos do positivismo jurídico. “A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas.” (BARCELLOS E BARROSO, 2010 p. 276)

Essa nova interpretação aposta no subjetivismo do intérprete, que seria algo inexorável. Ou seja, “A moderna interpretação constitucional envolve escolhas pelo intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas e conceitos indeterminados.” (BARCELLOS E BARROSO, 2010 p. 277).

Como muitos textos normativos inscritos na Constituição são vagos e ambíguos, os autores apostam no subjetivismo do julgador para que sejam complementadas pelos valores do sujeito. Assim, “na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete.” (BARROSO, 2014, p. 260)

Aqui, deve-se recordar que o positivismo kelseniano efetuava a mesma aposta no subjetivismo do intérprete. O julgador deveria enquadrar os fatos na moldura normativa, mas tal ato não era controlável. A decisão é vista como um ato de vontade. Logo, nada de novo há nessa interpretação propugnada pelos autores.

Além disso, a grande novidade desta corrente trata-se da utilização da ponderação. Veja, a subsunção não deixa de existir. Pelo contrário, ela continua a ser o paradigma, todavia, nas situações em que o intérprete não conseguir realizar o processo silogístico, entraria em cena a ponderação. Note-se como a teoria

aclamada não é ruptural, mantendo-se o método do paradigma positivista, e de maneira seletiva acrescentando algo “novo”. Neste sentido, afirmam os autores:

Não importa desprezo ou abandono do método clássico – o *subsuntivo*, fundado na aplicação de *regras* –, nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente. (BARCELLOS E BARROSO, 2010 p. 274)

Ou seja, a subsunção permanece como padrão “aplicativo” do Direito. “Muitas situações subsistem em relação às quais a interpretação constitucional envolverá uma operação intelectual singela, de mera subsunção de determinado fato à norma.” (BARCELLOS E BARROSO, 2010 p. 275)

O autor reconhece a cisão estrutural entre princípios e regras, afirma que “a distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas.” (BARROSO, 2014, p. 123)

Como dito, ao estabelecer tal cisão, há referências ao pensamento de Robert Alexy, todavia, não há uma completa observação das ideias basilares do jurista alemão.

Os autores afirmam que “*regras* são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações.” (BARCELLOS E BARROSO, 2010 p. 280). Subsunção seria o enquadramento dos fatos na previsão normativa abstrata com a produção de uma conclusão.

Já os “*princípios*, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações.” (BARCELLOS e BARROSO, 2010 p. 281)

Tendo em vista a constante “tensão dialética” dos princípios, seria necessário realizar a ponderação, ou seja, “à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível.” (BARCELLOS e BARROSO, 2010 p. 281).

Note-se que, contrapondo as duas teorias, há ideias conflitantes. A teoria alexyana não afirma que os princípios se diferem das regras por serem mais abstratos. Tal critério é refutado pelo jurista alemão, trata-se, em verdade, de critério utilizado pela doutrina clássica.

Ora, se a diferença é apenas relativa à abstração e definição dos casos a serem aplicados, qual a razão para efetuarmos ponderações?

Além disso, para Alexy, os princípios são mandamentos *prima facie*, ou seja, “à primeira vista”, os princípios determinam algo, todavia, apenas em um segundo, após o sopesamento, pode-se determinar de maneira *definitiva* a determinação da norma. Assim, não é que o princípio não indica a conduta ser seguida, pelo contrário, ele indica, contudo, requer um “refinamento” de seu conteúdo para se ter certeza do mandamento. Desse modo, mostra-se divergente à doutrina alexyana afirmar simplesmente que os princípios “não especificam uma conduta”.

Ademais, a utilização do método ponderativo faz sentido no pensamento de Robert Alexy pelo fato de os princípios serem *mandamentos de otimização*. Ora, se não identificarmos os princípios como tal, qual seria a justificativa para ponderar tal norma? Ou, qual a justificativa para se afirmar que os princípios vivem em constante “tensão dialética”?

Os autores avançam, defendem a ideia de que as regras são normas prontas, que não requerem outros elementos para se aperfeiçoar, de maneira diversa, os princípios seriam aqueles que mais elásticos, com menos consistência. Desse modo, “as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto.” (BARCELLOS e BARROSO, 2010 p. 282).

Assim sendo, as regras seriam normalmente subsumidas ao caso concreto, já os princípios, por sua alta carga axiológica e abstração deveriam ser ponderados.

Apesar dessa distinção entre os métodos aplicativos, os autores admitem também a ponderação tanto de regras e de princípios. Ou seja, “princípios – e, com crescente adesão na doutrina, também as regras – são ponderados, à vista do caso concreto.” (BARCELLOS e BARROSO, 2010 p. 285). Falaremos desse ponto mais adiante.

Os autores afirmam que a ponderação seria necessária para a decisão nos casos difíceis, que seriam aqueles que não possuem uma solução pré-pronta no ordenamento e que a subsunção não é suficiente para resolver o caso. Assim:

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. (BARCELLOS e BARROSO, 2010 p. 287)

Os casos difíceis seriam os que não encontram resposta pré-pronta no direito positivo. De acordo com Luís Roberto Barroso, três são principais situações geradoras de casos difíceis: a) ambiguidade da linguagem; b) desacordos morais razoáveis; c) colisões de normas constitucionais ou de direitos constitucionais ou de direitos fundamentais.

Nas colisões entre normas constitucionais, o intérprete:

precisará demonstrar, argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, mediante ponderação e uso da proporcionalidade, que determinada solução realiza mais adequadamente a vontade da Constituição, naquela situação específica. (BARROSO, 2014, p. 262)

São nesses casos difíceis que o intérprete exacerbará seu subjetivismo. Assim, “os valores pessoais e a ideologia dos juízes influenciam, em certos casos de maneira decisiva, o resultado dos julgamentos.” (BARROSO, 2014, p. 268). Estes julgamentos são os denominados casos difíceis. O autor deixa muito claro como nos casos difíceis a razão de decidir será aquela mais condizentes com as preferências pessoais ou ideológicas do julgador. Veja-se:

Todo *caso difícil* pode ter mais de uma solução razoável construída pelo intérprete, e a solução que ele produzirá será, em última análise, aquela que melhor atenda a suas preferências pessoais, sua ideologia ou outros fatores externos, como os de natureza institucional. Ele sempre agirá assim, tenha ou não consciência do que está fazendo. (BARROSO, 2014, p. 265)

Mais uma vez, por não encontrar uma resposta dada pelo sistema de normas, o juiz deverá fixar o sentido da norma, de maneira criativa, a partir de elementos externos ao Direito, devendo em um segundo momento justificar argumentativamente as escolhas feitas. Desse modo:

Em todas as hipóteses referidas acima, envolvendo casos difíceis, o sentido da norma precisará ser fixado pelo juiz. Como se registrou,

são situações em que a solução não estará pronta em uma prateleira jurídica e, portanto, exigirá uma atuação criativa do intérprete, que deverá argumentativamente justificar seu itinerário lógico e suas escolhas. Se a solução não está integralmente na norma, o juiz terá de recorrer a elementos externos ao direito posto, em busca do justo, do bem, do legítimo. (BARROSO, 2014, p. 262)

Arremata o autor ao afirmar que “a denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos.” (BARROSO, 2014, p. 125).

Veja-se mais uma vez o sincretismo. “ponderação de valores”, “ponderação de interesses”, para encontrar pesos relativos de princípios. O que se está a ponderar afinal? Valores, interesses ou princípios?

Além disso, e disso falaremos no terceiro capítulo, restam nítidos os paradigmas metafísicos no pensamento de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. De um lado, acreditam no mito do dado. Como se houvesse algo de essencial, imutável, pré-pronto no ordenamento, cabendo ao intérprete descobri-lo. De outro lado, por não descobrir esse elemento dado, aposta-se no subjetivismo. A resposta estará na consciência do sujeito. Algo como “pondero, logo existo”.

Em síntese, Luís Roberto Barroso elabora bela metáfora para descrever seu entendimento sobre os referidos métodos de aplicação de princípios e regras. Vejamos:

A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais que outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna. (BARROSO, 2013, p.361)

A seguir, passaremos a analisar de maneira mais detida a técnica da ponderação desenvolvida pelos autores.

A proposta defendida por Ana Paula de Barcellos “concebe a aplicação da ponderação como um processo composto de três etapas sucessivas” (BARCELLOS, 2005, p. 91).

Ressalte-se desde já, “em si mesma, a ponderação é apenas uma técnica instrumental, vazia de conteúdo.” (BARCELLOS, 2005, p. 124). Trata-se de algo apenas procedimental.

A primeira etapa consiste na identificação pelo intérprete de todos os enunciados normativos que “aparentemente se encontram em conflito ou tensão e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto.” (BARCELLOS, 2005, p. 92).

A importância desta etapa estaria no fato de que caso o intérprete ignore algum possível dispositivo, haveria uma possível alteração do resultado a ser obtido ao final de todo o procedimento, ou seja, “os elementos que sugerem uma solução contrária à que a disposição ignorada indicaria assumirão um peso artificialmente maior ao longo da argumentação.” (BARCELLOS, 2005, p. 93). Em resumo, afirma a autora que “o importante é que todos os enunciados normativos pertinentes sejam identificados nesse primeiro momento da ponderação, ou ao menos que se tente produzir o quadro mais completo possível desses elementos normativos.” (BARCELLOS, 2005, p. 96).

A autora faz uma ressalva de que não seriam quaisquer interesses seriam ponderados, pelo contrário, apenas interesses relacionados aos enunciados normativos escolhidos que seriam inclusos na operação. Todavia, o que seria acolhido nesta primeira etapa, seriam os enunciados normativos propriamente dito. Afirma a autora que:

Não obstante isso, quando se vai iniciar a primeira fase da ponderação, interesses genericamente considerados só podem ser levados em conta se puderem ser reconduzidos a enunciados normativos explícitos ou implícitos. Um interesse que não encontre fundamento no sistema jurídico não deverá ser considerado e, em qualquer caso, nesta primeira fase, o que está sendo examinado é o enunciado normativo no qual o interesse encontrou respaldo lógico, e não o interesse propriamente dito. (BARCELLOS, 2005, p. 97)

A autora faz um alerta e parece se afastar daquilo que era defendido pela jurisprudência dos interesses. Não caberia ao ponderador fazer a análise sociológica e refazer o caminho traçado pelo Legislador. Desse modo:

Embora a estrutura do raciocínio seja semelhante, na ponderação jurídica deverão ser considerados apenas os elementos normativos em conflitos. Equiparar disposições normativas e interesses não

juridicizados é uma forma ilegítima de refazer o ofício do legislador. (BARCELLOS, 2005, p. 98)

Em contraponto, a autora deixa clara sua visão do positivismo e seu pretensão afastamento. Vejamos:

O que se acaba de registrar não significa que a ponderação deva orientar-se por uma lógica positivista normativista ou que interesses, bens e valores devam ser eliminados do processo ponderativo (BARCELLOS, 2005, p. 100)

Resta claro que a autora compreende o positivismo apenas como o exegético, em que os valores estavam “fora” da decisão jurisdicional. Todavia, como já afirmado, o positivismo kelseniano não expurga os valores da interpretação do julgador, pelo contrário, vai além, afirmando ser um ato de vontade e não de conhecimento, como o do cientista do Direito. Assim, afirmar que os valores, bens e interesses estão presentes no processo ponderativo, de maneira alguma resulta em uma superação ou afastamento do positivismo normativista de Kelsen.

Em síntese, a autora confirma a “entrada” dos valores, bens e interesses no momento ponderador, contudo, estes devem estar referidos à enunciados normativos:

Ou seja: interesses, bens, valores ou qualquer outra espécie de argumento poderão, sim, ingressar na primeira etapa da ponderação, uma vez que possam ser descritos juridicamente e encontrem suporte em algum elemento do sistema. (BARCELLOS, 2005, p. 101)

Em outro ponto, a autora aduz que “o uso exclusivo de enunciados normativos na ponderação tem por objetivo preservar o espaço de determinação democrática e a legitimidade da própria operação ponderativa” (BARCELLOS, 2005, p. 101).

A autora afirma a existência da distinção entre enunciado normativo e norma. O enunciado normativo seria o conjunto de palavras. Assim:

A distinção que há entre enunciado normativo e norma não é nova, mas recentemente tem sido sublinhada pela doutrina. De forma geral, o enunciado normativo corresponde ao conjunto de frases, isto é, aos signos lingüísticos que compõe o dispositivo legal ou constitucional e descrevem uma formulação jurídica deontológica, geral e abstrata, contida na Constituição ou na lei, ou extraído do sistema. (BARCELLOS, 2005, p. 103-104)

Ou seja, “o enunciado normativo corresponde ao texto” (BARCELLOS, 2005, p. 104). De maneira diversa, “a norma, diversamente, corresponde ao comando específico que dará solução a um caso concreto.” (BARCELLOS, 2005, p. 104):

A norma corresponderá afinal ao comando, extraído ou construído a partir de enunciado(s), para incidir sobre determinada circunstância de fato. Quanto à estrutura, portanto, a norma será uma *regra* que corresponde ao resultado final de uma interpretação ou, eventualmente, de uma ponderação. (BARCELLOS, 2005, p. 107)

Nesta primeira fase da ponderação, o que se se leva em conta são os enunciados normativos, e não as normas. O intérprete identificará os textos em tensão.

Se a ponderação é uma técnica pela qual se vai decidir qual a solução do caso – ou seja, qual a norma que se deve extrair do conjunto de diferentes enunciados que incidem na hipótese – , não se pode, evidentemente, iniciar o processo a partir do fim. (BARCELLOS, 2005, p. 107)

Veja-se, o pretense conflito acontece em abstrato, pela semanticidade dos textos, o intérprete conseguiria visualizar a tensão, o conflito.

Mais uma ressalva faz a autora, “embora enunciado normativo e norma sejam fenômenos distintos, eles interagem ao logo de todo o processo ponderativo e antes mesmo de seu início formal.” (BARCELLOS, 2005, p. 107). O intérprete se movimentaria entre a semanticidade do texto e o resultado desse processo aplicativo, que seria o lugar da norma.

Desse modo, antes da ponderação, o sujeito deve *imaginar* ou *intuir*, a partir do ordenamento jurídico, as possíveis tensões entre as futuras normas a serem criadas. Ou seja, antes de criar a norma, o sujeito deve imaginar o possível conflito que ocorrerá no futuro. Ressalta a autora:

Há, portanto, um momento preliminar no qual o intérprete, tendo em conta as circunstâncias fáticas da hipótese e sua compreensão da realidade e do Direito, visualiza um conflito dessa natureza entre as normas que imagina ou intui decorrerem do sistema jurídico. (BARCELLOS, 2005, p. 107-108)

Ou seja, trata-se de uma tensão “em tese”, quase que abstrata, uma projeção apenas, assim, “são os enunciados normativos em tese aplicáveis à hipótese que devem ser indicados nesta fase, seja qual for sua estrutura (regra ou princípio).” (BARCELLOS, 2005, p. 109).

A teoria dos autores referidos trabalha com as intuições dos julgadores, o intérprete já sabe qual o resultado alcançará, contudo, posteriormente, ele retorna para fundamentar sua decisão e “explicitar” seu raciocínio ponderativo. Assim afirma a autora:

É certo que muitas vezes o aplicador, intuitivamente, já sabe a que resultado chegará ao fim da ponderação e haverá a tendência de antecipá-lo. Ora o propósito de ordenar e explicitar as etapas do raciocínio ponderativo é precisamente submeter a “intuição” a controles de juridicidade e racionalidade. Se o resultado intuitivo for afinal juridicamente consistente e racional, ele resistirá a esses controles e será possível chegar à mesma conclusão – agora fundamentadamente – após todo o percurso. (BARCELLOS, 2005, p. 112)

Veja, inicialmente, a ponderação propugnada por Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso é uma ponderação de textos. Consideram-se os textos em sua abstração. Ou seja, “os enunciados normativos devem ser todos apreciados no mesmo nível de abstração, não se confundindo com a(s) norma(s) que cada um deles pode justificar.” (BARCELLOS, 2005, p. 115).

Na segunda etapa, o intérprete examinará as circunstâncias concretas do caso, bem como os efeitos sobre os enunciados normativos, “daí se dizer que a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades.” (BARCELLOS, 2005, p. 116).

Avançando na estrutura da técnica, a segunda etapa seria composta pelas seguintes partes:

Em primeiro lugar, o intérprete terá que destacar, dentre todas as circunstâncias de fato que caracterizam a hipótese, aquelas que considera relevantes. E o primeiro problema que se coloca é saber o que atribui relevância a um aspecto de fato. Em segundo lugar, e as duas questões estão interligadas, os fatos relevantes terão influência sobre o peso ou a importância a ser reconhecida aos enunciados identificados na fase anterior e às normas por eles propugnadas. (BARCELLOS, 2005, p. 116)

De acordo com a autora, os fatos seriam relevantes ou pelo senso comum da sociedade ou pela “existência de disposições normativas que autorizam essa conclusão” (BARCELLOS, 2005, p.117).

Nesta segunda fase, e sempre que isso seja possível, o intérprete deverá cogitar de todas as possibilidades fáticas por meio das quais as diferentes soluções indicadas pelos grupos normativos da primeira

fase podem ser realizadas, desde a que atende mais amplamente às suas pretensões, até a que as restringe de forma importante (BARCELLOS, 2005, p. 122)

Veja, resta clara a cisão feita pelos autores entre norma e fato, direito e realidade, ser e dever-ser. Os fatos são acoplados nos textos jurídicos. Há um distanciamento entre o direito e a realidade, esta é “jogado” para dentro do processo ponderativo.

A terceira etapa seria a fase da decisão em si. É nessa fase que serão examinados de maneira conjunta os “diferentes grupos de enunciados, a repercussão dos fatos sobre eles e as diferentes normas que podem ser construídas, tudo a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos” (BARCELLOS, 2005, p.123) aos vários elementos em questão.

A atribuição de peso é o momento de definição da possibilidade de se “conciliar os diferentes elementos normativos ou se algum deles deve preponderar e, afinal, qual a norma que dará solução ao caso.” (BARCELLOS, 2005, p. 124).

A técnica tem a pretensão de possibilitar o controle decisório, desse modo, “a organização do raciocínio ponderativo facilita o processo decisório, torna visíveis os elementos que participam desse processo e, por isso mesmo, permite o controle da decisão em melhores condições.” (BARCELLOS, 2005, p. 124)

De acordo com Ana Paula de Barcellos, nesta terceira etapa, a da decisão, o intérprete deverá se nortear por três parâmetros: a) pretensão de universalização; b) concordância prática; c) respeito ao núcleo dos direitos.

A pretensão de universalidade tem uma implicação argumentativa e decisória. Primeiro, o intérprete deve utilizar argumentos que sejam universalizáveis, e não suas convicções pessoais. Em segundo plano, a decisão deve ser passível de universalização para todos os casos semelhantes, uma ideia de isonomia.

Ao tratar da concordância prática, a autora afirma que:

O objetivo final do processo de ponderação será sempre alcançar a concordância prática dos enunciados em tensão, isto é, sua harmonização recíproca de modo que nenhum deles tenha sua incidência totalmente excluída na hipótese. (BARCELLOS, 2005, p.133)

A autora predica que “o intérprete deve escolher a solução que produz o melhor equilíbrio, impondo a menor quantidade de restrição à maior parte de elementos normativos em discussão.” (BARCELLOS, 2005, p. 136). Há uma clara confusão entre ponderação e concordância prática.

