

KALITA DE CASTRO RODRIGUES

NEOCONSTITUCIONALISMO E A NOVA HERMENÊUTICA:

a discricionariiedade das decisões
judiciais na concretização dos
direitos fundamentais



**NEOCONSTITUCIONALISMO E A NOVA
HERMENÊUTICA: A DISCRICIONARIEDADE
DAS DECISÕES JUDICIAIS NA
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

KALITA DE CASTRO RODRIGUES

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autora

Kalita de Castro Rodrigues

Capa

AYA Editora

Revisão

A Autora

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Direito

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues
Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa
Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes
Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch
Faculdade Sagrada Família

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda
Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes
*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Pauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira
Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail
Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens
Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares
Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros
Rodrigues
Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda
Santos
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues
Instituto Federal de Santa Catarina

© 2023 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pela autora para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas neste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de sua autora e não representam necessariamente a opinião desta editora.

R6961 Rodrigues, Kalita de Castro

Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica: a discricionariedade das decisões judiciais na concretização dos direitos fundamentais [recurso eletrônico]. Kalita de Castro Rodrigues. -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 121 p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-195-4

DOI: 10.47573/aya.5379.1.107

1. Direito constitucional - Interpretação e construção. 2. Direito constitucional - Brasil. I. Título

CDD: 342.81

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações
de Periódicos e Editora EIRELI**

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	8
INTRODUÇÃO	9
DO POSITIVISMO JURÍDICO AO PÓS-POSITIVISMO	12
A origem do Positivismo Jurídico	12
Conceito e correntes do Positivismo Jurídico ..	16
A Hermenêutica e Interpretação Positivista	21
Do pós-positivismo jurídico	25
Do <i>neoconstitucionalismo</i>	31
Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais	36
NOVA HERMENÊUTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS	39
Distinção entre regras e princípios	40
Lei da colisão de Robert Alexy.....	48
A estrutura dos Direitos Fundamentais	51
Da proporcionalidade e ponderação	53
Dos outros métodos interpretativos da “moderna hermenêutica”	61
Unidade da Constituição	65
Concordância Prática.....	65
Conformidade Funcional	66
Efeito Integrador	67
Máxima Efetividade	68
Força Normativa da Constituição	68

PROTAGONISMO JUDICIAL E A DISCRICIONARIEDADE DAS DECISÕES .	70
Nova Hermenêutica, ponderação e discricionariiedade	71
Nova Hermenêutica e aplicação da técnica da ponderação pelo judiciário brasileiro	80
Racionalidade e Teoria da argumentação jurídica de Alexy	87
Integridade do direito e Ronald Dworkin.....	90
Teoria Crítica de Lênio Streck.....	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	103
REFERÊNCIAS.....	109
SOBRE A AUTORA	115
ÍNDICE REMISSIVO	116

Apresentação

A decadência do extremo e acrítico legalismo do positivismo jurídico ocasionou o advento do pós-positivismo jurídico, o qual propõe força normativa aos princípios jurídicos, dando azo ao surgimento do neoconstitucionalismo, ante a necessidade de garantir efetiva concretização dos direitos fundamentais. Diante disso, origina-se uma Nova Hermenêutica constitucional. Os referidos fenômenos, por conseguinte, empoderam o Poder Judiciário e intensificam a discricionariedade judicial. Portanto, o objetivo da presente investigação é analisar como a utilização da Nova Hermenêutica pode ocasionar decisões judiciais excessivamente discricionárias. Para tanto, utilizando-se do método dedutivo, através de um levantamento bibliográfico, pretende-se revisar a literatura doutrinária, perscrutando a historicidade do fenômeno jurídico no contexto da ascensão e da queda do positivismo jurídico até o advento do neoconstitucionalismo e o surgimento de uma Nova Hermenêutica Constitucional dentro deste novo paradigma jusfilosófico. Em seguida, analisa-se a máxima da proporcionalidade de Robert Alexy e outros métodos interpretativos oriundos do neoconstitucionalismo. Demonstra-se que a utilização discricionária da hermenêutica principialista é propiciada por uma falha da própria teoria, que proporciona ao julgador o livre arbítrio de julgar e também resultado de uma má-aplicação da máxima da proporcionalidade pelo judiciário brasileiro. Por fim, constata-se que a Teoria de Dworkin e a Teoria Crítica de Lênio Streck, com esteio na Hermenêutica Filosófica e na integridade de Ronald Dworkin, se mostram como possíveis soluções ao problema que se apresenta, com intuito de superação da discricionariedade na concretização dos direitos fundamentais.