Aqui a autora promove uma mixagem entre a ideia de ponderação e concordância prática.

Não se pode tomar as duas ideias como se fossem a mesma coisa. Como já deixamos claro, a ponderação em Alexy não se trata de uma acomodação entre os princípios colidentes, pelo contrário, um princípio precederá no caso concreto. Não se trata de equilibrar, mas de determinar ordens de precedência.

Em sentido diverso, tem-se a concordância prática. Ideia decorrente da unidade da Constituição. É defendida por autores como Friedrich Müller e Konrad Hesse, que são autores críticos à ponderação alexyana. Assim, concordância prática se daria, pois:

Os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo que, na solução do problema, todos eles tenham preservada a sua identidade. Onde ocorram colisões não se deve, através de uma precipitada “ponderação de bens” ou, inclusive, de uma abstrata “ponderação de valores”, realizar um dos bens como o sacrifício do outro. (HESSE, 2009, p. 113)

Assim, resta clara a incompatibilidade entre a ponderação e a concordância prática.

Por fim, a autora afirma que “a decisão que vier a ser apurada no processo de ponderação não poderá violar o núcleo dos direitos fundamentais.” (BARCELLOS, 2005, p. 142). A autora não consegue precisar o que seria o núcleo essencial, nem ao menos se filia às teorias tradicionais (relativa ou absoluta). Todavia, afirma que

É perfeitamente possível e desejável, por meio da reflexão abstrata e/ou do estudo de tabulação dos precedentes judiciais, que a doutrina se ocupe de construir os sentidos próprios de cada direito, propondo parâmetros ou standards específicos capazes de identificar o que deve ser considerado como prerrogativa essencial de cada direito, o que pode ser sofrer restrição, em que circunstâncias isso pode acontecer, dentre outros elementos necessários para a compreensão mais precisa dos direitos. (BARCELLOS, 2005, p. 145)

Em resumo, a autor sintetiza o que seria a ponderação em sua visão:

Após identificar os enunciados normativos em tensão e as diferentes normas que eles podem justificar (primeira fase) e selecionar os aspectos fáticos relevantes (segunda fase), o intérprete chega à etapa decisória da ponderação. Neste momento, o aplicador precisará de parâmetros propriamente jurídicos para orientar suas escolhas que, no entanto, não são fornecidos pela técnica da ponderação em si. De toda sorte, antes mesmo desses parâmetros, três diretrizes devem ser consideradas pelo intérprete: (i) qualquer decisão deve poder ser generalizada para casos equiparáveis (pretensão de universalidade), assim como a argumentação empreendida deve utilizar uma racionalidade comum a todos; (ii) sempre que possível o intérprete deve produzir a concordância prática dos enunciados em disputa; e (iii) a decisão a ser produzida deve respeitar o núcleo dos direitos, ainda que um núcleo apenas consistente, e não duro. (BARCELLOS, 2005, p. 146)

De maneira divergente à teoria alexyana, Ana Paula de Barcellos defende ser possível e desejável que se efetue ponderações em abstrato, com a proposta de “um conjunto de soluções ponderativas pré-fabricadas” (BARCELLOS, 2005, p. 150). Assim, afirma que:

Na verdade, mais que possível, é desejável que a ponderação se desenvolva também antes do surgimento do caso concreto. Na medida em que a ponderação vai sendo forjada em abstrato ou preventivamente, por meio da discussão de casos hipotéticos ou passados, o juiz terá balizas pré-fixadas quando se defrontar com casos reais. (BARCELLOS, 2005, p. 147)

O intérprete ponderaria de maneira preventiva. Sem o acontecer do caso concreto. Ou seja, a resposta surgiria antes que a pergunta fosse feita.

Além desse ponto de divergência com a teoria de Robert Alexy, os autores defendem a possibilidade da ponderação de regras, ponto esse que também defendido por outros autores brasileiros, como é o caso de Humberto Ávila, em sua Teoria dos Princípios.

Como abordado no capítulo anterior, para Alexy, a diferença entre as regras e princípios estaria no modo de aplicação. A ponderação seria o modo adequado para os princípios.

Ao defender-se a ponderação de regras, fica o questionamento: qual a razão para se distinguir tais espécies normativas?

Além disso, de acordo com Alexy, do método ponderativo, surgirá uma regra que será subsumida. Assim, em uma ponderação de regras, qual seria o resultado? Uma outra regra?

Tais pontos mostram algumas inconsistências teóricas do modelo proposto pelos autores.

Os autores reconhecem os riscos trazidos pela ponderação. Embora a técnica determine a atribuição de peso, não seriam fornecidas referências materiais ou axiológicas para subsidiar a valoração a ser feita. “No limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto.” (BARCELLOS E BARROSO, 2010 p. 290-291).

Afirmam que a técnica não teria alcançado o padrão necessário de objetividade, o que daria “lugar a ampla discricionariedade judicial.” (BARCELLOS E BARROSO, 2010 p. 274). Todavia, tal discricionariedade se daria apenas nas hipóteses de inexistência de resposta pronta no ordenamento para ser subsumida ao caso.

Assim, apostam em uma jurisdição voluntaristas, aceitando que as decisões são tomadas a partir das vontades particulares do julgador. Ou seja, “a jurisdição, que é a interpretação final do direito aplicável, expressará, em maior ou menor intensidade, a compreensão particular do juiz ou do tribunal acerca do sentido das normas.” (BARROSO, 2014, p. 259)

Veja, a teoria de Robert Alexy surge com a pretensão de racionalizar as decisões do Tribunal Constitucional Alemão e reduzir ao máximo a discricionariedade de maneira procedimental. Apesar do autor reconhecer que em alguns casos haverá uma discricionariedade do legislador ou do julgador, bem como que existem valorações feitas por parte do sopesador, sua teoria em nada tem a ver com a desenvolvida pelos autores aqui analisados, que apostam fortemente no subjetivismo do juiz.

Além disso, a técnica da ponderação desenvolvida por eles, nada tem de similaridade com a alexyana.

Primeiro, as duas primeiras etapas são apenas pressupostos de todo método ponderativo, eles não são a ponderação. Para que o julgador pondere, os princípios incidentes no caso já são conhecidos, bem como estão em colisão, o que demonstra que os fatos também já são conhecidos.

Assim, o que realmente interessa é a terceira etapa. Por ser a decisória, ela deveria formular efetivamente o método a ser seguido. Alexy elabora seu método. Em sua teoria há a lei de colisão, lei de sopesamento e fórmula do peso.

A fórmula do peso é o ponto central do método ponderativo. Por meio dela que o raciocínio é esclarecido. É a fórmula que deixa claro os pesos atribuídos pelo intérprete.

Apesar de empreender-se uma crítica ao método no terceiro capítulo do trabalho, ao menos a teoria de Alexy tenta expor as razões que o intérprete utilizou para decidir a colisão de princípios.

Já a teoria de Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso não propõe uma metodologia como a de Alexy. Apesar de entenderem a técnica como um procedimento, não há um procedimento a ser seguido efetivamente. Propõe alguns parâmetros, mas tais parâmetros nem de longe são exclusivos do raciocínio ponderativo.

A ponderação se transforma em um argumento performático, um verdadeiro “jeitinho brasileiro” para os casos difíceis.

O jeito brasileiro são as “ações realizadas fora do padrão com o intuito de resolução imediata.” (FLACH, 2012, p. 500). Além disso, “o sentido de jeito brasileiro possui um sentido pejorativo, que se deturpou ainda mais ao ser legitimado, pois aos poucos foi se institucionalizando e sendo considerado normal.” (FLACH, 2012, P. 500).

De maneira enfática, Eduardo Flach afirma “que o jeito seria uma forma preguiçosa, malandra, de levar vantagem sobre alguma situação, desconsiderando o prejuízo causado ao outro ou ao Estado.” (FLACH, 2012, p. 501). Trata-se, pois, de um processo informal particularmente útil para resolver situações e processos imediatos.

E mais, Luís Roberto Barroso identifica o jeitinho brasileiro como “os comportamentos de um indivíduo voltados à resolução de problemas por via informal, valendo-se de diferentes recursos” (BARROSO, 2017, p.04). Há uma “pessoalização” das relações, a criação de um vínculo afetivo ou emocional.

Resta clara a correlação da ponderação proposta pelos autores e o jeitinho brasileiro. Nos casos difíceis, em que não há “soluções pré-fabricadas” no ordenamento, o julgador necessita de um outro modo para resolver o caso, que será fundado em suas preferências pessoais.

A ponderação torna-se uma expressão do jeitinho brasileiro, em que a partir do seu subjetivismo, o intérprete escolherá uma norma a ser aplicada ao suposto “caso difícil”.

O jeitinho é avesso ao espírito democrático do Constitucionalismo Contemporâneo. Não se pode depender de subjetivismos dos intérpretes para que a Constituição seja concretizada, pelo contrário, ao depender-se da vontade do sujeito, em nada se avança para que o texto constitucional deixe de ser uma mera folha de papel.

2.3. Breves Notas sobre a recepção da ponderação pelo NCPC: O artigo 489, §2º

O Código de Processo Civil de 2015 institucionalizou a ponderação no direito brasileiro. O § 2º do art. 489 determina que o juiz deverá demonstrar as razões da ponderação realizada. Vejamos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 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.

O Legislador trouxe a polêmica para dentro do código, sem, contudo, observar os delineamentos da teoria de Robert Alexy.

Primeiro, o dispositivo trata de “colisão entre normas”, diferentemente da teoria de Alexy, em que apenas os princípios são ponderados. Talvez tal fator demonstre a influência da recepção inadequada de teoria do jurista alemão no Brasil. Este ponto vem sendo uma das grandes críticas:

A crítica mais forte ao art. 489, §2º, do CPC/2015 é de que a ponderação ali prevista é totalmente diferente da ponderação pensada por Robert Alexy, que, por sua vez, idealizou a ponderação de princípios, e não de regras, o que, segundo alguns estudiosos, contribuiu para a eventual ocorrência da escolha discricionária do julgador, sem observância aos requisitos da ponderação idealizada por Alexy e sem observância ao direito fundamental de fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. (BASTOS e LEITE, 2016, p.58)

Assim, o Código teria ampliado as hipóteses que o juiz poderia ponderar, o que pode ser visto como um grande erro tendo em vista toda o desenvolvimento teórico do método: Assim:

Como se vê, a redação do §2º do art. 489 do novo Código faz referência à colisão entre normas, e não entre princípios, como sugerem as teorias acima descritas. Frente a tal constatação, se poderia argumentar que o dispositivo incorreu em grave erro teórico por prever que hipóteses de colisão entre normas jurídicas deveriam ser resolvidas por meio da ponderação, o que implicaria dizer que o magistrado poderia ponderar em quaisquer hipóteses. (PUGLIESE e RUTANO, 2015, p. 56)

Desse modo, a doutrina vem entendendo que o dispositivo não guarda correlação com a teoria de Alexy, vez que não levou em conta a diferença entre os princípios e regras:

O texto do art. 489, §2º, do novo CPC, embora utilize conceitos da teoria de Alexy, não guarda perfeita harmonia com ela, especificamente por não considerar as diferenças entre princípios e regras, o que parece abrir margem para que o julgador pondere não apenas entre princípios, mas inclusive entre regras e princípios ou mesmo entre regras. (PUGLIESE e RUTANO, 2015, p. 65)

Assim sendo, não se mostra possível observar no art. 489, §2º do CPC a teoria de Alexy relacionada à ponderação:

Desse modo, não é possível sustentar que o legislador “escolheu” a teoria de Robert Alexy em detrimento das demais, inclusive porque não houve positivação das subregras da ponderação. Desta forma, não se deve compreender o art. 489, §2º, como uma opção legislativa pelo autor alemão. (PUGLIESE e RUTANO, 2015, p. 65)

Assim, há autores que defendem que, “apesar da aparente imprecisão teórica, cabe à doutrina buscar a melhor interpretação ao dispositivo, corrigindo as imperfeições legislativas.” (PUGLIESE e RUTANO, 2015, p.56)

Todavia, há autores que festejam a previsão da ponderação no código, afirmam que se trata de critério importante para se aprimorar a justificação das decisões. Vejamos:

Desta feita, não procede o argumento de que a ponderação está caracterizada pela falta de embasamento racional, pois, embora não seja um ato de subsunção, no qual se aplica a regra em um caso concreto como se fosse um ato de encaixe, a ponderação exige uma fundamentação muito mais apurada, capaz de otimizar o problema, solucionando o conflito de interesses de forma completa e democrática. (BASTOS e LEITE, 2016, p.58)

Ademais, defende-se que a ampliação do uso de ponderação para as normas seria salutar em um país como o Brasil, em que a simples ponderação de princípios não se mostra suficiente. Nestes termos:

Portanto, esta espécie de ponderação “à brasileira” é possível em um país gigante como o nosso e cheio de particularidades, daí por que é insuficiente a ponderação apenas de princípios, no caso concreto, buscando ao mesmo tempo justiça e segurança jurídica. (BASTOS e LEITE, 2016, p. 65)

E arrematam os autores, elevando a ponderação à um novo paradigma decisório e imprescindível para o aprimoramento da fundamentação:

Houve, de fato, uma ampliação da ponderação pensada por Robert Alexy, já que o art. 489, §2º, do NCPC não fala de colisão entre princípios, e sim entre normas (regras e princípios), o que, no Brasil, deve ser analisado através da fundamentação, observando-se todos os argumentos jurídicos apresentados pelos interessados e proporcionando o amplo debate visando dirimir colisão entre normas, quer seja entre regras, quer seja entre princípios, ou ainda colisão entre regras e princípios, com o objetivo único de promover a realização concreto do direito fundamental, construindo-se um novo paradigma de decisão judicial. (BASTOS e LEITE, 2016, p. 67)

Além desse questionamento da inadequada recepção da teoria de Robert Alexy, há uma problematização mais enfática, que seria quanto a própria constitucionalidade do dispositivo do novo Código de Processo Civil.

Alguns juristas vêm defendendo a hipótese de inconstitucionalidade do dispositivo. Dentre todos, Lenio Streck se destaca na defesa de tal ideia. Em

síntese, o autor formula questionamento central quanto à ponderação disposta no Código de Processo Civil de 2015:

A pergunta fundamental é: *É disso que trata o NCPC? Ou é de uma ponderação tupiniquim de que fala o legislador? Uma ponderação fake? Uma gambiarra hermenêutica? Uma ponderação “tipo-o-juiz-escolhe-um-dos-princípios-ou-regras-em-colisão” e...fiat lux, eis-aí-o-resultado-ponderativo? Parece, assim, que a ponderação do NCPC está a quilômetros-luz do que propõe Alexy (e também à mesma distância da ponderação inventada originalmente no início do século XX por Philippe Heck, na sua Jurisprudência dos Interesses).* (STRECK, 2016, p. 145)

O jurista gaúcho afirma que a disposição da ponderação no Código é contrária à Constituição e à democracia, para tanto, elenca 10 razões. Trataremos brevemente dos apontamentos de Lenio Streck.

A primeira delas seria a lesão à segurança jurídica, vez que haveria um favorecimento ao relativismo interpretativo, “que tenderia a produzir decisões díspares sobre a mesma matéria, algo que é rechaçado por outros dispositivos do próprio projeto do NCPC.” (STRECK, 2016, p. 147)

A ideia de colisão seria um conceito que requer teórico, que ainda não encontra consenso, o que acaba por prejudicar a “positivação” em um texto de lei nestes termos. “Portanto, não é aconselhável ao legislador conferir status legislativo a *questões polêmicas como essa* (novamente, há risco de lesão à segurança jurídica).” (STRECK, 2016, p. 147).

O quarto ponto seria a da variedade dos autores brasileiros que defendem a ponderação, alguns falando em ponderação de valores, outros de interesses, princípios, regras e bens. Mas afinal, o que seria a ponderação efetivamente?

De acordo com o autor, não há ponderação de normas, vez que “o termo “norma” é equivocado, porque engloba regras e princípios.” (STRECK, 2016, p. 148). E mais, “se todas as normas lato senso puderem colidir perderemos o campo de avaliação estrito da validade, algo que, novamente prejudica a segurança jurídica.” (STRECK, 2016, p. 148).

O autor questiona quanto aos efeitos da não justificação da ponderação. As decisões seriam anuladas? E vai além, “o que quer dizer “justificar a ponderação?” (STRECK, 2016, p. 148).

Além disso, ressalta que a teoria original de Alexy propõe a ponderação apenas nos casos difíceis, que são os que existem colisões de princípios, todavia, o NCPC pretende a utilização da ponderação sempre que existir colisão de normas, assim, “tem-se que, no NCPC, caberá ponderação mesmo nos casos fáceis, bastando ele, juiz, entenda haver a tal “colisão de normas”.” (STRECK, 2016, p. 148).

Por fim, o Streck afirma haver um problema quanto à democracia em razão do ativismo judicial, “com este dispositivo do NCPC, os juízes e tribunais podem, autorizados pela própria lei – o que mais surpreende – substituir-se ao legislador. Pronto: dilema resolvido com a democracia, claro, fora da festa.” (STRECK, 2016, p. 149).

Assim, o autor assevera que o dispositivo da ponderação do NCPC:

Tanto pode ser inquinado de inconstitucional por violação ao art. 93, IX, como pode ser fulminado por uma interpretação que envolva a totalidade do CPC, naquilo que se pode denominar de interpretação sistemática. Há nítida lesão ao princípio da segurança jurídica, que é exatamente prestigiado por outros dispositivos do CPC. (STRECK, 2016, p. 149)

Em síntese, o dispositivo não possui qualquer adequação à proposta de Robert Alexy, caracterizando-se como verdadeiro álibi teórico, ou seja, um jeitinho brasileiro, para o julgador “decida” a partir de sua consciência.

Capítulo 3. Há alternativas ao método da ponderação?

3.1. Teorias pós-positivistas: As críticas e alternativas à ponderação

3.1.1. O que é o pós-positivismo?

Lenio Streck nos ensina que a ideia de pós-positivismo surgiu inicialmente no âmbito das denominadas ciências “duras”. Assim:

Refere-se ao movimento surgido no séc. XX que procurava demonstrar as limitações do Positivismo Científico, sobretudo, em sua visão mecanicista e na crença de que as ciências exatas seriam o modelo teórico básico para as demais. Eis o traço fulcral do positivismo: fatos. E fatos são descritos. Daí a neutralidade propugnada. (STRECK, 2017, p. 218)

Todavia, tal corrente não propugnava uma contrariedade ao Positivismo. Em verdade, objetivava lançar luzes ao que estava velado sob o véu da neutralidade, como as contingências históricas do conhecimento científico e, por consequência, a problemática relativa aos métodos de investigação.

No âmbito do Direito, o primeiro autor a lançar mão do termo pós-positivismo foi Friedrich Müller, em sua obra *Juristische Methodik*, de 1971. O jurista alemão buscou a superação dos conceitos gestados pelo positivismo, e para tanto, formulou a chamada Teoria Estruturante do Direito.