Kalita de Castro Rodrigues

INTRODUÇÃO

O cenário complexo da pós-modernidade ocasiona um novo paradigma no que se refere ao direito constitucional, sobretudo no que tange aos direitos fundamentais, pois deixam de ter um caráter ideológico de apenas limitar o poder estatal, mas de concretização da dignidade da pessoa humana. Contudo, ainda assim, é possível deparar-se com problemas de eficácia e de efetividade destes direitos, em razão, principalmente, de sua alta natureza abstrata e da possibilidade de mutação, ocasionando a possibilidade de discricionariedade das decisões judiciais interpretativas.

A sociedade pós-moderna impõe o afastamento de critérios hermenêuticos apegados ao formalismo para a efetiva concretização dos direitos fundamentais. Surgem, portanto, novos métodos que possam atingir a necessidade social, uma vez que critérios tradicionais, tais como o gramatical, sistemático, teleológico e histórico, seriam insuficientes para atingir tal objetivo, inclusive em virtude da abertura do sistema, que passa a ser encarado como composto por princípios e regras.

Nessa perspectiva, surge o *neoconstitucionalismo*, movimento partidário do pós-modernismo, que tem como substrato filosófico o pós-positivismo. E ele apresenta como uma de suas principais características a posituação dos direitos fundamentais como princípios, com o objetivo de que ocorra uma abertura interpretativa, pautada em inovações hermenêuticas, que visam a garantir a concretização dos direitos fundamentais.

O novo constitucionalismo tem uma vasta preocupação com novos critérios interpretativos, com a finalidade de garantir a supremacia da Constituição e assegurar sua força normativa dentro do ordenamento e, principalmente, protegendo e propiciando efetividade aos direitos fundamentais. E essa influência

tem provocado fortes alterações nas fontes jurídicas e, como consequência, na hermenêutica constitucional, resultando numa transformação do paradigma positivista, possibilitando uma nova compreensão da constitucionalização, sobretudo, em relação aos direitos fundamentais, criando-se uma Nova Hermenêutica.

No entanto, o protagonismo do Poder Judiciário e a discricionariedade das decisões judiciais estão cada vez maiores nas Cortes e Tribunais Constitucionais, situações autênticas e recentes, propiciadas pelo constitucionalismo contemporâneo. O enfraquecimento do paradigma da legalidade é evidente. A lei, que antes era o centro do sistema jurídico e parâmetro de validade das normas, agora é objeto de controle de constitucionalidade. O culto à lei foi substituído pelo culto à jurisprudência constitucional, tonificada por uma nova teoria do Direito baseada na distinção entre regras e princípios, tornando estes na justificação de um decisionismo judicial calcado na subjetividade do intérprete, ocasionando excessiva discricionariedade do intérprete/juiz.

É dentro dessa vertente que se pretende elaborar uma pesquisa, com a seguinte problemática: *em que medida a utilização dos métodos interpretativos da Nova Hermenêutica neoconstitucionalista e o protagonismo do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais podem originar decisões judiciais excessivamente discricionárias?*

O objetivo principal desta investigação, portanto, é avaliar a utilização dos métodos interpretativos da Nova Hermenêutica Constitucional decorrente do pós-positivismo e *neoconstitucionalismo* e o protagonismo do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais e como a utilização de novos meios hermenêuticos e a abertura principiológica decorrente deste novo construto filosófico podem originar decisões judiciais excessivamente discricionárias. Utiliza-se o método de pesquisa dedutivo para alcançar a finalidade pretendida.

Para tanto, no primeiro capítulo, é necessária uma explanação do contexto histórico do positivismo e a superação paradigmática entre juspositivismo e pós-positivismo, descrevendo as principais ideias do pós-positivismo, inclusive o reconhecimento dos princípios como padrões normativos, dotados de dever jurídico. Além disso, aborda-se a influência deste novo construto jusfilosófico em uma nova Teoria Constitucional: *neoconstitucionalismo*, calcada, principalmente, na supremacia da Constituição e a necessidade de concretização dos direitos fundamentais.