Com efeito, o centro de todo o trabalho jurídico efetivo, cotidiano é algo que pode ser formulado concretamente: a norma jurídica. Os enfoques fundamentais da ciência jurídica distinguem-se quanto ao posicionamento das suas concepções diante da norma jurídica. (Müller, 2013, p.09)

Na metódica estruturante de Müller desaparecem as dicotomias metafísicas do Direito, como a cisão entre direito e realidade, ser e dever-se, fato e norma e teoria e prática. Não há um descolamento destas categorias, por se voltarem à concretude, todos acabam por ser elementos constituidores do jurídico. Assim:

o “direito” e a “realidade” não aparecem mais como categorias opostas abstratas; eles atuam agora como elementos da ação jurídica, sintetizáveis no trabalho jurídico efetivo de caso para caso –

na forma da norma jurídica produzida. E essa ação jurídica é *uma ação* pela e na linguagem [*Sprachhandeln*], é geração do texto com base em textos, inscreve-se na estrutura textiforme da democracia fundada no Estado de Direito. (MÜLLER, 2013, p.12)

Há uma valorização do caso concreto, o Direito acontece no caso concreto. “O caso jurídico concreto é tão importante, é tão cofundador da norma jurídica como a prática é da teoria.” (Müller, 2013, p.15)

Tal análise demonstra que a norma jurídica, ao contrário do que estabelece a proposição positivista, não deve ser entendida como uma ordem abstrata daquilo que deve ser, nem como um juízo hipotético ou um ato de vontade carente de inteiro fundo material. (MÜLLER, 2013, p.19)

O papel da metódica seria o de decompor o processo de elaboração da decisão, da concretização da norma “e da fundamentação expositiva em passos de raciocínio suficientemente pequenos para abrir o caminho ao feed-back controlador por parte dos destinatários da norma,” (MÜLLER, 2010, p. 54), ou seja, daqueles que serão afetados, dos agentes estatais e da ciência jurídica.

Como já nos referimos no primeiro capítulo, para Friedrich Müller há uma distinção entre texto e norma – distinção, não uma cisão - sendo a norma constituída por dois elementos: o programa normativo e o âmbito normativo.

“O teor literal expressa o “programa da norma”” (MÜLLER, 2010, p. 57), ou seja, o texto, os dados linguísticos. Além, à norma pertence o âmbito normativo, que seria “o recorte social da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma “escolheu” para si ou em parte criou para si com seu âmbito de regulação. Todavia, o âmbito normativo não se trata de um amontoado de fatos, pelo contrário:

Nem para a norma jurídica nem para a norma de decisão se apresenta o âmbito normativo, no que se refere a sua estrutura básica, como somatório de meros fatos, senão unicamente desde a perspectiva do projeto determinado pela disposição ou preceito jurídico, pelo programa da norma. (MÜLLER, 2013, p. 26-27)

Veja, o texto normativo não detém a normatividade. O texto não se sustenta por si só. “Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto.” (MÜLLER, 2010, p.53). Pelo contrário, a normatividade trata-se de um processo estruturado, a concretização, resultado “dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social.” (MÜLLER, 2010, p.55). Desse modo, “o texto da norma não “contém” a normatividade e sua estrutura material concreta. Ele dirige

e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro.” (MÜLLER, 2010, p.53).

Ou seja, os textos não são plenipotenciários, não são um fim em si mesmo, mas ao mesmo dirigem as possibilidades para a concretização da norma. A norma há que se referir a algum texto, caso contrário, estar-se-ia diante de um decisionismo, o que não se adequa ao contexto democrático atual.

Em resumo:

a norma somente existe diante da problematização de um caso concreto, seja real ou fictício. A norma não está contida na lei. Somente após a interpretação, a norma é produzida, a norma é realizada na linguagem, diante da problematização, quando é contraposta aos fatos jurídicos e à controvérsia judicial que pretende solucionar. (ABBOUD, 2014, p. 75)

Apesar de receber influências da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, Friedrich Müller não assume por completo tais pressupostos filosóficos, por entende haver limitações e especialidades do Direito. Neste sentido, afirma o jurista alemão:

Todavia, os saberes de uma hermenêutica filosófica se deparam com estreitos limites, caso se tente transferi-los à ciência do direito, porque a aplicação do direito – graças, por exemplo, às exigências jurídico-positivistas de determinabilidade e de clareza de normas e métodos no direito do Estado – está submetida a requisitos especiais no que concerne à publicidade de inevitáveis decisões valorativas e considerações que, por razões legítimas e juridicamente autônomas, podem deter o círculo hermenêutico. (MÜLLER, 2013, p. 24)

O conceito pós-positivista de Direito pode ser resumido como a análise do fenômeno jurídico a partir da perspectiva da concretização, trata-se dum conceito interpretativo do Direito.

Há que se pensar na diferença entre os níveis teórico e prático. Na segunda metade do século XX, o Direito sofreu verdadeira revolução. Quanto ao nível teórico, houve “a necessidade do reconhecimento de uma especificidade do direito frente a política” (ABBOUD *et al.*, 2015, p.78), há o deslocamento metodológico em direção à decisão judicial. Já no nível prático, com o enfoque na decisão judicial, “as decisões sobre a interpretação passaram a ocupar o centro das atenções.” (ABBOUD *et al.*, 2015, p.79).

Em contraponto, o positivismo “foge em direção à investigação teórica, suprimindo, conseqüentemente, a *práxis*, de sua esfera de preocupações: o direito é pensado como um sistema de normas e a tarefa do jurista é ordenar, segundo os rigores da lógica, este sistema de modo coerente e racional.” (ABBOUD *et al.*,2015, p.79)

Assim, seria “possível desenvolver interpretações *in abstracto* desconsiderando as especificidades particularíssimas do caso concreto, ou seja, dos fatos?” (ABBOUD *et al.*,2015, p.79)

As posturas positivistas, e até mesmo posturas ditas neoconstitucionalistas ou “pós-positivistas”, como a de Robert Alexy, bem como a de Ana Paula de Barcellos, acabam por defender uma cisão entre a interpretação e aplicação. Primeiro interpreto, de maneira abstrata, levando em conta apenas o âmbito semântico, o que gera interpretações em abstrato, e em um segundo momento, aplica-se o Direito, por meio de métodos ponderativos ou por outras técnicas de aplicação. Permanece a cisão entre ser e dever-ser, entre norma e fato. Assim:

A interpretação é vista aqui, portanto, como uma tarefa abstrata que antecede o momento prático aplicativo. De se ressaltar que, no interior deste entendimento, solvidas as questões técnico-interpretativas por meio dos vetustos métodos de interpretação – desenvolvidos ainda no seio do paradoxal historicismo alemão pelo gênio de Savigny – a aplicação do direito se daria de forma neutra e imparcial, ainda que, nos casos de lacuna, fosse utilizada a aplicação analógica de outro dispositivo intrassistêmico. (ABBOUD *et al.*,2015, p.81)

Nesta toada, tais teorias não se questionam quanto a tal problemática, dessas dicotomias e cisões, principalmente entre o mundo prático e o teórico, e a ausência de problematização “torna os resultados de uma teoria pós-positivista, preocupada com a indeterminação do direito e com o problema prático da decisão judicial, precários e em grande medida duvidosos. ” (ABBOUD *et al.*,2015, p.81). É na indeterminação que se gestará a ideia de discricionariedade, fruto da exclusão do mundo prático do Direito. Desse modo, “há que se ressaltar que a discricionariedade da “textura aberta” do Direito, conforme os escritos de Herbert Hart, é exatamente “o espaço do saber prático que a reflexão teórica do positivismo insiste em excluir da reflexão concreta”. ” (ABBOUD *et al.*,2015, p.81)

Em suma, o pós-positivismo é marcado pelo fortalecimento do caráter hermenêutico, voltado sempre para o mundo prático e da concretização do Direito:

Assim, nos quadros do chamado pós-positivismo, o conceito de direito é determinado a partir do inexorável elemento hermenêutico que acompanha a experiência jurídica. O que unifica as diversas posturas que podem ser chamadas de pós-positivistas é que o direito é analisado na perspectiva da sua interpretação ou da sua concretização. (ABBOUD *et al.*, 2015, p.81)

Todavia, muitos autores e correntes foram rotulados como “pós-positivistas”, apesar de possuírem orientações jusfilosóficas diversas. “Assim como existem vários positivismos, também há vários pós-positivismos ou teses que procuram superar o(s) positivismo(s).” (STRECK, 2017, p. 218-219).

Albert Calsamiglia compreende como pós-positivistas aquelas teorias que buscam resolver os problemas da indeterminação do Direito e as relações entre o Direito, a moral e a política, o que parece ser bem acertado, e constituirão os enfoques da Crítica Hermenêutica do Direito ao lado da discricionariedade que se encontra alojada subterraneamente nos dois problemas.

Na tentativa de contrapor o positivismo (legalista) e o pós-positivismo, Josep Aguiló Regla formula dez teses, trataremos delas de maneira breve.

A primeira tese propugna que o positivismo pensa(va) o Direito como um conjunto de regras, já o pós-positivismo como um modelo de princípios e regras. O Juspositivismo defende(ia) ser o modelo de regras o mais adequado para explicar a estrutura do sistema jurídico. As regras seriam “normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con la solución normativa” (REGLA, 2007, p. 669). Para o pós-positivismo, além das regras, existiriam os princípios que, apesar de estabelecerem uma solução normativa, não indicariam quando são aplicáveis, o que demandaria um modo distinto de decidir. Assim, os princípios dotariam as regras de sentido. A segunda tese seria de que o único modelo de relação entre as normas seria a de natureza lógica de dedução, de outro lado, no pós-positivismo, além da relação lógica, se recorre à ideia de coerência valorativa, ou seja, de justificação.

A terceira tese formulada pelo jurista espanhol enuncia que no positivismo há uma correlação direta entre direitos e deveres. Assim, afirmar que alguém tem um direito pode ser traduzido no enunciado de dever de outro sujeito. Na visão pós-

positivista, há uma prioridade justificativa dos direitos. Ou seja, o reconhecimento de direitos justifica a imposição de deveres, todavia, a imposição de deveres não serve para justificar a titularidade dos direitos.

Na quarta tese, o jurista trata do modelo decisório. O positivismo, tendo em vista o modelo de regras, o raciocínio jurídico se limitava ao raciocínio subsuntivo. Entretanto, o pós-positivismo, por reconhecer a normatividade dos princípios jurídicos, a subsunção não seria suficiente, o que demandaria a utilização da ponderação, que “desemboca em la formulación de una regla que permita resolver el caso.” (REGLA, 2007, p. 671). A quinta tese enuncia que no positivismo há uma distinção entre criar normas e aplicar normas, a primeira atividade seria política/moral, já a segunda seria técnica e estritamente jurídica. Já no pós-positivismo não existiria não haveria uma separação taxativa entre o raciocínio político e o jurídico. Assim, a atividade jurídica não seria apenas técnica, mas sofreria influências políticas e morais.

Na sexta tese, o jurista espanhol afirma que, no positivismo, a validade das normas é marcada apenas por uma questão formal. O Direito pode ter qualquer conteúdo, sendo identificado apenas por seu conteúdo. O pós-positivismo pretende uma validade além da formal, pensando em um critério material de validade das normas. A sétima tese trata da distinção entre casos regulados/casos não regulados e casos fáceis/casos difíceis. No positivismo, tendo em vista o modelo de regras e a cisão entre a criação e aplicação de normas, estaríamos diante de casos regulados ou não regulados. Nos casos regulados há a subsunção das regras, já nos não regulados, além das técnicas de colmatação de lacunas, acabariam por resultar em um espaço de discricionariedade daquele que tem que decidir o caso. Já no pós-positivismo, existem os casos fáceis que são resolvidos pela aplicação das regras, e os casos difíceis, quando surgem questões práticas que requerem uma intensa atividade deliberativa e justificativa, âmbito ocupado normalmente pelos princípios.

A oitava tese trata da separação entre a linguagem do Direito, das normas, uma linguagem prescritiva e, por consequência, sem valor de verdade e a ciência jurídica, que é uma metalinguagem descritiva da linguagem do Direito, um discurso descritivo, cujos enunciados possuem valor de verdade, ou seja, poderiam ser verdadeiros ou falsos. Já no pós-positivismo, tal distinção perde força, temos a ideia

de um discurso compreensivo e reconstrutivo. O jurista não é mais um mero observador de um objeto completamente distante, que pode ser descrito.

Na nona tese, Regla afirma que no positivismo existia uma clara distinção entre a estática e a dinâmica jurídicas, o que não ocorre no pós-positivismo, uma vez que o Direito é compreendido como prática. A última tese trata do ensino jurídico. No paradigma positivista, vez que o Direito é formado por regras, o ensino jurídico é voltado para o aprendizado das regras jurídicas de cada um dos ramos que o compõe. Já no pós-positivismo, como o Direito não é apenas as regras jurídicas, com o reconhecimento dos princípios, bem como o aumento exponencial das próprias regras, o que tornaria impossível seu conhecimento total, a excelência jurídica se daria por meio de uma adequada combinação de conhecimentos normativos e o desenvolvimento de habilidades metodológicas orientadas a solução de problemas jurídicos.

Há que se notar o fato de que as distinções oferecidas por Aguiló Regla têm o condão de rebater apenas uma corrente do positivismo, o legalista, como se fosse apenas aquele velho modelo de regras e o juiz “boca da lei”. Todavia, “ocorre que, na sua análise – tal qual fazem inúmeros críticos do positivismo – está ausente a distinção entre dois níveis que os positivistas pós-kelsenianos e pós-hartianos estabeleceram.” (STRECK, 2017, p. 217).

Entretanto, ao tratarmos de pós-positivismo, deve-se falar em ir além da superação do positivismo legalista-exegético. Isso, os positivismos exclusivo e inclusivo já fizeram de há muito. Há que se superar todas as formas positivistas. Muitas teorias apenas “corrigem em cima de fenômenos de superfície, não transcendem o paradigma positivista a partir da concepção da norma.” (Müller, 2013, p.10)

Lenio Streck nos fala de quatro vertentes que são denominadas pós-positivistas: a) Matriz analítica, defendida por autores como Robert Alexy, bem como nos adeptos de sua Teoria da Argumentação Jurídica; b) Matriz discursivo-procedimental, manifesta na Teoria do Direito de Habermas; c) Matriz estruturalista, que está presente no pós-positivismo de Friedrich Müller, apesar do autor sofrer forte influência da hermenêutica gadameriana; d) Matriz hermenêutica-fenomenológica, que, segundo o autor, está presente nas obras de Ronald Dworkin,

Arthur Kaufmann e, de certa medida, em Josef Esser. A Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Streck possui a mesma raiz filosófica.

Note-se que, em outro texto, o autor brasileiro ressalta a peculiar classificação autodenominada por Robert Alexy como “não-positivista inclusivo”. Assim, afirma Lenio Streck que:

Alexy assume, desde o início, uma postura não-positivista na medida em que inclui elementos morais dentro do seu conceito de Direito, mais especificamente, por meio do conceito de “correção material” que se desenvolve a partir da noção de contradição performativa, na filosofia analítica da linguagem. (STRECK, 2017, p. 219)

Desse modo, há que se analisar se a teoria desenvolvida por Robert Alexy pode ser realmente denominada como pós-positivista, ou se não estariam presentes os pressupostos deste movimento.

Para o jurista brasileiro, para que uma teoria seja efetivamente pós-positivista, dois elementos devem, inexoravelmente, estar presentes:

- a) ter total consciência do nível teórico sob o qual estão assentadas as projeções teóricas efetuadas, ou seja, uma teoria pós-positivista não pode fazer uso de *mixagens teóricas*;
- b) enfrentar o problema do solipsismo epistemológico que unifica todas as formas de positivismo. (STRECK, 2017, p.31)

Desse modo, uma teoria apenas poderia ser denominada pós-positivista caso, efetivamente, supere “o positivismo, tanto na sua forma primitiva-exegético-conceitual quanto na sua forma normativista, semântico-discricionária.” (STRECK, 2017, p.31). Com efeito, além da implicação de se assumir uma postura de descontinuidade com as categorias do positivismo, a superação do positivismo determina o enfrentamento do problema da discricionariedade, ou seja, do solipsismo da razão prática. O solipsismo, ou seja, “aquele que é viciado em si mesmo”, pode ser compreendido como a “concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior” (STRECK, 2017, p. 273)

O pós-positivismo não pode ser identificado como um melhoramento do positivismo, ou uma atualização dos conceitos desta corrente teórica. Em verdade, o pós-positivismo deve ser um paradigma de ruptura e superação, todavia, tal

superação só se dará com substituição das bases filosóficas do paradigma positivista. Neste sentido, afirma Lenio Streck:

Ou seja, por compreender as características observáveis sem conectá-las com o background filosófico que as sustenta, parece simples propor meros ajustes, que são inconciliáveis ou apenas mais do mesmo, quando lemos com profundidade. Desse modo, para a CHD o pós-positivismo (ou, se quisermos, não positivismo) é um movimento de ruptura que somente é possível quando as bases filosóficas são substituídas. Sem este enfrentamento esta tarefa tenderá ao fracasso. As tentativas de atualização ou melhoria estão inseridas dentro do guarda-chuva positivista, como o positivismo inclusivo e ou normativo. Assim, o pós-positivismo, por estar fora dele, representa uma descontinuidade, e isto deve ser levado a sério. (STRECK, 2017, p. 217-218)

Desse modo, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) subscreve os seguintes pontos do pós-positivismo: (1) reconhecimento do Direito como uma prática, com enfoque no acontecer do Direito; (2) reaproximação do Direito com seu entorno, tanto a política, quanto a moral, o Direito não é mais entendido de maneira cindida com estas áreas; (3) tentativa de elaborar uma teoria não-descritivista, bem como uma teoria para além das dicotomias descrição/prescrição, fato/valor, ser/dever-ser; (4) busca por uma aplicação do Direito não discricionária que reforce o papel da fundamentação/justificação; (5) maior fluidez na construção do Direito, ou seja, o Direito não se resume aos textos legislados, tampouco o Judiciário cria o Direito do nada; (6) reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, “entendidos com padrões vinculantes e substanciais que exigem do intérprete um exercício distinto na aplicação do Direito” (STRECK, 2017, p.218); (7) ampliação da ideia de validade, em que “o Direito legislado ou aplicado deve manifestar-se democraticamente legítimo.” (STRECK, 2017, p. 218).

Por consequência, uma teoria pós-positivista tem compromissos paradigmáticos. O pós-positivismo está inserido no paradigma da intersubjetividade. Assim, “o pós-positivismo somente se consolida(rá) a partir da intersubjetividade, em que, na especificidade do Direito, a estrutura externa provoque constrangimentos e controles à subjetividade.” (STRECK, 2017, p.220).

Na sequência iremos tratar da Crítica Hermenêutica do Direito, abordando alguns dos conceitos teóricos que fundam tal corrente, bem como as críticas e propostas frente ao método ponderativo.

3.2. A Crítica Hermenêutica do Direito

3.2.1. Duas ideias fundamentais: Diferença ontológica e círculo hermenêutico

Para que possamos compreender de maneira adequada a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) elaborada por Lenio Streck é necessário abordar algumas ideias principais sobre a hermenêutica trabalhada por autores como Heidegger e Gadamer.

A hermenêutica trabalhada pelo autor pretende superar o raciocínio metafísico, tanto objetivista, quanto subjetivista. A marca deste pensamento metafísico é a preocupação com a demonstração racional de seus enunciados, pretendendo-se uma dissociação do mundo prático, que, aplicado ao pensamento jurídico, acaba por construir um “mundo virtual próprio do direito, isolado da sua condição de possibilidade, qual seja, o mundo prático, a facticidade.” (MORAIS, 2016, p. 186).

Em resumo, podemos identificar dois modelos filosóficos preponderantes na história. O primeiro pode ser denominado de metafísica clássica, de cunho objetivista, em que a verdade/sentido/conhecimento encontra-se vinculado às coisas, que possuem uma essência própria que pode ser apreendida pelo sujeito. O segundo modelo seria a metafísica moderna, quando o sujeito passa a ter o poder sobre o conhecimento/verdade/sentido, assim, através de sua mente/consciência de si do pensamento pensante poderá construir o seu objeto de conhecimento. A verdade passa a depender da vontade do sujeito. Aqui está o subjetivismo.

Os dois modelos filosóficos estão calcados no esquema sujeito-objeto, havendo a apenas a mudança do enfoque em cada uma das metafísicas.

A hermenêutica trabalhada por Lenio Streck identifica-se como um ponto entre esses dois modelos, com uma completa ruptura com o esquema sujeito-objeto. Passaremos a abordar as ideias principais para a compreensão do paradigma filosófico de que fala o jurista brasileiro.

De início, cabe ressaltar que o autor claramente se filia à hermenêutica filosófica de Martin Heidegger. Assim, é preciso registrar que tal pensamento pode ser compreendido como uma “hermenêutica da faticidade”.

A faticidade é um dos pontos centrais da crítica hermenêutica. Sem a compreensão da ideia de faticidade não é possível compreender ideias como a diferença ontológica ou o círculo hermenêutico.

Nas palavras de Jean Grondin, para Heidegger, a faticidade designa “a existência concreta e individual que inicialmente não é para nós um objeto, e sim uma aventura na qual somos projetos e para a qual não podemos despertar de maneira expressa ou não.” (GRONDIN, 2012, p. 38).

A existência da faticidade está voltada para a existência concreta do homem, a preocupação de tal filosofia não se trata de algo metafísico, fora da realidade humana, de maneira radical, essa existência humana é compreendida como um “ser hermenêutico”. “A existência é hermenêutica por ser ela um ser de entendimento.” (GRONDIN, 2012, p. 46).

Mais uma vez, temos os comentários de Jean Grondin:

a faticidade designa em Heidegger o “caráter de ser” fundamental da existência humana e daquilo que ele também chamará de *Dasein*, digamos, “o ser-que-é-lançado-aí”, esse ser que é cada oportunidade meu, que de início não é para mim apenas um “objeto” que se encontra diante de mim, mas uma relação consigo ao modo da preocupação e da inquietude radical. (GRONDIN, 2012, p. 40)

Todavia, para Heidegger, a faticidade estaria esquecida, o ser-aí permaneceria em uma espécie de estado de sonolência, um esquecimento ou encobrimento de sua existência ou de sua condição no mundo. Tal acontecimento se dá por um movimento da própria existência que busca se esconder a si mesma, busca se evitar. “É dessa forma que a existência sucumbe por si mesmo à mediocridade ditada pelo “se” sujeito indeterminado e pela opinião pública.” (GRONDIN, 2012, p. 41-42.)

Desse modo, a hermenêutica filosófica de Martin Heidegger tem o papel de atentar, despertar o *Dasein*, o ser-aí, para seu ser, sua existência individual e concreta. Seria necessário empreender a “destruição” das interpretações que

mantêm o Dasein em seu estado de sonolência. “Há necessidade de uma destruição porque a existência tenta evitar-se a si mesma.” (GRONDIN, 2012, p. 41).

Note-se que o modo-de-ser do *Dasein* é caracterizado pela historicidade e temporalidade, o que resulta pensarmos “o ser, tal como se revela na experiência vivida, escapa às categorias conceptualizantes, especializantes e intemporais de um pensamento centrado em ideias” (PALMER, 2015, p. 130), tendências próprias do pensamento metafísico.

Aqui, cabe breve comentário sobre a ideia de applicatio de Gadamer. Tendo em vista o modo-de-ser do Dasein, não há como escapar desta facticidade, da concretude. Portanto, a compreensão é sempre referida para a realidade. E a applicatio, de maneira simples e não exauriente, pode ser compreendida como a impossibilidade de se fatiar a interpretação (conheço, interpreto e aplico). Pelo contrário, “não se compreende primeiramente para depois interpretar e aplicar o compreendido a algo, pois quando compreendemos algo, já estamos aplicando.” (FERNANDES, 2016, p.369). Interpretar é aplicar. Não se interpreta em abstrato. A interpretação é a explicitação da compreensão.

Assim sendo, a filosofia hermenêutica e Heidegger, a partir da ontologia existencial e da fenomenologia, “aponta para um fundamento da hermenêutica que não se baseia na subjectividade mas na facticidade do mundo e na historicidade da compreensão.” (PALMER, 2015, p. 141).

Pode-se transferir o mesmo entendimento para o campo do Direito e, mais especificamente, à ponderação. O ser do Direito vem sendo encoberto, a faticidade vem sendo insulada. As cisões e dicotomias defendidas por certas teorias jusfilosóficas mostram a relação umbilicais com tais questões apresentadas pela hermenêutica. Ao cindir-se “dever-ser” e “ser” ou entre “norma” e “fato, está-se a “expulsar” a faticidade do Direito, que acabará entrando num segundo momento por meio de mecanismos discricionários.

Veja, a teoria da norma de Robert Alexy expurga a faticidade do conceito de norma, a concretude e individualidade não se põe. A norma permanece em um plano quase que metafísico do “dever-ser”, da semântica, sem qualquer aspecto da concretude.

A diferença ontológica faz referência à diferença existente entre o ser e o ente. De maneira direta, Lenio Streck explica o que seria tal diferença que irá pautar toda sua compreensão sobre o Direito:

Na máxima de Heidegger, isso é traduzido pelo enunciado “o ser é sempre um ser de um ente”. Eis o enigma: os fenômenos se manifestam. Exsurtem. Põe-se à mão por intermédio da linguagem. O ente só é no seu ser. Por isso não há cisão entre ser e ente. E não há cisão entre palavra e coisa; entre fato e Direito. Daí a construção da relação texto-norma no contexto da diferença ontológica. (STRECK, 2017, p. 49)

A partir da ideia de diferença ontológica que o autor afirmará a diferença entre texto e norma, direito e sociedade, direito e fato. O direito é pensado a partir da diferença e não da cisão, vez que o ser é sempre um ser de um ente, todavia, o ente só é no seu ser. O seguinte trecho mostra a importância da diferença ontológica para o Direito ao pensarmos a diferença entre texto e norma:

(...) o texto não existe em uma espécie de “textitude” metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da facticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamental para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (...). (STRECK, 2014, p. 227).

A compreensão da parte se dá a partir da compreensão do todo, todavia, a compreensão do todo depende da compreensão da parte, “parece que é preciso pressupor uma compreensão ou da parte ou do todo para podermos começar.” (SCHMIDT, 2014, p.111). Assim, “círculo hermenêutico quer dizer que sempre ingressamos em um “processo” de compreensão com algo antecipado. (...) Círculo hermenêutico é condição de possibilidade para a compreensão.”. (STRECK, 2017, p. 29). Entretanto:

De acordo com esse ideal de objetividade, a concepção heideggeriana do entender e da interpretação parece levar a um “círculo” que dá todas as mostras de ser vicioso. É que parece não mais existir interpretação objetiva, neutra, com toda interpretação parecendo nada mais que a elaboração de um entendimento prévio. (GRONDIN, 2012, p. 50)

O círculo é inevitável, pois indica o papel das estruturas prévias da compreensão, assim, o que deve ser buscado não é modo de se sair do círculo, mas, como entrar nele de maneira acertada. Nunca “entramos” de maneira neutra

em certa compreensão, algo sempre é antecipado, assim, o papel da hermenêutica está em explicitar as estruturas daquilo que se antecipa, desvelando-se o que permanece encoberto em cada compreensão.

Tal tarefa se dá a partir da fenomenologia, que não será objeto de estudo neste trabalho, mas que em resumo, trata-se de um modo de trabalho em que se volta para as coisas em si. O “método” fenomenológico trabalha com o velamento/desvelamento, encobrimento/descobrimento do ser.

Desse modo, o círculo hermenêutico não suporta cisões, em que a facticidade, o mundo prático, possa ser colocado de lado. O círculo hermenêutico se dá na concretude a partir da diferença ontológica. Nesse sentido afirma Streck:

O círculo hermenêutico é antitético a qualquer possibilidade de cisão (ou insulamento) da facticidade. E, mais do que isso, qualquer atribuição de sentido somente ocorre na diferença ontológica, ou seja, o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. (STRECK, 2017, p. 31)

O círculo hermenêutico implica na impossibilidade de se pensar em um fundamento último, um princípio epocal, assim “temos que concluir que o círculo hermenêutico é um todo com que operamos, justamente para compensar a impossibilidade de afirmar um absoluto, ou absolutos objetivados.”. (STRECK, 2017, p. 31)

De maneira exata e clara, Richard Palmer nos ensina o que seria o círculo hermenêutico. Vejamos:

Para que o intérprete faça uma <<performance>> do texto tem que compreender; tem que previamente compreender o assunto e a situação antes de entrar no horizonte do seu significado. Só quando consegue meter-se no círculo mágico do seu horizonte é que o intérprete consegue compreender o seu significado. Esse é o tal misterioso <<círculo misterioso>> sem o qual o sentido do texto pode emergir. Mas há aí uma contradição. Como pode um texto ser compreendido, quando a condição para a sua compreensão é já ter percebido de que é que o texto fala? A resposta é que, de certo modo, por um processo dialéctico, há uma compreensão parcial que é usada para compreendermos cada vez mais, tal como ao manusearmos as peças de um <<puzzle>> adivinhamos o que dela falta. (PALMER, 2015, p. 35)

No âmbito do Direito, permanece no imaginário dos juristas a ideia de cindir a aplicação da interpretação, o que, com aquilo defendido por Gadamer, não seria possível. O seguinte trecho ilustra bem tal situação:

Entretanto, pelo que diz respeito ao discurso dos juízes, convém, ao menos, distinguir entre interpretação e aplicação. Interpretam-se textos normativos, aplicam-se normas (ou, se assim se quer dizer, textos normativos interpretados). Interpretar é decidir o significado de um texto normativo, de modo a extrair-lhe uma ou mais normas. Aplicar as normas assim extraídas é usá-las para resolver controvérsias concretas. (GUASTINI, p. 167-168)

3.2.2. O que é pré-compreensão?

A pré-compreensão trata-se de um existencial, sobre o qual não temos domínio. “Não há como isolar a pré-compreensão, que desde sempre está conosco. Há um compreender que se antecipa e sobre o qual não há regramento.” (STRECK, 2014, p. 306)

A pré-compreensão não tem qualquer relação a um psicologismo, pelo contrário, ela se põe na concretude, em razão do modo-de-ser do *Dasein*, ou seja, na facticidade. Portanto:

a dimensão pré-compreensiva, forjada no mundo prático (facticidade), não é um elemento formal, traduzível por regras de argumentação, por exemplo, como se fosse um caminho para algo. Essa dimensão ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais, que fazem parte de nossa experiência (facticidade, modo-de-ser-no-mundo) e são, portanto, elementos a que temos acesso mediante o esforço fenomenológico de explicitação. (STRECK, 2014, p.239-240)

Heidegger irá identificar três estruturas prévias distintas que caracterizam esse todo antecipado, “e no caso das coisas no mundo estas coisas já foram compreendidas em termos da totalidade de relevância.” (SCHMIDT, 2014, p.108). Um delas é a posição prévia (*Vorhabe*), que é aquilo que temos antes. Outra estrutura é a visão prévia (*Vorsicht*), que significa um olhar-para anterior. A terceira estrutura é a concepção prévia (*Vorgriff*), que trata daquilo que é compreendido anteriormente no sentido de conceitos.

Há uma intersubjetividade, transmitida pela autoridade da tradição autêntica. “Toda a compreensão hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico.” (STRECK, 2017, p. 30)

A tarefa da hermenêutica é a de explicitar as estruturas da pré-compreensão. Não se pode ignorá-la, como se fosse possível alcançar uma “racionalidade pura”, sem pressupostos, pelo contrário, é necessário “destacar a estrutura de antecipação do entendimento, em vez de fazer como se ela não existisse.” (GRONDIN, 2012, p. 51)

A compreensão caracteriza-se por ser uma projeção, um projeto. Uma projeção do passado, trazida pela pré-compreensão, e ao mesmo tempo voltada para o futuro, por ser sempre um vir-a-ser:

todo entendimento terá a estrutura de um projeto. Ou seja, o entendimento terá a estrutura de um projeto. Ou seja, o entendimento se dá no seio de uma estrutura de antecipação, de uma antecipação de significatividade, regida pela existência e por sua necessidade de orientação. (GRONDIN, 2012, p. 47)

A antecipação do sentido possibilitada pelo círculo hermenêutico atinge frontalmente o esquema sujeito-objeto, vez que há algo pressuposto, compartilhado, “a compreensão e explicitação do ser já exige uma compreensão anterior” (STRECK, 2014, p. 226), algo antecipado, algo que se põe antes às dicotomias metafísicas, como o esquema sujeito-objeto. Assim, “a superação do esquema sujeito-objeto faz com que os sentidos se deem em uma intersubjetividade.” (STRECK, 2014, p.250-251), e essa intersubjetividade se dá no *locus* da pré-compreensão.

Ou seja, a superação do esquema sujeito-objeto se dá por meio do reconhecimento da pré-compreensão, que está diretamente ligada ao círculo hermenêutico. Nas palavras de Richard Palmer:

É pois importante lembrarmo-nos que, a pré-estruturação da compreensão não é simplesmente uma propriedade da consciência que se coloca diante de um mundo já dado. Considerar as coisas deste modo seria cair no modelo interpretativo do sujeito-objecto, que a análise de Heidegger transcende. A estrutura prévia assenta preferentemente, no contexto do mundo que já contém sujeito e objeto. Heidegger a compreensão e a interpretação de modo a

coloca-las anteriormente à dicotomia sujeito-objecto. Discute como é que as coisas começam a ser vistas através do significado, da compreensão e da interpretação. Discute aquilo a que poderíamos chamar a estrutura ontológica da compreensão. (PALMER, 2015, p. 140-141)

Assim, a interpretação, que é a explicitação da compreensão, nunca é captado sem pressupostos de algo dado previamente. “A estrutura prévia da compreensão, sempre interpretada e inserida no mundo, ultrapassa o modelo mais antigo da situação interpretativa em termos de sujeito-objecto.” (PALMER, 2015, p. 140).

Entretanto, a pré-compreensão não pode ser admitida de maneira passiva, isso seria o contrário ao que a hermenêutica se propõe a fazer, que é “acordar” o *Dasein* para sua condição no mundo, ou seja, desvelar aquilo que estava encoberto. Há pré-compreensões genuínas e não-genuínas. A fenomenologia auxilia na suspensão daquilo que não é genuíno, aquilo que encobre. Por isso:

a tarefa constante do intérprete é conferir se as concepções aceites provisoriamente na concepção prévia que ele tem são realmente as concepções que se mostram a partir da coisa em si que está sendo compreendida. O intérprete deve evitar simplesmente aceitar conceitos ao acaso ou conceitos que são populares se eles não tiverem sido testados nas coisas em si. (SCHMIDT, 2014, p. 112).

Reforce-se, “a tarefa primeira da interpretação é não a de ceder a preconceitos arbitrários, mas a de elaborar a estrutura de antecipação do entender a partir das próprias coisas.” (GRONDIN, 2012, p. 51)

A ideia da pré-compreensão acaba por contrastar com a concepção de método da modernidade. Ora, há sempre algo que se antecipa, assim, como pode ser o método a única forma de se atingir a verdade?

Esse todo que se antecipa à nossa compreensão, que não pode ser controlado, mas que sustenta nossa existência no mundo, não pode ser aprisionado no âmbito estreito do método. Assim:

O método não é, nem de longe, o fator determinante para a preparação e formação de conhecimento válido. Há estruturas que *se situam antes de qualquer aporte metodológico que já constituem conhecimento*. E mais! São estas estruturas que determinam os espaços intersubjetivos de formação de *mundo*. (STRECK, 2014, p. 230)

Com a pré-compreensão, esse a priori compartilhado, essa totalidade que não pode ser fatiada, que implica haver em todo um discurso uma compreensibilidade sendo articulada, como um existencial do *Dasein*. Por esse motivo, Gadamer nos ensina que o método sempre chega tarde. A aposta no método acaba por encobrir aquilo que se antecipa, bem como a verdadeira compreensão do ser-aí. Molda-se o objeto a partir do método utilizado, assim, não se dá o acontecer, o desvelamento do ser, a estreiteza do método mostra-se aquilo que se quer deixar aparecer.

Além disso, o próprio método é interpretado, a escolha de certo método decorre da compreensão do intérprete sobre algo. O que não impossibilita outra interpretação, que resultará em algo distinto. Neste sentido, afirma Richard Palmer:

E com seu método, já moldou o significado do objeto. Na verdade, método e objeto não podem separar-se: o método já delimitou o que veremos. Já nos disse o que o objeto é *enquanto* objeto. Por este facto, todo o método é já interpretação; é, no entanto, apenas uma interpretação e o objeto, visto com um método diferente, será um objeto diferente. (PALMER, 2015, p.33)

Tal constatação de Richard Palmer demonstra que não uma cisão entre o sujeito e o objeto, ou entre o sujeito, o método e o pretense objeto. Não uma separação absoluta. “E isso constitui a superação do paradigma da filosofia da consciência, isto é, que não há dois mundos, não há espaço para dualismos metafísicos, enfim, não há sujeito separado de um objeto.” (STRECK, 2014, p. 228)

Em suma, Lenio Streck pontua bem as influências da filosofia hermenêutica em sua compreensão do Direito. Veja-se:

(...)busco, por uma análise fenomenológica, o desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e que somos aquilo que nos tornamos pela tradição (prejuízos que abarcam a facticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), em que o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). (STRECK, 2014, p 225)

3.2.3. *Logos* apofânico X *logos* hermenêutico

Uma das ideias principais da hermenêutica filosófica se põe na diferença entre o *logos* apofânico e o *logos* hermenêutico. O apofânico estaria relacionado ao nível dos enunciados, algo mais superficial, já o hermenêutico conectar-se-ia ao reconhecimento da existência de um nível compreensivo que antecede e que constitui o sentido. Neste sentido, ensina Lenio Streck:

Aquilo que é dito (mostrado na linguagem lógico-conceitual, que aparece no discurso apofânico, é apenas a superfície de algo que já foi compreendido num nível de profundidade, que é hermenêutico. (STRECK, 2017, p. 120)

Contudo, o hermenêutico permanece encoberto, e segue sendo carregado por aquilo que é explicitado, assim, adverte Streck:

o dito sempre carrega consigo o não dito, sendo que a tarefa do hermeneuta é dar conta, não daquilo que já foi mostrado pelo discurso (*logos*) apofânico, mas daquilo que permanece retido no discurso (*logos*) hermenêutico. (STRECK, 2017, p. 120)

Assim, as posturas que se preocupam apenas com o nível apofânico/explicativo da linguagem, podem acabar por transferir ao intérprete o poder de livre escolha do sentido. Desse modo, afirma Lenio Streck:

Em um plano mais sofisticado, pode-se ver isso nas teorias do Direito que se preocupam fundamentalmente com o modo exclusivamente justificativo do discurso de fundamentação das decisões judiciais. Em outras palavras, a desconsideração da dimensão hermenêutica da linguagem é o que permite que se façam raciocínios teleológicos em que o intérprete decide arbitrariamente e, em um segundo momento, procura algum dispositivo legislativo ou jurisprudencial, por exemplo, para justificar sua escolha já tomada. (STRECK, 2017, p. 120)

Todavia, apesar de tal afirmação, há que se advertir que não se pode concluir que a hermenêutica não tenha preocupação com a argumentação. Com efeito, a diferença está no fato de que a hermenêutica compreende que o como apofânico não é plenipotenciária, ou seja, o apofânico não consegue abarcar a totalidade da complexidade social dentro de seus conceitos. De maneira contrária, “para a hermenêutica a verdade não cabe em um enunciado. É possível também dizer que o *logos* hermenêutico não se esgota no *logos* apofânico.” (STRECK, 2017, p. 121)

3.2.4. O que são princípios?

O questionamento acima vem sendo debatido pela doutrina por séculos. O termo princípio pode ter muitos significados. Assim, antes de tratarmos da visão da Crítica Hermenêutica do Direito quanto aos princípios, iremos fazer um breve passeio pelos possíveis significados dos princípios.