Considerando os fundamentos e bases *neoconstitucionalistas*, verifica-se a imprescindibilidade de uma Nova Hermenêutica, apta a concretizar os direitos fundamentais e atender os anseios e valores da sociedade pós-moderna. Destarte, o segundo capítulo da presente investigação tem por objetivo explicar os contornos dos inovados meios interpretativos decorrentes dessa necessidade, principalmente na diferença estabelecida entre princípios e regras e como a técnica ponderativa é utilizada nesta distinção, principalmente diante da estrutura dos direitos fundamentais.

Por fim, no terceiro capítulo, apontam-se as consequências da Nova Hermenêutica constitucional, como a exacerbada utilização de princípios interpretativos, a discricionariedade que carrega a ponderação alexyana e a má aplicação da teoria na jurisprudência brasileira, o que ocasiona excessiva discricionariedade nas decisões judiciais, incompatível com o Estado Democrático de Direito. Ademais, abordam-se pontos de divergência entre Dworkin e Alexy, bem como da Teoria Crítica de Lênio Streck, apontando possíveis soluções ao problema apresentando.

DO POSITIVISMO JURÍDICO AO PÓS-POSITIVISMO

O Constitucionalismo Moderno, que desponta, principalmente, com a Constituição Francesa de 1791 e a dos Estados Unidos de 1787, veio com a roupagem de que a Lei, emanada pelo órgão legislador, seria o único instrumento apto a limitar os direitos dos cidadãos. Portanto, a lei passa a ser mais relevante juridicamente do que os princípios não positivados.

É nessa conjuntura que surge o positivismo jurídico com ideais opostos à antiga teoria do direito, vigente até o momento na maioria dos estudos jurídicos, que fundamentava o Direito. Assim, antes de se analisar o atual paradigma jurídico, é imprescindível traçar alguns pontos do positivismo jurídico, para que se possa entender o momento em que se deu a mudança de paradigma filosófico dentro do estudo do direito.

Contudo, impede frisar que não é escopo da presente pesquisa o aprofundamento no campo filosófico positivista, o qual é trazido como pano de fundo para demonstrar as peculiaridades do pós-positivismo e, conseqüentemente, chegar ao *neoconstitucionalismo* e Nova Hermenêutica Constitucional, os fins principais a que se almeja. Portanto, faz-se a inclusão de suas várias correntes em uma só roupagem, correndo o risco de assujeitá-lo em reducionismo, mas o intuito é não perder o foco do objeto de pesquisa, embora não seja recomendável a tentativa de buscar um denominador comum para o positivismo, inclusive o jurídico, notadamente por diversas variações existentes dentro deste estudo.

A origem do Positivismo Jurídico

O positivismo jurídico foi resultado dos reclamos da sociedade em limitar o poder do soberano e garantir segurança jurídica às relações processuais, ante

os acontecimentos que marcaram a Idade Média, que eram realizados em nome do Direito e de seus princípios naturais considerados imutáveis. Portanto, o objetivo era evitar arbitrariedades do Soberano ou de qualquer outra autoridade, que, sob o fundamento da ideologia jusnaturalista, marcante do período, se incumbia de agir na defesa de orientações divinizadas.

Para Norberto Bobbio (2006, p. 25), no período medieval, “o direito natural é considerado superior ao positivo, [...] não mais visto como direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus”. Para Luis Roberto Barroso (2005), o jusnaturalismo foi estabelecido com base na convicção em princípios de justiça universal, sendo um dos principais motivos que ocasionou as revoluções liberais, as quais desencadearam as principais codificações. No entanto, nas palavras do autor em comentário: “por ser considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XX.” (BARROSO, 2005, p. 4).

O escopo ensejador da mudança paradigmática dentro do direito era afastar teses metafísicas ou ideológicas, tentando produzir uma Teoria do Direito com objetividade e neutralidade, garantindo a cientificidade do estudo do Direito, em nome, principalmente, da segurança jurídica almejada pela sociedade burguesa em ascensão, bem como a imposição de leis a serem cumpridas pelo Rei, colocando-o como inferior à Lei, sacrificando, em alguns casos, até mesmo a Justiça.

Portanto, pode-se dizer que o positivismo jurídico ou juspositivismo tem sua origem ligada à formação do Estado Moderno, logo após a dissolução da sociedade medieval. O direito medieval era resultado dos fenômenos sociais oriundos de uma sociedade pluralista, sendo, desta forma, produzido pela sociedade civil (BOBBIO, 2006). Todavia, com a codificação do Estado Moderno, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de

dois milênios, foram se incorporando de forma generalizada aos ordenamentos positivos (BARROSO, 2009).