Roberto Tomaz de Oliveira sinaliza para o destaque de três sentidos distintos para os princípios jurídicos: a) princípios gerais do direito; b) princípios jurídicos-epistemológicos; c) princípios pragmáticos-problemáticos.

O primeiro dos sentidos, os princípios gerais do direito, curiosamente são compreendidos pelo senso comum teórico como uma figurada claramente positivista. Pelo contrário, trata-se de um resquício da pretensão jusnaturalista. Tais princípios “aparecem, neste caso, como axiomas de justiça necessários a partir dos quais se realiza a dedução.” (OLIVEIRA, 2008, p. 50). De maneira precisa, afirma o autor brasileiro:

Nesta medida, os princípios gerais do Direito aparecem como reminiscências do projeto jusnaturalista em pleno seio da cultura positivista emergente, como figuras capazes de suprimir as eventuais lacunas existentes no sistema positivo do direito codificado para lhe preservar a completude lógico-sistemática conquistada racionalmente. (OLIVEIRA, 2008, 50)

Os princípios jurídico-epistemológicos começam a ser pensados durante a consolidação do Estado liberal e do fortalecimento do estatismo no continente, no final do século XIX. Podem ser compreendidos em dois níveis, o da epistemologia de um ramo do Direito ou o dos projetos epistemológicos sofisticados, também de índole positivista.

Os princípios específicos de certo ramo do Direito “pretendem ser os elementos organizadores do estudo lógico-sistemático de uma disciplina jurídica especializada.” (OLIVEIRA, 2008, p. 54). Já os princípios conformadores dos projetos epistemológicos “se apresentam como aquilo que de antemão, já conhecemos, e a partir deles podemos organizar sistematicamente o direito ou um ramo do direito e dizer o que o direito é.” (OLIVEIRA, 2008, p. 56).

Por último, temos os princípios pragmáticos ou problemáticos. Tal sentido é facilmente observado nas posturas pós-positivistas surgidas no segundo pós-guerra.

Neste sentido, há a “primazia para o “momento” concreto de aplicação do direito, em detrimento do “momento” abstrato-sistemático.” (OLIVEIRA, 2008, p. 57). O que se tem é um caráter “problemático” dos princípios jurídicos, que estarão direcionados para a solução do problema, que se dá na concretude.

Tal entendimento é observado na Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Lenio Streck, o que se examinará a seguir.

De início, cabe ressaltar que a proposta da CHD não se trata de maneira alguma de uma cisão estrutural entre regras e princípios. Ao invés da cisão, propugna-se uma diferença entre regras e princípios, em verdade, uma diferença ontológica.

Desse modo, uma regra sempre terá um princípio que lhe autoriza, bem como a aplicação do princípio se dará por meio de uma regra. Ou seja:

Isto quer dizer que as regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam como determinantes para concretização do direito e, em todo caso concreto, eles devem conduzir para determinação da resposta adequada. (...) *As regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos.* Elas “regram” o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Já os princípios autorizam esta determinação; eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermeneuticamente – vem do reconhecimento da legitimidade. O problema da resposta adequada/correta, neste caso, só é resolvido na medida em que *seja descoberto o princípio que institui (legitimamente) a regra do caso.* (...) De todo modo, os princípios não resolvem – em termos lógico-objetivos- o caso, mas constituem a legitimidade da solução, fazendo com que a decisão seja incorporada ao todo da história institucional do direito. (STRECK. 2014, p. 569)

Veja, a tese defendida por Streck se dá de maneira diversa ao senso comum teórico da doutrina. Aqui, as regras não são “fechadas”, normas que individualizam as decisões. Pelo contrário, por serem gerais e abstratas, acabam por tentar abarcar todos os casos, o que não é possível, implicando em um movimento de abertura da interpretação, que só é fechada pelos princípios. Afirma Lenio Streck:

Assim, ao contrário do que se diz na tese da distinção enunciativa sobre a “abertura semântica dos princípios”, é a regra que “abre a interpretação”, exatamente em razão de sua perspectiva universalizante (pretende abarcar todos os casos e, na verdade, não abrange nenhum, sem a cobertura densificatória fornecida pelo mundo prático da singularidade principiológica). (STRECK. 2014, p. 570)

Consigna mais uma vez o jurista, ressaltando a importância da ideia de *applicatio* para individualização da regra:

A regra jurídica (preceito) não trata de uma situação concreta, uma vez que diz respeito às inúmeras possibilidades. (...) É nesse sentido que o princípio individualiza a *applicatio*. Princípio é, assim – insisto -, a realização da *applicatio*. O direito não cabe na regra, (...). Somente a reconstrução da situação concreta de determinado caso dará significatividade (*Bedeutsamkeit*) ao precedente ou à regra. Em síntese, é esse o papel dos princípios. (STRECK. 2014, p. 571)

Tal compreensão parece ser até contraditória, todavia, “por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir “múltiplas respostas”. Portanto, os princípios “fecham a interpretação e não a “abrem”.” (STRECK, 2014, p. 229). E tal característica será condição de possibilidade para que se defenda decisões constitucionalmente adequadas, o que será abordado na sequência do trabalho.

Tratando da indeterminação do Direito, principalmente quanto às regras, que são abstratas e universalizantes, Streck afirma que as regras possuem uma “porosidade”, que será preenchido pelos princípios jurídicos, que exsurgirão da reconstrução da história-institucional do Direito, ou seja, da autoridade da tradição autêntica. Nesse sentido, consigna o jurista:

Como se preenche essa porosidade (ínsita a qualquer mandamento jurídico)? A partir de uma reconstrução histórica-institucional. Afinal, o direito não é um conjunto de casos isolados, em que são atribuídos sentidos a partir de “graus zeros de significação”. Não é do subjetivismo do juiz (portanto, de sua discricionariedade/arbitrariedade) que decorrerá o sentido do texto. (STRECK. 2014, p. 571)

Parece restar claro que a abstração das regras, que tem a pretensão de universalização, o que não se consegue ser alcançado, em razão da complexidade do mundo prático. A regra mostra-se incompleta, o que demonstra a impossibilidade da aposta na subsunção como “método de aplicação” destas normas. Desse modo:

A regra é por “essência”, incompleta. Fosse completa, seria uma regra perfeita, porque abarcaria de antemão todas as hipóteses de aplicação (...). Se a regra não fosse porosa, bastaria sempre a subsunção. Por isso, sempre será necessária a presença de um ou mais princípios para a sua interpretação. (STRECK, 2017, p. 47-48)

As regras não são “coisas” autônomas que se sustentam nessa explicação lógico-causal, que se exprime nos processos subsuntivos. A regra é antecipada por algo, aquilo que é intersubjetivo, por algo ontológico. Assim:

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

Ressalte-se, princípios e regras são normas. E na CHD normas não são vistas pelo viés semântico apenas. Em verdade, norma é a interpretação de textos. Nesse sentido:

a palavra “norma” representa o produto da interpretação de um texto, isto é, o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Se sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na applicatio. (...) a distinção aqui feita não tem nada a ver com a distinção de caráter semântico feita, por exemplo por Alexy. (STRECK, 2014, p. 556)

Note-se, texto aqui não possui o mesmo sentido hodierno que se observa na doutrina. Textos são eventos. Algo que acontece. Ou seja, não são conceitos metafísicos, que não digam nada. E, para o Direito, os textos importam, é a partir deles que se dará a compreensão do intérprete. Bem ensina Lenio Streck:

Texto é evento; textos não produzem “realidades virtuais”; textos não são meros enunciados linguísticos; textos não são palavras ao vento, conceitos metafísicos que não digam respeito a algo (algo como algo). Eis a especificidade do direito: textos são importantes; textos nos importam; não há norma sem texto, mas eles não “plenipotenciários”, carregando seu próprio sentido (o mito do dado, fantasia de texto que se interpreta por si mesmo e se extrai por si mesmo, nas palavras de Simon Blackburn) nem são desimportantes, a ponto de permitir que sejam ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto (ou, simplesmente, o inventa). (STRECK, 2014, p. 227)

Os princípios permitem a introdução do mundo prático no Direito, vez que sempre voltados para a concretudes. Além disso, os princípios são as virtudes soberanas, e não simplesmente valores apreendidos pela subjetividade do intérprete.

É clara a influência do pensamento de Ronald Dworkin na construção da Crítica Hermenêutica do Direito, por isso, requer-se que o conceito de princípio

permita a superação do modelo baseado apenas em regras, “pretendendo o reconhecimento da imbricação ontológica entre direito, moral e ética.” (MORAIS, 2016, p. 221). Conseqüentemente, tal ligação ontológica não pode admitir que “as razões morais e éticas simplesmente poderiam ser incluídas no direito mediante as convicções pessoais do intérprete” (MORAIS, 2016, p. 221), pelo contrário, tais razões já são parte do Direito, proporcionando a autonomia do sistema ou a presença do âmbito da moralidade, como observado por Dworkin.

A partir de Streck, os princípios jurídicos, como formações significativas ontológicas, direcionariam a compreensão jurídica porque condicionam as precompreensões sobre a norma jurídica, permitindo que a interpretação do comando normativo estivesse sempre em referência à tradição jurídica. Isso nada mais seria que a instituição ontológica existencial do Direito ou sua historicidade. (MORAIS, 2016, p. 225)

Princípios são, portanto, deontológicos. A partir da facticidade, que molda as pré-compreensões, eles superam as insuficiências ônticas das regras e atribuem legitimidade e normatividade às decisões. O seguinte trecho confirma o exposto:

Normas serão, assim, o produto de uma dimensão deontológica própria do direito, já que ele se articula a partir de regras e princípios. (...) a noção de pré-compreensão conforma a atividade interpretativa, (...) o modo de fazer é compreender que isso só se dá a partir da facticidade. Isto é, do mundo prático. Princípios, nesse sentido, são o modo pelo qual toda essas normatividade adquire força normativa para além das insuficiências das regras. (STRECK. 2014, p. 567)

Cabe dizer aqui, e como defendido por Friedrich Müller, as normas só se dão na concretude, e não em abstrato, a partir de sua semânticidade. Se uma norma só se perfaz com o surgimento do princípio correspondente, que se dá no *applicatio*, conclui-se que as normas só serão construídas a partir do caso concreto. Ou seja:

Isso implica dizer que *normas não significam em abstrato*. Uma norma só significa na medida em que ela *munda*. Portanto, normas não são coisas com um caráter significativo pré-determinado e nem tampouco categorias semânticas que operam deonticamente de uma maneira prévia, deslocada da existência. (OLIVEIRA, 2008, p. 196)

De maneira próxima ao defendido por Dworkin, Streck ultrapassa barreira do conceito semântico da norma, principalmente ao falarmos em princípios. Assim, um princípio constitucional não se resume à inserção de um texto na Constituição. Ainda que um princípio seja expresso no texto constitucional, ainda assim a norma não terá identidade com esse texto. Os princípios apontam para aquilo que é ontológico,

voltam-se para as raízes, e não podem ser aprisionados em um texto. Além disso, são trazidos pela tradição, pela reconstrução da história-institucional do Direito, ou seja, o sentido exsurgerà dessa reconstrução e não simplesmente do texto. Dessarte, afirma Streck:

para que um princípio tenha uma função (ou importância) para além daquilo que representavam no positivismo, é necessário ultrapassar a discussão meramente semântica. Um princípio não é um princípio em face de seu enunciado, ou em decorrência de uma relação lógico-aplicativa, mas, sim, em face daquilo que ele enuncia. Na verdade, uma concepção de princípio coerente e consistente com o Constitucionalismo Contemporâneo, superador do positivismo nas suas três características fundantes (fatos social, separação direito e moral e discricionariedade), - *não se pode contentar com análises topográfico-analíticas*. (STRECK. 2014, p. 572)

De maneira contundente, ressalta o jurista:

Mas afirmar essa força normativa dos princípios não pode levar à ideia de que os princípios são textos e que seu caráter normativo deriva do fato de ser o resultado da interpretação (de um texto). De fato, há uma grafia dos princípios. Eles aparecem, eventualmente numa escrita na Constituição e na própria legislação, mas não é sua escrituração que garante aos princípios a condição de princípio. (STRECK. 2014, p. 589)

Tal constatação implica em dizer que limites semânticos seriam discutidos apenas em relação às regras, isso se dá pelo afirmado acima. Uma vez que o texto que “positiva” o princípio não contém o princípio em si, tem-se que a semântica não é determinante para essas normas, os princípios acontecem na concretude. todavia, se mostra importante para as regras, que são propriamente os preceitos inscritos nos textos jurídicos:

Com efeito, é possível discutir limites semânticos de uma regra ou de um preceito; mas não de um princípio. E por que não? Porque o princípio tem uma formatação diferida. Podemos discutir a sua aplicação, mas não o seu “domínio” sintático-semântico. Talvez nisso resida o principal problema para a compreensão do que seja um princípio e a sua diferença em relação à regra (preceito). (STRECK. 2014, p. 574)

Pensando o princípio a partir da diferença ontológica, sendo o princípio aplicado por meio de uma regra, e a regra sendo sempre sustentada pelo princípio, tem-se que o princípio se vela e desvela “dentro” da regra. Assim, afirma Lenio Streck:

Em outras palavras, a percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina desvelando-se e, ao mesmo tempo, ocultando-se na própria regra. Isto é, ele (sempre) *está* na regra. O princípio é elemento instituídos, o elemento que existencializa a regra que ele institui. Só que *está* encoberto. (...) é impossível interpretar uma regra sem levar em conta o seu princípio instituidor. (STRECK. 2014, p. 574)

A partir da diferença ontológica, e da constatação da porosidade das regras, constata-se que a legitimidade das decisões jurídicas se dá a partir da existência do princípio correspondente ao caso, que afasta os pré-juízos inautênticos ou não genuínos:

Pré-juízos autênticos evitam prejuízos na atribuição de sentido. Assim também acontece com os princípios: eles dão sentido (legítimo) às regras. Dito de outro modo, a partir da transcendentalidade do ser-aí, os princípios podem reconstruir a história institucional do direito, ao passo que as regras guardam apenas um sentido institucional objetivo. (STRECK. 2014, p. 577)

Veja, é importante notar que a “diferença ontológica permitiria compreender os princípios jurídicos como algo mais originário que conceitos vazios e abstratos ou proposições normativas indeterminadas” (MORAIS, 2016, p. 223), o que rompe com as ideias tradicionais quanto aos princípios jurídicos.

Ao compreender os princípios como os padrões normativos que exsurgem da reconstrução histórico-institucional do Direito, afirma-se que os princípios possuem um enraizamento ontológico, característica própria do modo-de-ser no mundo prático do homem. Assim, ensina o jurista:

Os princípios (constitucionais) possuem um profundo enraizamento ontológico (no sentido da fenomenologia hermenêutica), porque essa perspectiva ontológica *está* voltada para o homem, para o modo de esse homem ser-no-mundo, na facticidade. (...) A regra recebe do princípio a sua “espessura”, a sua significatividade (*Bedeutsamkeit*). (STRECK, 2014, p. 234)

Tendo em vista esse enraizamento ontológico dos princípios, não se mostra compatível a ideia de mandamentos de otimização ou as relações e precedências. Ora, se algo é ontológico, não pode-se abrir mão, ceder ou deixar de se desvelar. Pensar em otimização é pensar em graduação do acontecer do princípio, o que não se dá com aquilo que *está* enraizado e que é trazido pela tradição autêntica. Dessa forma, afirma Streck:

A partir disso é possível dizer que é equivocada a tese de que os princípios são mandados de otimização e de que as regras traduzem especificidades (em caso de colisão, uma afastaria a outra, na base do “tudo ou nada”), pois dá a ideia de que os “princípios” seriam “cláusulas abertas”, espaço reservado à “livre atuação da subjetividade do juiz”. (STRECK, 2014, p. 229)

Com efeito, não se pode “criar” princípios a partir da vontade do sujeito, pelo contrário, por ser responsável pela reconstrução da história institucional do Direito, e serem projetados pela tradição:

não é possível nomear qualquer coisa como princípio; não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e identificação dos princípios. (STRECK, 2014, p. 588)

Atente-se, o autor denuncia o fenômeno observado na doutrina brasileira, chamado de “pamprincipiologismo”, em que há a “fabricação” de princípios, sem qualquer DNA constitucional e que não possuem o caráter deontológico próprio das normas.

Além disso, os princípios não são teleológicos, pelo contrário, são deontológicos. Não se pode relativizar os princípios a partir de relações de meio e fim. Assim:

Ao contrário do que diz, por exemplo, Alexy, os princípios não são teleológicos, isto é, não devem ser vistos num esquema de “meios e fins”. Isso coloca os princípios como “supernormas”, pelos quais o intérprete (juiz) passa justificar toda a sua subjetividade. (STRECK, 2014, p. 309)

Pelo contrário, “os princípios jurídicos na condição de critérios decorrem do modo-de-ser-do-Direito. Da historicidade jurídica. Da tradição.” (MORAIS, 2016, p. 221)

Assim, argumenta-se por princípios, estes não são disponíveis ao intérprete, que os aplica por sua subjetividade. Ou seja, “a existência de princípios não propicia o “direito de o juiz escolher qual deles deve aplicar”, com ou sem o artifício da “ponderação”. ” (STRECK, 2014, p. 309).