Desta forma, com a formação do Estado Moderno, tem-se uma concentração da produção do direito para o Estado, desecandando o fenômeno que Norberto Bobbio chama de “processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.” (BOBBIO, 2006, p. 27). O Direito passa a ser entendido como somente aquilo produzido pelo Estado através da Lei. Conseqüentemente, também houve modificação no papel do juiz, pois, anterior à formação do Estado, o juiz tinha discricionariedade para escolha de qual norma aplicar, não estando restrito às leis emanadas do Estado, podendo, inclusive, utilizar-se de usos e costumes ou critérios equitativos (BOBBIO, 2006). Nesse sentido:

[...] quando identificamos o direito com a normas postas pelo Estado, não damos uma definição obtida de uma determinada situação histórica, aquele em que vivemos. Enquanto, de fato, num período primitivo, o Estado se limitava a nomear um juiz que dirimia as controvérsias entre particulares, [...], com formação do Estado moderno é subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas e aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se lhe impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do direito. (BOBBIO, 2006, p. 29).

Em contrapartida, com a formação do Estado Moderno, o juiz torna-se representante estatal, impondo-se a ele a obrigatoriedade de fazer uso das normas reconhecidas pelo Estado, em razão de que o direito positivo (estatal) era considerado superior. Tal mudança se evidencia na tentativa de evitar arbitrariedades nas decisões dos juizes, pois se acreditava que a liberdade dada aos juizes para resolver os conflitos sociais através das normas retiradas do seu próprio senso de equidade ou da vida social ocasionaria arbitrariedades, enquanto que, se a norma fosse emanada pelo legislador, representaria impedimento para a arbitrariedade do poder judiciário (BOBBIO, 2006).

Vale ressaltar que a doutrina defende que a origem do positivismo jurídico se deu, notadamente, na França, por influência da cultura racionalista, tornando-

se possível a condificação francesa porque os objetivos iluministas ensejaram a Revolução Francesa e, conseqüentemente, a ideia de codificar o direito ganha consistência política (BOBBIO, 2006). Nesse sentido, no Brasil, defende Luis Roberto Barroso:

O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito e norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. (2009, p. 324).

Diametralmente, é a posição do próprio Norberto Bobbio (2006), que aduz que a expressão “positivismo” não deriva do positivismo no sentido filosófico, embora alguns positivista jurídicos também fossem positivistas em sentido filosófico, mas, considerando a origem das correntes, em nada tem a ver. Para o autor italiano, a expressão positivismo jurídico é originada do termo direito positivo, que surgiu da ideia em contraposição àquela de direito natural, ainda na Antiguidade. A ligação entre jusnaturalismo e positivismo jurídico é ligada por distinções conceituais entre direito positivo e direito natural existente desde o pensamento grego, medieval, até os pensamentos modernos.

Além disso, no Brasil, é comum afirmar que o Positivismo Jurídico é variação, influência, ou melhor, aplicação do Positivismo original, vinculado à Filosofia e à Sociologia. (LACERDA, 2010). Todavia, é válido ressaltar que as pesquisas atuais “têm investigado diretamente a obra de Comte e chegado à conclusão simples de que a maior parte das relações entre o Positivismo comtiano e os “positivismos” atuais consistem apenas em coincidência terminológica.” (LACERDA, 2010, p. 320).

Conceito e correntes do Positivismo Jurídico

De início, embora os distintos pontos de vista e das diversas correntes filosóficas, teóricas e doutrinárias que surgiram a respeito, o positivismo clássico pode ser definido, de acordo com Norberto Bobbio (2006, p. 26), um dos adeptos do positivismo, defensor de uma corrente mais moderada, como uma “doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”. Lênio Luiz Streck (2010a, p. 3) também apresenta um conceito científico ao positivismo apontando-o como uma postura científica em que a “interpretação da realidade engloba apenas o que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir”, e, no ramo jurídico, essa verificação seria encontrada na legislação, pelo menos em um primeiro momento.

Luis Roberto Barroso (2009) ensina que o positivismo acomodou variações, tendo como ápice o normativismo de Hans Kelsen. Contudo, embora corresse o risco de apontar “simplificações redutoras”, o autor aponta algumas características de modo geral da teoria positivista, enumerando-as da seguinte forma:

- (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado;
 - (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo.
- (BARROSO, 2009, p. 325).

Do mesmo modo, Ronald Dworkin (2002), ao criticar o positivismo, o define como “a teoria segundo a qual os indivíduos só possuem direitos jurídicos na medida em que estes tenham sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas”, asseverando, ainda, que o positivismo jurídico rejeita a ideia de que os direitos possam preexistir a qualquer forma de legislação. Afasta-se, portanto, a aplicação de outros direitos em processos judiciais, além daqueles já

existentes “na coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade.” (DWORKIN, 2002, p. 14).

O autor norte-americano resume o positivismo jurídico em algumas proposições centrais, o que ele denomina de “esqueleto do positivismo”, e as diversas versões e posturas adotadas do positivismo vão apenas distribuindo “carne” neste “esqueleto”. Para o autor, algumas delas “chegam até reorganizar os ossos” (DWORKIN, 2002). Os preceitos-chaves enumerados por Ronald Dworkin são os seguintes:

a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual o comportamento será punido ou coagido pelo poder público. [...] b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com o “direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas, então esse caso [...] deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de uma nova regra jurídica ou na contemplação de uma já existente. c) Dizer que alguém tem uma obrigação jurídica é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. [...] Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação válida. (2002, p. 28).

No tocante ao primeiro preceito, o autor aduz que as regras especiais são reconhecidas com auxílio de parâmetros específicos, que nada têm a ver com seu conteúdo, mas com seu “*pedigree*, ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas.” (DWORKIN, 2002, p. 28). Assim, as diversas versões existentes do positivismo jurídico vão descrever o teste fundamental de validade (*pedigree*) que uma regra deve alcançar para ser considerada juridicamente válida.

John Austin, por exemplo, elaborou sua versão de “teste fundamental”, conforme analisado, criticamente, por Dworkin (1999), reconhecendo válida a regra jurídica como sendo “o comando precedente de alguma pessoa ou grupo que ocupe uma posição soberana em tal sociedade.” (DWORKIN, 1999, p. 41). Portanto, válidas são as regras de uma comunidade que são ordens de caráter

geral apresentadas por seu soberano (DWORKIN, 2002).

Para Hart, por sua vez, conforme descreve Ronald Dworkin (1999), o critério de verificação de validade da norma está relacionada com sua aceitação como obrigatória pelo grupo de pessoas, que as aceitam como padrões de condutas, reconhecendo o caráter de obrigatoriedade da conduta. Todavia, esta não é única maneira de tornar válida uma regra jurídica no positivismo de Hart. O positivista também considera válidas as regras se criadas observando especificações estipuladas por alguma regra secundária.

Assim sendo, para o autor inglês, o critério de averiguação de validade das normas jurídicas (*pedigree*) está fundamentada na “regra de reconhecimento”. Isso significa dizer que os fundamentos jurídicos de validade da norma baseia-se na aceitação por parte da comunidade de uma regra mestra fundamental (DWORKIN, 1999).

Do mesmo modo, Kelsen (1998) também elaborou critérios de validade da norma (*pedigree*), preenchendo o “esqueleto” das ideias chaves do positivismo proposto por Ronald Dworkin. Para Kelsen, para que uma norma jurídica seja considerada inválida, não se faz análise quanto ao seu conteúdo. No entanto, a norma elaborada inobservando a forma que pressupõe a norma superior pode ser considerada inválida. Assim, as normas de qualquer conteúdo, desde que elaboradas em compatibilidade com forma estabelecida na norma fundamental, são pertencentes à ordem jurídica, portanto, válidas. Nas palavras do autor:

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. (KELSEN, 1998, p. 150).

A Teoria Pura do Direito, idealizada por Kelsen, pretende garantir um conhecimento dirigido exclusivamente ao direito, afastando-se de influência de conhecimento que não pertença ao seu objeto. A ideia é libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são diferentes (KELSEN, 1998). O entendimento do autor é que o sistema jurídico deveria ser interpretado sem qualquer relação com valores advindos da ética ou da moral, sendo uma interpretação somente no plano formal.