No seguinte trecho, o hermeneuta deixa claro o papel que os princípios desenvolvem, a partir da diferença ontológica, bem como a fundamentalidade da tradição para que o princípio possa assim ser caracterizado:

Numa palavra, nenhum princípio atua por si só como criador de normas senão que unicamente possui força constitutiva ou valor construtivo em união com o conjunto do ordenamento reconhecido, dentro do qual lhe incumbe uma função bem definida. Daí a questão da reconstrução institucional. A institucionalização de um princípio demanda a constituição de uma tradição. (STRECK, 2014, p. 582)

Tal enraizamento ontológico se dá com o princípio da proporcionalidade, que passa a ser compreendido como algo que sempre está antecipado em cada decisão jurídica:

Para a hermenêutica, o *princípio da proporcionalidade é como uma metáfora*, isto é, um modo de explicar que cada interpretação – que nunca pode ser solipsista – deve obedecer a uma reconstrução integrativa do direito, para evitar interpretações discricionárias/arbitrárias sustentadas em uma espécie de “grau zero de sentido”, que sob o manto do caso concreto, tenham a estabelecer sentidos para alguém ou para além da Constituição. (STRECK, 2014, p.249)

Os princípios “acontecem” sempre no “caso concreto”, vez que é por meio deles que o *ethos*, o *factum* social “penetram” no Direito. Todavia, as regras (ou preceitos) também “acontecem” em situações concretas. Desse modo, não se mostra possível hierarquizar ou metodologizar a aplicação dos princípios por meio de critérios *prima facie*

Em verdade, há um rompimento com os conceitos pretéritos dos princípios. O autor fala em uma “tese de descontinuidade”. Ou seja, por ser uma postura pós-positivista, os princípios devem ser compreendidos de outro modo. Assim:

Nesses termos, princípios (constitucionais) devem ser compreendidos a partir do que chamo de “tese de descontinuidade”: eles instituem o mundo prático no Direito, possibilitando, a partir de sua normatividade, o fechamento interpretativo no Direito. (STRECK, 2017, p. 48)

O autor afirma que a moral, compreendida como o “ideal de vida boa” da sociedade, foi institucionalizada nos princípios. Assim, a “moral deixa de ser autônoma-corretiva, para se tornar cooriginária ao (e com o) direito.” (STRECK, 2014, p.236). Nesta perspectiva, não haveria mais espaços para se sustentar uma cisão, ainda que conceitual, entre Direito e Moral. Os princípios “passam a compor, dessa maneira, o novo perfil da sociedade contemporânea, como respostas às insuficiências jurídico-políticas decorrentes das “fases” anteriores do Estado e do direito”. (STRECK, 2014, p.235)

Cabe esclarecer que a institucionalização da moral acontece pelo mundo prático, ou seja, pela facticidade, que é o modo-de-ser do *Dasein* e, portanto, do próprio Direito. Assim por assumir tal modo-de-ser passa a ser possível ter-se um agir que seja moralmente correta em concomitância ao agir jurídico adequado, não há mais uma cisão entre Direito e Moral, mas sim uma institucionalização e cooriginariedade. Desse modo, o jurista sintetiza que:

Essa institucionalização dá-se a partir da facticidade (ou, se se quiser, do *a priori* da facticidade). Em termos hermenêuticos, é o (novo) modo prático do sentido do ser do direito no contexto dessa tentativa de resgatar aquilo que o positivismo havia descartado. Dito de outro modo, esse fenômeno ocorre como um agir prático – um “desde já fativamente dado” – que proporciona uma alteração na forma da razão prática no interior da qual se torna possível discutir os comportamentos sociais á luz da legislação democraticamente produzida, que – registre-se – passa a assumir um lugar cimeiro no Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2014, p.237)

A transição da moral para o direito se dá a partir da intersubjetividade reconhecadora de direitos recíprocos na sociedade, trata-se, pois, de uma contingência histórica que nos permite falar em tal transição.

As relações entre direito e moral, princípios e regras passam a ser vistas como interdependentes. Tratam do modo pelo qual o intérprete acessará o mundo prático. Desse modo:

A relação regra-princípio está umbilicalmente relacionada à distinção Direito e moral. Reflete o modo como ocorre o acesso do intérprete ao mundo e, portanto, do processo de compreensão e aplicação do Direito. (STRECK, 2017, p.46)

Veja, a sustentação da Crítica Hermenêutica do Direito e da cooriginariedade entre Direito e Moral, apenas é possível no paradigma do Estado Democrático de Direito, em que houve a referida institucionalização e a incorporação de um conteúdo moral pelo Direito, “passando a ter um caráter de transformação da sociedade” (STRECK, 2014, p.238).

Todavia, conforme alertado pelo autor, “Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos

regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. ” (STRECK, 2014, p.238)

Desse modo, ao falarmos em princípios, passamos a tratar da inserção do mundo prático no direito, na penetração da facticidade no território jurídico que, na tradição positivista, era inacessível, tendo em vista a compreensão do direito como sistema de regras. Além disso, com a institucionalização da moral, supera-se a contraposição entre Sociedade e Estado.

Em resumo, Lenio Streck sintetiza bem seu entendimento:

No plano hermenêutico, a pré-compreensão, enquanto condição de possibilidade, fragiliza a distinção semântico-estrutural entre regras e princípios. Sob olhares hermenêuticos, tanto regras e princípios são parâmetros interpretativos. São normas jurídicas. Operam no código lícito-ilícito. Assim, busco diferenciar (não distinguir/cindir) regras e princípios, compreendendo que as regras são resultado da leitura dos textos normativos, de modo que compartilham da porosidade e ambiguidade inerentes aos signos linguísticos, ao passo que os princípios consubstanciam a institucionalização do mundo prático do Direito. (STRECK, 2017, p.47)

3.2.5. Críticas hermenêuticas às Teorias da Argumentação

Inúmeras são as críticas e discordâncias entre a Crítica Hermenêutica do Direito e a Teoria da Argumentação de Robert Alexy. Passaremos a expor alguns pontos de conflituosidade, a partir da perspectiva da hermenêutica.

De início, podemos apontar uma primeira crítica enunciada por Streck. Para o autor, as teorias da argumentação trabalhariam apenas no plano apofânico, a partir de explicações causais, sem conseguir pensar o *logos hermenêutico*, que antecipa qualquer explicitação e possui um caráter mais originário e privilegiado. Afirma o jurista:

Por isso, devemos ter claro que algumas teorias procedurais-argumentativas não levam em conta a relevante circunstância de que, antes da explicação causal (se assim quiser, o raciocínio subsuntivo-dedutivo), *há algo mais originário e que é condição de possibilidade de qualquer explicação causal*. Trata-se de um acontecer, que se dá no âmbito da pré-compreensão, da antecipação

de sentido, onde o horizonte de sentido (pré-juízos) limita o processo de atribuição de sentido (STRECK, 2014, p.239)

Assim, as teorias da argumentação ainda estariam presas ao esquema sujeito-objeto, promovendo a dicotomização em categorias, como fato e norma, casos fáceis e casos difíceis, e apostando no modelo lógico-subsuntivo. Lembre-se que, apesar da introdução da ponderação, o resultado do método será uma regra que será subsumida ao caso concreto. De fato, não rompimento com a subsunção. Tal método aplicativo permanece como sustentador da decisão jurídica. Neste sentido, afirma Lenio Streck:

Os sinais de presença da filosofia da consciência no procedimentalismo de Alexy são muitos. O mais evidente é, sem dúvida, a insistência em um modelo lógico-subsuntivo para casos fáceis e a utilização de versão renovada dos cânones de interpretação. O modelo subsuntivo pressupõe um sentido previamente dado da premissa maior e uma visão meramente descritiva da premissa menor, sob pena de inviabilizar o silogismo.

[...]

A alternativa para fugir desse modelo é uma alternativa hermenêutica, quando se superar a dicotomia questões de fato-questões de direito, ainda adotada por Alexy, e se parte para um novo modelo que coloca o texto como um evento, e a norma como o resultado da compreensão do texto e do evento a partir da diferença ontológica. (STRECK, 2014, p.247)

No mesmo sentido afirma Sérgio Ferraz Valadão que “o paradigma da ponderação permanece preso ao esquema sujeito-objeto silogístico-subsuntivo” (FERRAZ, 2015, p. 187). Isso é constatado vez que “a ponderação é vista como “alternativa à subsunção”, isto é, recorrer-se-á à ponderação “quando não for possível reduzir um conflito normativo à incidência de uma única premissa maior”” (FERRAZ, 2015, p.187). Assim, a ponderação funciona quase que de maneira subsidiária à subsunção. Não sendo possível um procedimento silogístico, passa-se ao ponderar, que será responsável pela elaboração de uma premissa maior, o que é claramente observável na teoria de Robert Alexy, vez que do sopesamento/ponderação, surgirá uma regra condicionada, ou seja, o princípio precedente se transformará em regra e será subsumida ao caso concreto.

Todavia, apesar da Crítica Hermenêutica suplantar o esquema sujeito-objeto, em que o sujeito “assujeita” o objeto, cabe ressaltar que o sujeito não é eliminado da relação, pelo contrário, ele continua a ser parte integrante e relevante do esquema,

todavia, não de maneira descontrolada e ilimitada em que de maneira solipsista cria o seu objeto.

Assim, a atividade do intérprete é descoberta, sendo tomada de maneira consciente, não mais encoberta por uma pretensa racionalidade procedimental e não sendo mais vista como um mero ato de vontade. Apesar de estar a tratar da *Metódica estruturante* de Friedrich Müller, Sérgio Valladão Ferraz tratou bem do tema ao afirmar que:

A ciência jurídica não prescinde de valorações assim como de decisões. A exigência de objetividade na perspectiva possível no direito não determina a eliminação, mas sim a revelação consciente e refletida (na maior medida possível das valorações inevitavelmente empreendidas no aspecto decisório – o aspecto axiológico é uma inerência que não deve ser escamoteada. (FERRAZ, 2015, p. 188)

Aqui, valorações deve ser compreendido como aquilo que tem a ver com o sujeito, aquilo que é inexorável, vez que não é possível excluir-se o sujeito do direito, o que, contudo, de maneira nenhuma deve ser entendida como se tais valorações fossem a razão única para se decidir adequadamente no direito.

Outra crítica relevante seria quanto à cisão estrutural entre princípios e regras. De início, como já exposto, o autor brasileiro não promove uma cisão entre as duas espécies normativas. Em verdade, o defendido pelo autor é de uma diferença entre regras e princípios.

A crítica de Lenio Streck quanto a esse ponto inicia-se quanto ao próprio conceito semântico de norma. A sustentação de tal conceito implica no entendimento apriorístico das normas. Assim, a norma seria prévia ao caso concreto. Seriam categorias abstratas, que ignorariam a facticidade. Nestes, tratando da teoria de Robert Alexy, afirma o jurista brasileiro:

Para realizar essa distinção, o jusfilósofo afirma um conceito de norma que é *a priori* e que leva até as regras e os princípios o atributo da normatividade. Mas a norma, como já foi afirmado reiteradamente, não existe sem a interpretação e a interpretação, por sua vez, não se faz sem um caso – hipotético ou real. Desse modo, não pode haver um conceito de norma que seja prévio e anterior ao caso a ser decidido. Portanto, a norma e, máxime, a normatividade do direito emerge da conflituosidade própria do caso. (...) Portanto, os princípios e as regras são como condições de possibilidade da

normatividade e não o *contrário* (a normatividade como condição de possibilidade de regras e princípios). (STRECK. 2014, p. 556-557)

Aqui, deve-se atentar para a crítica de Riccardo Guastini. Tratando sobre o conceito semântico de norma, o autor italiano afirma que a definição da norma como regra ou princípio dependeria de um processo de interpretação, e, portanto, algo discricionário, concluindo-se que um enunciado normativo pode ser tanto uma regra ou um princípio.

Não se pode concordar com a crítica do autor italiano, pois ainda se dá no seio do paradigma da filosofia da consciência. O autor entende a interpretação como algo subjetivo, algo sem limites, em que o intérprete exerce a sua vontade. Tal ideia contrasta com a hermenêutica defendida por Lenio Streck, uma que a tradição e as pré-compreensões têm o papel de limitar a discricionariedade do intérprete, não sendo a compreensão e a interpretação algo relacionado ao espaço de liberdade conferido ao intérprete.

Apesar do acontecer do direito se dar por meio da linguagem, parece não se mostrar mais possível esta ser concebida como dotada de uma objetividade universal. Ou seja, vista de maneira abstrata, a linguagem é imprecisa, vaga e ambígua. A objetividade só dá quando o contexto entra em cena, ou melhor, quando parte-se para o campo da pragmática. Desse modo, “a “semântica gramática” ou “semântica dos traços característicos das palavras”, é substituída na linguística atual por uma “semântica do contexto”.” (FERRAZ, 2015, p. 193).

Além disso, o conceito semântico de norma conjugado com a cisão estrutural entre regra e princípio sustentam a existência de vários resultados, descartando-se a ideia de resposta correta. Veja-se:

O que pretendo apontar é que, ao se fazer uma distinção estrutural “regra-princípio” e jogá-la para o âmbito da semântica, são possíveis (sempre) vários resultados, que nem sempre serão aqueles que apontam para a concretização dos direitos, valendo referir, por exemplo, o modo como a razoabilidade e a proporcionalidade podem proporcionar resultados absolutamente distintos para casos similares. (...) Há algo que não é problematizado pela distinção estrutural e que, contudo, causa-lhe problemas profundos de legitimidade democrática, qual seja: o sujeito solipsista da modernidade e o problema do “controle dos sentidos” (semânticos). (STRECK. 2014, p. 555)

A cisão estrutural acaba por desvirtuar os princípios, que apenas entram em cena para reduzir as insuficiências ônticas das regras, o que retira-lhes o caráter de enraizamento ontológico, transformando-se em “metarregras”. Assim, pontua Streck:

O problema é que, ao ser feita a distinção estrutural, os princípios acabam adquirindo algo que lhes tira a “razão principiológica”, isto é, alça-se-lhes a metarregras, o que faz com que, no fundo, o princípio apenas ingresse no sistema para “resolver insuficiências ônticas” das regras, como ocorre, por exemplo, com a teoria da argumentação jurídica. (STRECK. 2014, p. 567)

Em síntese, afirma Lênio Streck:

Outro problema dessa distinção estrutural é que os princípios acontecem antes do caso, em abstrato, e seu problema aplicativo continua a depender de uma estrutura silogística-dedutiva. O segundo equívoco aparece na arbitrariedade da tese. O que faz da liberdade de consciência um princípio e não uma regra? A amplitude de seu dever-ser, dirão os adeptos das teorias argumentativas. Mas este dever-ser só é amplo se analisado de forma abstrata. No caso concreto, não há amplitude do dever-ser, porque ele já aparece desde sempre regrado, enfim, ele já é. (STRECK. 2014, p. 568)

Por consequência, ao defender-se a cisão estrutural, os princípios acabam perdendo o caráter transcendental e ontológico, o que resulta no distanciamento do sujeito em face ao objeto. Nesse sentido:

O princípio é, pois, o elemento compreensivo que vai além da regra, ou seja, transcende à onticidade da regra. A cisão estrutural entre regra e princípio cai em uma armadilha filosófica, porque se contenta com uma distinção epistemológica, de perfil cartesiano, pelo qual o próprio sujeito/intérprete constrói a ponte para atravessar o abismo gnosiológico que o separa dos objetos. (STRECK. 2014, p. 575)

Cabe ressaltar que a cisão estrutural só pode ser empreendida no âmbito apofânico, o que resulta no “esquecimento” do *logos hermenêutico*, onde o sentido se constitui. Assim:

(..) precisa ficar claro que esse tipo de distinção realizada a partir de critérios estruturais somente poderá ser feito no plano apofânico, não se sustentando, entretanto, na hipótese de a diferença entre regras e princípios for entendida como uma analítica constituidora de sentido. (STRECK, 2017, p. 46)

Tratando efetivamente do método ponderativo, Lenio Streck afirmará que tal método nada mais é do que a represtinação da delegação positivista ao intérprete, com o agravante do encobrimento das verdadeiras razões de decidir.

Para Lenio Streck, “o calcanhar de aquiles da ponderação – e, portanto, das diversas teorias argumentativas (e suas derivações) – reside no deslocamento da hierarquização “ponderativa” em favor da “subjetividade” (assujeitadora) do intérprete. “ (STRECK, 2014, p.241). Com efeito, as teorias argumentativas não conseguiriam escapar do paradigma da filosofia da consciência. O ponto central do problema seria a continuidade da “delegação” em favor do sujeito do esquema sujeito-objeto, uma vez que a ponderação implicaria em uma “escolha” subjetiva. O que ressalta a incompatibilidade com a circularidade hermenêutica, vez que o círculo atravessa o esquema sujeito-objeto.

Assim, a escolha do princípio aplicável no caso acabaria por “represtinar” a velha “delegação positivista”, todavia, no lugar da discricionariedade plena das correntes positivistas, “as teorias procedurais de cariz argumentativo colocam a ponderação como modo de solucionar colisão de princípios (e de regras).” (STRECK, 2014, p.242).

Cabe aqui ressaltar o que o autor compreende por “discricionariedade”. Para o jurista brasileiro, discricionariedade tem a ver com “escolhas”, ou seja, implica em dizer que o Direito ampara várias soluções diferentes para um mesmo caso, dentre as quais o juiz/sujeito escolherá a que lhe parecer moralmente ou socialmente útil. Assim, o Direito estaria à disposição do intérprete. Não há uma distinção entre a discricionariedade e a arbitrariedade. Sendo toda decisão um ato de poder, é necessário que esteja completamente legitimado, fundamentado nos pressupostos constitucionais, que são condicionantes, caso contrário, seria um poder ilegítimo. Desse modo, ensina o jurista:

Compreendo a discricionariedade como este elemento que autoriza o aplicador a interpretar (ou tomar sua decisão) sem que haja uma responsabilidade política, uma *accountability* hermenêutica, isto é, sem que se realize uma “prestação de contas”, o que tem como consequência a inobservância do dever de justificar/fundamentar constitucional e legislativamente, tornando a decisão um ato de vontade (uma manifestação solipsista). (STRECK, 2014, p. 323-324)

Discricionariedade e arbitrariedade são sinônimos pois ambas estão fundamentadas em critério de escolha. E, decidir é completamente escolher.

Desse modo, na linha do defendido por Streck, a ponderação passa a ser o mecanismo exterior que encobre o verdadeiro raciocínio (estruturante da

compreensão). Com efeito, há que se buscar uma alternativa à ponderação, um mecanismo que seja contra o encobrimento de um raciocínio que se faz incompleto.

Ou seja, “a teoria da ponderação apenas contribui nesse aspecto à dissimulação dos déficits de fundamentação racional” (FERRAZ, 2015, p.185). A ponderação vela o decisionismo, camuflando-o como algo legítimo. Assim, tratando da metódica estruturante, Sérgio Ferraz afirma que a inutilidade da ponderação se daria em razão ou por esta já estar englobada pelo processo de concretização da norma ou por esconder o decisionismo incontrolável do sujeito solipsista. Assim:

Na linha da metódica estruturante, a ponderação pode ser observada como uma etapa estruturada do processo de concretização da norma jurídica, o que, a tornaria uma noção “inútil e descartável” ou “acaba por escamotear o decisionismo subjetivista e incontrolável, ou seja, é apenas capaz de camuflar a ausência ou a impertinência do raciocínio empregado na resolução do caso” (FERRAZ, 2015, p. 185-186).

Veja-se, apesar de falar a partir de paradigma diverso, Marcelo Neves indica bem como a ponderação propugna um sujeito que não está inserido na facticidade, ou seja, um sujeito contrafactual, o que comprova a afirmação de que a ponderação permanece presa ao esquema sujeito-objeto e do paradigma metafísico moderno, resultando em decisões solipsistas. Além disso, apesar de fora da facticidade, nem assim o sujeito consegue abarcar toda complexidade da realidade. Assim, afirma o professor:

O que é otimizante em uma perspectiva não o é em outra. O modelo de otimização parte de um sujeito (contrafactual) capaz de alcançar o ponto ótimo entre princípios colidentes, à maneira semelhante da teoria da escolha racional, que parte de um indivíduo idealizado apto a maximizar valores no cálculo de custos e benefícios. (...) O processo de articulação entre os princípios e regras constitucionais inclui a prática da ponderação, mas esta ocorre no contexto de um processo social e jurídico complexo, que se dirige a assegurar paradoxalmente a consistência jurídica e a adequação social do direito, mas não serve para garantir, nem mesmo em perspectiva contrafactual, o resultado ótimo que decorreria de um modelo fundado em uma escolha racional do sujeito (ideal) da ponderação. (NEVES, 2014, 83)

Além disso, apesar de todos os avanços e contribuições, a teoria alexyana não conseguiu solucionar o problema engendrado pelo subjetivismo, a discricionariedade. Tal fato é reconhecido pelo próprio Alexy, ao afirmar 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. 611)

Veja, o problema chave a ser solucionado pela CHD trata-se da discricionariedade. Uma postura para se denominar verdadeiramente como pós-positivista deve enfrentar essa problemática, que marcou todas as correntes positivistas pela história. Muitas inovações são trazidas pelas teorias neopositivistas, “pós-positivistas” ou neoconstitucionalistas, como é o caso da própria ponderação, todavia, acabam por encobrir/ocultar um dos principais problemas do Direito que é a ideia da interpretação como o lugar da discricionariedade. Decerto que essa problemática “acaba sendo compartilhado pelas posturas pospositivists ou neoconstitucionalistas ao positivismo jurídico através da concessão da discricionariedade ao intérprete na interpretação com um exercício do ato de vontade.” (MORAIS, 2016, p. 182).

Desse modo, uma das diferenças entre hermenêutica e as teorias da argumentação estaria relacionado ao fato de que:

Enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-se como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica – como já referido à saciedade – parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, ou seja, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete. (STRECK, 2014, p.244)

Assim, uma vez que cabe ao intérprete hierarquizar o princípio aplicável, Lenio Streck coloca o seguinte questionamento:

qual é a diferença entre o “intérprete ponderador” e o “intérprete do positivismo”, que discricionariamente escolhe qual a “melhor” interpretação? Parece-me que o positivismo, neste ponto, era mais explícito. E mais sincero. (STRECK, 2014, p.244)

Em crítica direta à segmentação da “aplicação” das normas, observando a impossibilidade de se separar em várias etapas, fato que observamos na teoria Alexyana quanto aos princípios, afirma o autor:

Do ponto de vista hermenêutico, não há como separar os “momentos” de “fazimento” da norma. (...) não um conceito *a priori* de norma que determina antecipadamente o que são princípios e o que são regras. A norma é o produto da interpretação do texto e, por isso, ela só se realiza na concretude. Essa realização não pode ser considerada uma singularidade existente por si só, mas, sim, componente de uma cadeia que a transcende em direção à história institucional do direito. (...) *norma é um conceito interpretativo e não um conceito semântico.* (STRECK. 2014, p. 557)

Por fim, apontando de maneira clara e precisa, Lenio Streck arremata a diferença entre a hermenêutica e as teorias argumentativas. Veja-se:

Insisto: falar em argumentação ou em hermenêutica faz uma diferença qualitativa. Quando se diz que há um ônus argumentativo para o afastamento de um precedente, está-se a assumir uma postura meramente persuasiva da justificação deste ônus. Ou seja, aquele que possui o melhor argumento, do ponto de vista abstrato, pode quebrar o elo da cadeia histórica e firmar um novo sentido para a decisão que se coloca em tela. Ora, na hermenêutica, esse caráter persuasivo é afastado no momento em que o acesso à verdade é buscado de um modo originário e concreto – no âmbito das estruturas de sentido do *logos hermenêutico*. Em lugar do melhor argumento, o argumento verdadeiro. (STRECK. 2014, p. 558)

Com o objetivo de superar as insuficiências das teorias imersas no esquema sujeito-objeto, Lenio Streck propõe, no interior de uma teoria da decisão jurídica, um “conjunto mínimo de princípios conformadores de um agir concretizador da Constituição.” (STRECK, 2014, p. 329-330). Cabe ressaltar que tais princípios são padrões, sustentados na historicidade da compreensão, por meio da sedimentação da principiologia trazida pela tradição do Estado Democrático de Direito. O questionamento fundamental é “como controlar esse poder concedido aos juízes? Parece evidente que uma tese semântica (analítica) não dá conta desse controle.” (STRECK, 2014, p. 325)

O autor afirma que uma decisão jurídica será minimamente legítima se passar pelo filtro de cinco princípios, por meio da resposta de cinco perguntas. Além disso, o autor enuncia as seis hipóteses em que a lei ou dispositivo de lei poderá não ser aplicado. Na sequência, a teoria da decisão de Streck será analisada.

O primeiro princípio é o da “preservação da autonomia do Direito”. O Direito produzido no paradigma do Estado Democrático de Direito, construído a partir do segundo pós-guerra, é compreendido por meio da ideia de autonomização. Apesar

de ser influenciado pela moral, a política e economia em seu nascedouro, o Direito ao ser instituído, recebe um grau de autonomia frente a tais áreas.

Afirma o autor que o referido princípio abarca vários padrões interpretativos presentes nos trabalhos de direito constitucional, tais como a correção funcional, o respeito à rigidez do texto constitucional, a força normativa da Constituição e a máxima efetividade. Assim, é necessário lançar mão da tese dos limites semânticos da Constituição, ou seja, “levemos o texto a sério. É evidente que o texto não se basta; é evidente que texto e norma não são a mesma coisa; mas o texto já fala de alguma coisa, sobre alguma coisa e alguma coisa” (STRECK, 2014, 331).

O princípio institucionaliza uma “verdadeira blindagem contra os predadores do acentuado grau de autonomia conquistado pelo direito nesta quadra da história.” (STRECK, 2014, p. 331). Desse modo, o autor detecta dois tipos de predadores do direito: os endógenos e os exógenos. Os primeiros funcionariam no plano da dogmática jurídica (senso comum teórico), pelo pamprinciologismo, pela aposta na discricionariedade judicial ou no ativismo e suas derivações.

Por outro lado, os predadores exógenos funcionariam no plano da teoria do direito, destacando-se:

a inserção (e o uso) da moral como corretiva do direito, a política, pelas constante reformas que buscam fragilizar direitos fundamentais, e, finalmente, os discursos law and economics, que pretendem colocar o direito a reboque de decisões pragmaticistas (para dizer o mínimo). (STRECK, 2014, p. 331).

Com efeito, a autonomia do Direito deve ser compreendida como “ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercombiáveis.” (STRECK, 2014, p. 332-333). Trata-se pois, não de uma autonomia formal, contudo, de uma autonomia material, vez que conectada ao mundo prático institucionalizado no texto constitucional.

Cabe ressaltar, não é a jurisprudência que irá garantir o elevado grau de autonomia do Direito, pelo contrário, “é a autonomia do direito, sustentada em um denso controle hermenêutico, que assegura as possibilidades de a Constituição ter preservada a sua força normativa.” (STRECK, 2014, p. 333). Não se pode confundir o Direito com a esfera judicial.

De maneira precisa, conclui o autor:

Na verdade, a autonomia do direito é garantida pela história institucional que conforma a comunidade política. Assim, apenas a reconstrução da cadeia principiológica que estabelece os marcos definidores da moralidade de uma comunidade política é que pode servir de parâmetro sólido para definição da referida autonomia. (STRECK, 2014, p. 333)

No segundo princípio, o jurista trata do controle hermenêutico da interpretação constitucional. Tal princípio seria a imposição de limites às decisões jurídicas com o enfrentamento do problema da discricionariedade. Ou seja, “o controle hermenêutico se apresenta como um remédio contra o poder discricionário.” (STRECK, 2014, p. 334).

Como já abordamos, não se mostra possível afirmar a existência de um método garantidor da “correção” da interpretação, todavia, o intérprete não está autorizado a escolher o sentido mais conveniente, o que resultaria na discricionariedade/decisionismo do próprio positivismo Kelseniano, o que reduziria o Direito a um fenômeno de autoridade, sem a problematização da legitimação do ato de poder. Trata-se de uma questão concernente à democracia. “Pois se o intérprete escolhe os sentidos, então a democracia depende do intérprete. Restaria a nós, então, torcer para termos bons intérpretes? Ou torcer para que o objetivismo ético esteja prenhe de “bons argumentos corretivos?” (STRECK, 2014, p. 334).

Desse modo, uma teoria da decisão construída a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito deve assumir o compromisso de se evitar o arbitrário. O intérprete não pode evocar álibis para sustentar sua vontade, isso seria contraditório à ideia de democracia. Desse modo:

A afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido (Sinngabung) ao texto” nem de longe pode significar a possibilidade de ele estar autorizado a atribuir sentidos de forma arbitrária, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). (STRECK, 2014, p. 334)

Assim, a interpretação dos textos jurídicos não se dá de maneira arbitrária, desenvolvida por um intérprete solipsista. O segundo princípio é posto em oposição às teorias que apostam na plenipotenciabilidade da subjetividade do intérprete ou aos pragmatismos, que pregam uma postura cética frente ao Direito.

Entretanto, o referido princípio não significa a completa inação do Poder Judiciário, pelo contrário, em certas situações o judiciário atuará. Lado outro, a defesa de uma teoria substancialista e concretista da jurisdição constitucional não deve ser confundida com decisionismos e atitudes pragmatistas. Neste sentido, afirma Lenio Streck:

Importa referir, ademais, que a defesa de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, a partir do dever fundamental de justificação e do respeito à autonomia do direito, não quer dizer que, por vezes, não seja aconselhável e necessária uma atuação propositiva do Poder Judiciário (justiça constitucional), mormente se pensarmos nas promessas incumpridas da modernidade e no indispensável controle de constitucionalidade que deve ser feito até mesmo, no limite, nas políticas públicas que, positiva ou negativamente, desbordem da Constituição e da determinação da construção de um Estado Social. Mas essa atuação somente será legítima se ocorrer nos marcos da Constituição. (STRECK, 2014, p. 335)

O terceiro princípio proposto pelo jurista seria o “efetivo respeito à integridade e à coerência do direito”. Tal padrão normativa pretende estabelecer barreiras frente a fragmentação proposta pelas teorias pragmatistas em geral. A integridade e coerência do Direito englobariam princípios construídos pela teoria constitucional, como o princípio da unidade da Constituição ou o da concordância prática entre as normas.

Assim, a “integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito.” (STRECK, 2014, p. 336), ou seja, a integridade limita as atitudes solipsistas-voluntaristas ao respeitar a comunidade de princípios, “esse respeito à tradição, ínsito à integridade e à coerência, é substancialmente antirrelativista e supera subjetivismos e objetivismos.” (STRECK, 2014, p.336).

Em suma, o autor afirma que “haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos” (STRECK, 2014, p.337), além disso, restará assegurada a integridade do Direito por meio da força normativa da Constituição. “Supera-se, desse modo, o assim denominado princípio da proporcionalidade, que deixa de ser um “superprincípio” pelo qual o intérprete, após uma ponderação que não dispensa um elevado grau de discricionariedade” (STRECK, 2014, p.337). Na Crítica Hermenêutica do Direito, a exigência de

proporcionalidade será sinônimo da necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão. Ou seja:

a decisão (adequada constitucionalmente) não exsurte do balanceamento que o intérprete faz entre “valores em colisão”, mas, sim, da reconstrução do direito, com efetivo respeito à integridade e à coerência, com substancial redução do nível de discricionariedade do aplicador. (STRECK, 2014, p.337)

Note-se, a decisão jurídica possui efeitos colaterais. Alinhado com a teoria Dworkiniana, o jurista brasileiro entende ser a decisão um romance em cadeia. Não trata-se de um conto solitário, uno, autônomo, em que não se exige coerência. De maneira diversa, “no romance, um capítulo deve ser coerente com outro, preservando, assim, a integridade do romance.” (STRECK, 2014, p.338).

O quarto princípio trata do dever fundamental de se justificar as decisões, sendo ressaltado que existe uma diferença entre motivação e justificação. Observado o paradigma do Estado Democrático de Direito, bem como a impossibilidade de uma hermenêutica que deslegitime os textos jurídicos democraticamente construídos, conclui-se que:

há, pois, uma forte responsabilidade política dos juízes e tribunais, circunstâncias que foi albergada no texto da Constituição, na especificidade do art. 93, IX, que determina, embora com outras palavras, que o juiz explicita as condições pelas quais compreendeu. (STRECK, 2014, p. 339)

Desse modo, “no Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado.” (STRECK, 2014, p. 339). Veja, a justificação nada mais é do que a explicitação daquilo que se compreendeu/fundamentou. “Fundamentar a fundamentação, eis o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico” (STRECK, 2014, p. 339). Nenhuma decisão pode pretender-se imune ao controle intersubjetivo, o que seria incompatível com o paradigma referido.

Ademais, ressalta o jurista que a justificação da decisão prática, ao mediar o geral e o particular (o todo e a parte), faz com que na fundamentação do compreendido, o “intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou a-histórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo.” (STRECK, 2014, p. 341).

A aplicação do Direito a partir da historicidade de cada ato hermenêutico-interpretativo é possível por meio deste princípio. O dever de fundamentar resulta em uma blindagem contra historicismos e a-historicidades. Para tanto, “a historicidade da compreensão se apresenta como elemento fundamental do dever de fundamentação das decisões e, ao mesmo tempo, como pressuposto do princípio do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.” (STRECK, 2014, p. 341).

O dever de justificação das decisões liga-se de maneira relevante ao âmbito da transparência do processo democrático de aplicação do Direito. Dessarte, o autor defende tratar-se de verdadeiro direito fundamental do cidadão, e afirma:

Se o Estado Democrático de Direito representa a conquista da supremacia da produção democrática e do acentuado grau de autonomia do direito, a detalhada fundamentação das decisões proporciona uma espécie de *accountability*.

Por fim, cabe ressaltar que justificar significa fundamentar, o que vai muito além de motivar. “Posso ter vários motivos para fazer algo; mas talvez nenhum deles seja justificado.” (STRECK, 2014, p. 341).

O quinto, e último, princípio possui estrita relação com o anterior. Trata-se do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada. Tal tese é uma conjugação das teorias de Gadamer e Dworkin, acrescentando-se que a resposta não é nem a única nem a melhor, mas, “simplesmente se trata “da resposta adequada à Constituição”, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma.” (STRECK, 2014, p.345).

Para tanto, há que se substituir toda e qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, levando-se em conta a autoridade da tradição autorizada, a coerência e integridade, para que se possa superar a problemática do esquema sujeito-objeto.

O autor defende a existência de um direito fundamental a que a Constituição seja cumprida, ou seja, um direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada, tal resposta “ultrapassa o raciocínio causal-explicativo, buscando no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demandada pela situação que se apresenta.” (STRECK, 2014, p. 343). Entretanto, de maneira alguma tal direito

implica em uma elaboração sistêmica de respostas definitivas, o que seria uma postura anti-hermenêutica, vez que promoveria um congelamento dos sentidos.

Decerto que a obediência à integridade e a coerência do Direito, por meio da correta suspensão da pré-compreensão que o intérprete tem acerca do Direito, “por si só já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição.” (STRECK, 2014, p. 344).

Portanto, deve-se questionar se a norma é aplicável ao caso concreto, observada a principiologia e os preceitos constitucionais. “Mais ainda, há que se indagar em que sentido a pré-compreensão (*Vorverständnis*), condição para a compreensão do fenômeno.” (STRECK, 2014, p. 343). Com efeito, para se interpretar, é necessário compreender o que se quer interpretar. A interpretação nada mais é do que a explicitação do compreendido. Assim, a compreensão é condição de possibilidade do agir dos juristas. Todavia, cabe ressaltar:

Aqui não há outra “objetividade” além da elaboração da opinião prévia a ser confirmada. Faz sentido, assim, afirmar que o intérprete não vai diretamente ao “texto”, a partir da opinião prévia pronta e instalada nele. Ao contrário, expressamente, coloca à prova a opinião prévia instalada nele a fim de comprovar sua legitimidade, aquilo que significa, a sua origem e a sua validade. (STRECK, 2014, p. 344)

Desse modo, atento aos pressupostos filosóficos da CHD, constata-se que “a decisão constitucionalmente adequada é *applicatio* (superada, portanto, a cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação); logo, a Constituição só acontece enquanto “concretização”.” (STRECK, 2014, p. 343), como defendido pela teoria estruturante do Direito de Friedrich Müller.

Assim sendo, o referido direito fundamental nada mais é do que a obediência dos outros princípios, ou seja, a resposta será constitucionalmente adequada quando for respeitada a autonomia do Direito, evitada a discricionariedade e respeitada a coerência e integridade do Direito, por meio de adequada fundamentação/justificação.

Além da perspectiva democrática, o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição “é um “produto” filosófico, porque caudatário de um novo

paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto predominante nas duas metafísicas.” (STRECK, 2014, p. 344).

A resposta constitucionalmente adequada demonstra bem a diferença da Crítica Hermenêutica do Direito e as Teoria da Argumentação Jurídica. DE maneira direta, afirma Lenio Streck:

A diferença é que, para a compreensão a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, resposta correta não decorreria desse juízo de ponderação do juiz, mas sim, *da reconstrução principiológica do caso, da coerência e da integridade do direito*. Seria uma decisão sustentada em argumentos de princípio e não em raciocínios finalísticos (ou de políticas). É por isso que a hermenêutica salta do esquema sujeito-objeto para a intersubjetividade (sujeito-sujeito), onde a subjetividade deve ser controlada pela intersubjetividade. (STRECK, 2014, p.249)

Há que se notar que os cinco princípios devem ser compreendidos como virtudes, e não como valores, principalmente pela ideia já apresentada de imbricação dos princípios e moral. “A ideia de virtudes aponta para um conjunto de princípios que estão presentes em toda interpretação do direito.” (STRECK, 2014, p. 345). Desse modo, tais princípios não estão:

inscritos na comunidade política para serem descobertos como valores, mas implicam comprometimento dessa mesma comunidade com as decisões tomadas e com os princípios que institucionalizam tais decisões. (STRECK, 2014, p. 345)

Por existir tal compromisso democrático, os princípios estão sempre presentes em toda interpretação do direito, por outro lado, aquilo que aparece de maneira episódica na interpretação do direito é apenas um *standard* de caráter persuasivo.

Na linha de Ronald Dworkin, Streck afirma que a igualdade é pressuposta pela virtuosidade dos princípios, o que implica na compreensão da igualdade como a virtude soberana. “A virtude soberana é a *holding* do sistema. A própria grafia dos princípios é o resultado dessa virtuosidade do direito.” (STRECK, 2014, p. 345).