Para o autor austríaco, de maneira simplificada, “as fontes do Direito têm que ser buscadas apenas no próprio Direito, excluindo-se as fontes extrajurídicas, como hábitos e costumes compartilhados, além de valores disseminados socialmente.” (LACERDA, 2009, p. 11). A moral e valores externos ao ordenamento jurídico não deveriam ser incluídos ao Estudo do Direito. Contudo, Kelsen não ignora simplesmente a carga valorativa que informa o fato jurídico, mas enuncia a necessidade de o fenômeno jurídico ser analisado livre de outras áreas do conhecimento (BICALHO e FERNANDES, 2011).

Desta forma, não há de ser feito um juízo de valor moral ou ético acerca da justiça da norma, até mesmo porque o autor admite que não existe uma única moral, mas vários sistemas morais, razão pela qual dizer que uma norma é moral ou imoral, justa ou injusta, é um juízo de valor relativo e não absoluto, pois está baseado somente em apenas um dos sistemas morais existentes. Nas palavras de Kelsen:

A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral. (KELSEN, 1998, p. 47).

Inobstante as críticas lançadas ao positivismo jurídico kelseniano, não

se pode olvidar que a obra de Kelsen inaugurou a ideia de escalonamento de regras, base da teoria do ordenamento jurídico, vigente em várias comunidades, principalmente onde predomina o sistema romano-germânico ou *civil Law*. A ideia do autor é de que existe hierarquia entre as normas, preconizando que há uma norma fundamental designada como superior, sendo fonte de validade para todas as outras normas (KELSEN, 1998).

Em outra toada, conforme já mencionado, o positivismo jurídico está longe de ser considerado uma doutrina homogênea, longe disso, algumas posições teóricas do positivismo são imensamente diversas umas das outras (STRECK, 2017). Assim, a fim de minguar este desgaste semântico, alguns autores produziram trabalhos (obras) que têm por intuito “organizar o âmbito denotativo do termo.” (STRECK, 2017, p. 45). Nessa perspectiva, a obra de Norberto Bobbio, o Positivismo Jurídico, traz uma importante divisão entre positivismo ideológico, teórico e metodológico, que são independentes entre si.

Nas palavras de Lenio Streck as três distinções são assim descritas:

[...] por *positivismo ideológico* poderíamos nomear aquelas postura que defendem a tese de que o direito positivo possui força obrigatória, [...] independentemente de um “julgamento” acerca dos escrúpulos morais e o envolvem. [...] Por outro lado, segundo a fórmula de Bobbio, poderíamos identificar, também, um *positivismo teórico*. [...] segundo essa concepção, o Direito é confundido com a lei, enquanto fonte formal emanada de um poder legislativo. Texto igual à norma, para utilizar uma nomenclatura mais contemporânea. Lei e Direito são a mesma coisa. Já no campo do *positivismo metodológico*, também chamado de *conceitual*, o Direito não deve ser caracterizado de acordo com propriedades valorativas, mas, sim, conforme propriedades descritivas. (2017, p. 46).

Para o autor brasileiro, o positivismo metodológico/conceitual “se trata da forma mais sofisticada de positivismo e é aquela que, no âmbito da teoria do Direito, encontra maior repercussão atual.” (STRECK, 2017, p. 46). A peculiaridade desta vertente positivista é a discricionariedade judicial, pois, em alguns casos específicos, o juiz pode deixar de aplicar uma lei porque a

considera moralmente injusta, sem que isso represente uma contradição da teoria, se analisados os critérios de verificação empírica, ou, ainda, pode decidir casos a partir de orientações extrajurídicas. O grande problema da teoria é o “déficit democrático” da utilização da discricionariedade (STRECK, 2017).

Por fim, é importante afirmar que, quando se fala em positivismo jurídico, é preciso esclarecer sobre a hermenêutica e interpretação positivista, até mesmo porque é necessário retomar essas ideias para entender a Nova Hermenêutica. Assim sendo, o próximo tópico tem por intuito explorar esta temática.

A Hermenêutica e Interpretação Positivista

De acordo com o autor alemão Norberto Bobbio (2006, p. 213), a interpretação é “compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada”, aduzindo que o positivismo atribui esta tarefa a jurisprudência. Todavia, a jurisprudência positivista não deve “produzir direito, mas meramente reproduzir o direito, interpretando por meios lógicos-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas.” (BOBBIO, 2006, p. 212).

Ressalte-se que é justamente a função reprodutora da lei pela jurisprudência que é o fundamento de muitas críticas que atingiram o juspositivismo, uma vez que seus adversários atribuem à jurisprudência a função criadora ou produtiva. Denota-se, na visão do autor, que a interpretação se dá no âmbito de entender a vontade legislativa através da interpretação dos signos que foram dispostos pelo legislador (BOBBIO, 2006).