Apesar da possibilidade do estabelecimento dos cinco princípios que guiarão a interpretação na busca de uma atuação legitimada democraticamente, há a necessidade da construção de critérios para o balizamento da interferência judicial,

para que a Constituição não se torne um álibi teórico a ser utilizado pelos juízes. Neste sentido, afirma Lenio Streck:

Em última análise, o que pretendo referir é que uma decisão judicial que desconsidera uma lei sem fundamentar os motivos, a partir de uma alegação genérica que coloca a Constituição como um artifício retórico para sua não aplicação, será tão arbitrária (porque, no fundo, seu argumento encobre uma decisão solipsista) do que aquela que interpretar o texto legislativo sem qualquer filtragem hermenêutico-constitucional. Nos dois casos, tem-se uma inadequada compreensão sobre o papel da Constituição. (STRECK, 2014, p. 346)

Em suma, para Lenio Streck (STRECK, 2014, p. 346-347), uma decisão deverá passar pelo filtro dos cinco princípios, cabendo ser respondidas as seguintes perguntas:

a) Está sendo respeitada a autonomia do Direito? Essa decisão não está comprometida com argumentos morais, políticos ou econômicos? A decisão está imune aos predadores endógenos e exógenos do direito?

b) Essa decisão é discricionária? Para chegar a ela, foi efetuada a reconstrução da história institucional da regra a ser aplicada? Essa decisão é arbitrária? Se eu decidi conforme “minha concepção sobre o direito”, essa concepção é coerente com o que vem sendo decidido e o que consta na doutrina? Foi feito um controle hermenêutico da presente decisão?

c) Essa decisão possui uma consistência articulada? Os argumentos estão integrados ao conjunto do direito? Essa decisão pode ser aplicada a outros casos semelhantes? O princípio que se extrai da *holding* dessa decisão possui caráter de universalidade?

d) Essa decisão está devidamente justificada/fundamentada? Todos os argumentos das partes foram enfrentados?

e) Essa decisão está respeitando o direito fundamental a se ter a melhor resposta a partir do direito, sendo, portanto, uma resposta constitucionalmente adequada? A resposta foi dada com fundamento no direito, entendido, a partir de um conceito interpretativo, como aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, resposta nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador?

O filtro final proposto pelo jurista brasileiro refere-se às seis hipóteses em que uma lei ou dispositivo de lei pode não ser aplicado. Ressalte-se que todos os elementos indicados devem ser levados em conta no momento da decisão, garantindo-se a força normativa da Constituição.

A primeira hipótese trata-se da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, caso em que se deixará de aplicar ou será declarada a inconstitucionalidade por meio do controle concentrado. A segunda hipótese faz referência aos casos de aplicação dos critérios tradicionais de resolução de antinomias.

Não haverá a aplicação da lei quando for o caso da interpretação conforme a Constituição. Essa é a terceira hipótese. “Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio da interpretação que o torne adequado à Constituição.” (STRECK, 2014, p. 347).

A quarta hipótese refere-se à aplicação da nulidade parcial sem redução do texto, “pelo qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação” (STRECK, 2014, p. 347) do programa normativo sem que ocorra a alteração expressa do texto. A quinta hipótese dá-se quando for necessária a declaração de inconstitucionalidade com redução do texto, “em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo.” (STRECK, 2014, p. 348).

A última hipótese trata dos casos em que uma regra deixa de ser aplicada em razão de um princípio, “entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos.” (STRECK, 2014, p. 348). Tal hipótese só faz sentido se compreendida fora do chamado pamprincipiologismo. Note-se que, como já referido, os princípios sempre são aplicados, vez que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra. Todavia, tal hipótese gera um compromisso da comunidade jurídica, uma vez que, realizada a exceção, casos similares exigirão a mesma aplicação, observada a integridade e coerência do Direito. Desse modo, afirma o jurista:

Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe – no

sentido da *applicatio* hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. (STRECK, 2014, p. 348)

Por fim, tais observações só podem ser adequadamente realizadas a partir do paradigma pós-positivista, com a acertada distinção entre texto-norma. “Uma análise da aplicação de um texto normativo sem compreender esses pressupostos pode levar a mal-entendidos, como, por exemplo, pensar que a invocação de limites semânticos seja um retorno ao século XIX.” (STRECK, 2014, p. 348)

CONCLUSÃO

O presente trabalho intentou lançar luzes àquilo que vem-se chamando de ponderação. Para tanto, buscou-se responder três questionamentos básicos, do que se trata a ponderação, como a ponderação tem sido trabalhado pela doutrina brasileira e quais as alternativas à ponderação.

Restou claro que, para Alexy, a ponderação é um método, responsável por solucionar as colisões entre os princípios.

Importante notar que Robert Alexy é adepto do conceito semântico de norma, assim como Kelsen, ou seja, norma é o significado do enunciado normativo. A realidade é afastada de toda maneira do conceito de norma.

Para Alexy, normas é o gênero e as espécies são os princípios e regras. Há uma cisão estrutural, uma distinção qualitativa entre as espécies. A diferença estaria presente na aplicação e no modo de resolução dos conflitos/colisões das espécies normativas.

Regras seriam mandamentos definitivos. Um dever-ser real. São aplicadas por meio da subsunção. Havendo um conflito entre as regras, soluciona-se no âmbito da validade, por meio dos critérios clássicos para resolução de antinomia. Ou seja, ou se declara a invalidade de uma delas, ou se cria uma exceção.

Já os princípios são mandamentos de otimização. Um dever-ser ideal. São comandos *prima facie*. Por possuírem uma tendência expansiva, por seu suporte fático ser compreendido como algo amplo, acabam por estar em constante tensão. As colisões entre princípios são resolvidas no âmbito do peso. Não se declara a invalidade do princípio, pelo contrário, a partir do sopesamento, define-se ordens condicionadas de precedências entre os princípios colidentes.

Neste ponto entre a ponderação/sopesamento. Esta é o método por meio do qual serão resolvidas as colisões entre princípios.

O sopesamento é argumentativamente fundamentado. Trata-se de atribuir peso, ou seja, examinar as razões relacionadas às intensidades de importância e não satisfação dos princípios conflitantes. E para tanto, o jurista alemão elabora uma fórmula matemática, a fórmula do peso, para que se torna mais aparente e controlável o raciocínio sopesador.

Um ponto importante a ser ressaltado é o fato de que o resultado da ponderação será uma regra condicionada que será subsumida ao caso. Ou seja, a ponderação é um método que pretende refinar a aplicação por meio da criação de uma regra para que ocorra a subsunção. De maneira adversa ao que muitos têm defendido, a ponderação é dependente da subsunção. Não há de modo algum o fim do juiz que promove subsunções ou silogismos.

Há que se ressaltar que, apesar de propugnar a racionalização decisória, Alexy acaba por reconhecer a possibilidade da discricionariedade, tanto do julgador, quanto do legislador.

Vimos que o neoconstitucionalismo no Brasil é um movimento bem heterogêneo, todavia, uma das características quase que unânime seria a da utilização da ponderação.

Em razão da natureza do trabalho, optou-se por estudar a teoria relacionada à ponderação elaborada por Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso.

Em síntese, a ponderação seria uma técnica para a solução do conflito entre normas, que ocorrem nos chamados casos difíceis, ou seja, naqueles casos em que o ordenamento não apresenta uma norma pré-pronta para ser subsumida. Os autores apostam no subjetivismo do intérprete para a solução dos referidos casos difíceis, seria algo inexorável, já que não há algo dado pelo ordenamento para que se promova uma aplicação silogística, um verdadeiro ato de vontade, nos dizeres de Hans Kelsen.

A ponderação seria dividida em três etapas. A primeira seria a arregimentação de todas as possíveis normas aplicáveis ao caso. O segundo momento é a escolha “dos fatos relevantes” para o caso. A terceira refere-se propriamente ao ato decisório.

Diferentemente da ponderação alexyana, a proposta dos autores não pretende a elaboração de uma metodologia mais apurada, o ponderar acaba por se transformar em um argumento retórico.

Dito isso, podemos pensar se a ponderação trabalhada no Brasil nada mais seria um verdadeiro jeitinho brasileiro dos julgadores, um modo de resolver informalmente e imediatamente um problema complexo. Por não saber como resolver ou por querer resolver de determinado modo, o julgador lança mão da ponderação e chega no resultado pretendido, acaba-se por esconder as verdadeiras razões da decisão.

O último questionamento foi o referente às alternativas pós-positivismo frente a ponderação.

O pós-positivismo aqui trabalhado pretende-se como superador das ideias trabalhadas pelo positivismo, como o conceito de norma, a cisão entre direito e realidade, ser e dever-ser, fato e norma, teoria e prática. Diferentemente de algumas ideias, o pós-positivismo não se trata de um movimento de “evolução seletiva”, em que apenas alguns conceitos são maquiados e de resto há uma continuidade.

Dentre as correntes pós-positivistas, o presente trabalho teve por enfoque a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) elaborada por Lenio Streck. Para compreender-se tal crítica, foi necessário abordar alguns pressupostos filosóficos, que não iremos repetir neste momento, mas que se tem que ter em mente como a diferença ontológica, o círculo hermenêutico, a pré-compreensão, a *applicatio*, a diferença entre o *logos* apofânico e o hermenêutico.

Na CHD os princípios são compreendidos de maneira diversa das posturas chamadas neoconstitucionalistas. Princípios não são mandados de otimização, eles não “abrem” a interpretação, pelo contrário, eles a “fecham”, princípios são padrões normativos que exurgem da história institucional do Direito. São deontológicos, pois. Trabalham no código lícito/ilícito. Não são cumpridos mais ou menos. Eles acontecem na concretude decisória do Direito. Instituem a moral e mundo prático no Direito.

Todavia, com vistas na diferença ontológica, um princípio só se aplica por meio de sua regra, assim como uma regra é sempre sustentada por um princípio. As

regras são caracterizadas por sua porosidade, que, apenas em razão dos princípios, torna-se legitimada para a decisão.

Muitas são as críticas hermenêuticas em face das teorias da argumentação, o trabalho pretendeu abordar algumas delas.

Em síntese, a hermenêutica supera a subsunção como paradigma aplicativo do Direito, vez que restou suplantada o esquema sujeito-objeto. Com os avanços do giro linguístico, não se sustenta o mito do dado, que será aplicado de maneira silogística.

Além disso, a CHD não aposta em posturas procedimentais, o Método é compreendido como o momento extremo da subjetividade do sujeito, que acaba por encobrir as razões de decidir.

De maneira mais incisiva, a CHD repudia a discricionariedade. A discricionariedade é produto do esquema sujeito-objeto, trata-se da manifestação do sujeito solipsista, uma verdadeira arbitrariedade tendo em vista o paradigma do Estado Democrático do Direito.

Por fim, com o intuito de expor as propostas da Crítica Hermenêutica do Direito, apresentou-se a teoria da decisão elaborada por Lenio Streck, que consiste no reconhecimento de cinco princípios, atrelados a cinco perguntas, e seis hipóteses de não aplicação de lei ou de dispositivo de lei.

A Crítica Hermenêutica propõe uma compreensão diferente do Direito, há um verdadeiro rompimento e superação do paradigma positivista. Todavia, tal proposta só se adequa à realidade do paradigma do Estado Democrático de Direito, de modo a garantir a autonomia do Direito e o caráter transformador da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, George et al. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2015.

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 203, p. 165-183, 2014.

ALCÂNTARA, Michele Alencar da Cruz. Princípios da proporcionalidade, da ponderação e da concordância prática: semelhanças e distinções. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, nº 43, p. 72-93, 2010.

ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Contra os princípios jurídicos. In: MARMOR, Andrei. *Direito e Interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.419-492.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 4ª ed., 2015.

ALEXY, Robert. Princípios Formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1ª ed., 2014, p.3-36.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo, 5ª ed., 2014.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy*. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Ética e jeitinho brasileiro. Disponível em: <https://jota.info/especiais/etica-e-jeitinho-brasileiro-10042017>. Acesso em: 22 de Abril de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 2010, p.271-316.

BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BASTOS, Marília Pereira de Abreu; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Dever Fundamental de Ponderação no Novo CPC. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, nº75, p.53-67, nov./dez. 2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: EDIPRO, 5ª ed., 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Luciana de Oliveira. Juízo de Ponderação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Belo Horizonte, nº84, p.137-152, 2013.

CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. O conflito entre princípios na teoria estruturante do direito de Friedrich Müller. *Revista de Direito Brasileira, São Paulo*, nº6, v.13, p.74-87, jan./abr. 2016.

CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Discricionabilidade administrativa e interesses públicos: superando a supremacia em busca da ponderação. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, nº122, ano 11, p.9-21, abr. 2011.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Filosofia do Direito: fundamentos, metodologia e teoria geral do Direito*. Coimbra: Grupo Almedina, 2ª ed., 2013.

DANTAS, Rafael Levino; DANTAS, Diogo Caldas Leonardo. Teoria dos Princípios e Ponderação em Robert Alexy: Posicionamentos na Doutrina Brasileira. *Direito Público*, Porto Alegre, nº51, v.1, p.108-130, mai./jun. 2013.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A hermenêutica jurídica na doutrina pátria: as contribuições de Lenio Streck em Verdade e Consenso. In: ROSA, Alexandre Morais da et al. *Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p.365-372.

FERRAZ, Sérgio Valladão. *Hermenêutica Constitucional: a teoria estruturante do direito e suas repercussões no controle de constitucionalidade e na realização dos direitos fundamentais*. Joinville: Editora Bildung, 1ª ed., 2015.

FILHO, Willis Santiago Guerra. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 2010, p.255-269.

FLACH, Leonardo. O jeitinho brasileiro: analisando suas características e influências nas práticas organizacionais. *Revista Gestão e Planejamento*, Salvador, v. 12, nº 3, p. 499-514, set./dez., 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/rgb/article/view/1197/1852>>. Acesso em: 22 de Abril de 2017.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Discricionariedade e verdade na filosofia do direito e no constitucionalismo moderno. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, nº 31, ano 9, p.915-938, jan./abr. 2015.

GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. *Interesse Público*, Belo Horizonte, nº 55, v.11, p.157-177, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2ª ed., 2009.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 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*, Vale dos Sinos, nº 1, v.7, p.70-79, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.07/4549>> Acesso em: 22 de Maio de 2017.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira Martins; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. *Revista Direito GV*, São Paulo, nº1, v.2, p. 241-254, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35224/34024>> Acesso em: 22 de Maio de 2017.

MASTRODI, Josué. Ponderação de Direitos e proporcionalidade das decisões judiciais. *Revista Direito GV*, São Paulo, nº 2, v.10, p.577-595, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/48708/47088>> Acesso em: 22 de Maio de 2017.

MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. Esboço de uma teoria da ponderação independente da teoria dos princípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 238, p.43-56, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudo de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2012.

MORAIS, Fausto Santos. Descobrimo o pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vale dos Sinos, nº 1, v.6, p.54-62, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.61.05/4133>> Acesso em: 22 de Maio de 2017.

MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MOTA, Mauricio Jorge Pereira da; PEREIRA, Daniel Queiroz. Argumentação jurídica, ponderação e representatividade argumentativa na obra de Robert Alexy. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, nº1, v.5, p.21-50, 2013. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9860/7722>> Acesso em: 22 de Maio, 2017.

MÜLLER, Friedrich. *Metódica Jurídica e Sistema Político: elementos de teoria constitucional II*. Joinville: Bildung Editora, 1ª ed., 2014.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2010.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2013.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª ed., 2013.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.5, p.147-168, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n1/a08v5n1.pdf>>. Acesso em: 22 de Maio de 2017.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NETO, Cláudio Pereira de Souza et al. *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2ª ed., 2014.

OHLWEILER, Leonel. Dos motivos à motivação dos atos administrativos como dever de ponderação: uma análise a partir da viragem hermenêutica. *Revista da Ajuris*, Rio Grande do Sul, nº107, v.34, p.171-187, set. 2007.

OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. Neoconstitucionalismo: contextualização e perspectivas. In: QUAREMAS, Regina et al. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 2009, p.879-891.

OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. Nos limites do neoconstitucionalismo: a voz dos críticos e a subsistência do cânon. In: LEITE, George Salomão et al. *Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.177-189.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ABBoud, Georges. Contra o neoconstitucionalismo: idiossincrasias e incongruências da teoria constitucional contemporânea. In: LEITE, George Salomão et al. *Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.77-89.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PALMER, Richard E.. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 2015.

PEDRON, Flávio Quinaud. O dogma da supremacia do interesse público e seu abrandamento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, nº33, ano 8, p.193-217, jul./set. 2008.

POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma – a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da Ponderação*:

método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016, p.63-96.

POSCHER, Ralf. The Principles Theory. How many theories and what is their merit? In: KLATT, M. Institutionalizing reason. Perspectives on the legal philosophy of Robert Alexy, New York: Oxford University Press, 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1411181>>. Acesso em: 22 de Maio de 2017.

PULIDO, Carlos Bernal. La solución de colisiones entre derechos fundamentales por medio de la ponderación. In: LEITE, George Salomão et al. *Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.109-130.

RIBEIRO, Diego César Soares. Apontamentos sobre a crítica hermenêutica do direito e a consolidação do pensamento constitucional. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, nº 4, v.8, p. 2158-2173, 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes_teste.uerj.br/ojs/index.php/quaestioiuris/article/view/20952/15327>.

Acesso em: 22 de Maio de 2017.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: (Im) possibilidade de sua ponderação? Enfoque luso-brasileiro. In: DUARTE, David et al. *Ponderação e proporcionalidade no estado constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.146-215.

ROTHENBURG, Walter Claudius. As exigências de uma concepção jurídica baseada em princípios. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, nº20, ano 5, p.309-329, out./dez. 2011.

RUTANO, Leandro José; PUGLIESE, William Soares. A Ponderação no Novo Código de Processo Civil: Considerações sobre o Art. 489, §2º. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, nº69, p.50-66, nov./dez. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado. In: QUAREMAS, Regina et al. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 2009, p. 587-613.

SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUAREMAS, Regina et al. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 2009, p.267-302.

SCHMIDT, Lawrence K.. *Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 3ª ed., 2014.

SILVA, Alexandre Garrido da. Metodologia da Ponderação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais: a contribuição de Robert Alexy e seus críticos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, nº4, ano 1, p.173-198, out./dez. 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 2010, p.115-143.

SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v.4, p.23-51, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.798, p.23-50, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. in: JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo; BARBIERI, Catarina (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 363-380.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, nº1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 2010, p.11-53.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do Direito e a teoria da argumentação de Atienza: convergências e divergências sobre raciocínio jurídico. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, nº4, v.9, p. 2207-226, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. A inconstitucionalidade da ponderação de normas do NCP. In: RIBEIRO, Darci Guimarães et al. *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2ª ed., 2016, p.141-150.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição, interpretação e argumentação: porque me afastei do neoconstitucionalismo. In: LEITE, George Salomão et al. *Constituição, política e cidadania*. Porto Alegre: GIW Editora Jurídica, 2013, p.297-309.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vale dos Sinos, nº1, v.1, p.65-77, 2009. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137>. Acesso em: 22 de Maio, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O neoconstitucionalismo é, de fato, uma postura pós-positivista? – A busca de uma resposta a partir da hermenêutica. In: LEITE, George Salomão et al. *Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.15-36.

STRECK, Lenio Luiz. O novo CPC e o *Hermeneutic Turn* do Direito Brasileiro – Condições e Possibilidades. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, nº90, ano 23, p.355-372, abr./jun. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. O senso (in)comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vale dos Sinos, nº2, v.4, p.185-192, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.08/1241>> Acesso em: 22 de Maio, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2014.