Diante disso, os meios interpretativos do positivismo jurídico, com o objetivo de entender a vontade do legislador, são quatro: a) interpretação gramatical; b) interpretação lógica; c) meio sistemático; e d) meio histórico.

Além disso, durante o reinado do positivismo jurídico, a natureza dos

princípios gerais é supletiva ou integradora, na medida em que se admite que as leis são incapazes de regular todas as situações da vida social. Acresce-se a isso uma outra função que era dada aos princípios:

Os princípios detinham outras funções: eram utilizados para dirigir a interpretação dos operadores do direito, orientar o legislador e também como uma espécie de *lex legum*, garantindo homogeneidade na sucessão das leis. Dessa forma, os princípios entram nos textos legais como fonte normativa subsidiária; são inseridos nas normas positivas, bem como nos textos teóricos, mas com uma posição supletiva ou interpretativa. (FERNANDES e BICALHO, 2011, p. 110).

De igual modo, o positivismo exegético, denominado por Lênio Streck (2017) como positivismo primevo ou legalista, utilizava-se da interpretação sintática. “Nesse caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a ‘obra sagrada’ (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do Direito.” (STRECK, 2017, p. 37).

Conquanto a imaleabilidade deste método hermenêutico positivista ocasionou a falência dos modelos sintáticos-semânticos de interpretação da codificação, assim, surgem propostas de aperfeiçoamento, gerando um novo momento dentro de positivismo jurídico, que Streck (2017) nomeia de “*positivismo normativo*”, em que o problema de indeterminação do sentido do Direito aparece em primeiro plano.

É nessa esfera que surge Kelsen, conforme salienta Lênio Streck:

Por certo, Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela Jurisprudência dos Conceitos. Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre – que favoreciam, sobremedida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do Direito. Isso é feito por Kelsen a partir de uma radical constatação: o problema da interpretação do Direito é muito mais semântico do que sintático. Desse modo, temos uma ênfase na semântica. (2017, p. 37).

O objetivo kelsenino era a superação do positivismo exegético, portanto,

jamais pregou a subordinação do juiz à letra da lei, conforme aduz a maioria dos juristas. Para tanto, Kelsen afirma que existem duas espécies de interpretação: interpretação autêntica e não autêntica.

A primeira seria realizada pelo órgão aplicador do direito, e a segunda não é realizada por um órgão jurídico, e sim por uma pessoa privada ou pela ciência jurídica. Esta última, sim, não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica, “a interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação correta.” (KELSEN, 1998, p. 251).

A interpretação jurídica-científica [...]. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única “acertada”, não realizam uma função jurídico-científica, mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, [...]. (KELSEN, 1998, p. 250-251).

Por outro lado, a interpretação autêntica, realizada pelos órgãos aplicadores do direito, é feita com o objetivo de fixar o sentido da norma a ser aplicada. Para o autor, “a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.” (KELSEN, 1998, p. 245).

Assim, esta relação entre um escalão superior e um escalão inferior seria de determinação ou vinculação, que poderia ocorrer, por exemplo, entre Constituição e lei, ou entre lei e sentença judicial, uma vez “que a norma de escalão superior regula o ato através do qual é produzida a norma de escalão

inferior.” (KELSEN,1998, p. 245). Além disso, a norma de escalão superior determina, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer.

Contudo, Kelsen argumenta que essa vinculação entre a norma de escalão superior não pode ser completa, devendo sempre deixar margem para a livre apreciação ao aplicador. Desta forma, a norma de escalão superior funciona como uma moldura ou quadro a ser preenchido pelo ato de produção normativa ou de execução, é o que o autor chama de “relativa indeterminação do ato de aplicação do direito.” (KELSEN,1998, p.246).

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no ato do órgão aplicador do direito – no ato do tribunal especialmente. (KELSEN,1998. p. 246).

Desta forma, dizer que uma sentença judicial está de acordo com a lei significa dizer que ela é “umas das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.” (KELSEN,1998, p. 246). Consigne-se, no entanto, que Kelsen aduz que a jurisprudência tradicional coloca como função da interpretação não só a determinação da moldura para o ato jurídico, mas deveria também desenvolver um método que possibilitasse o preenchimento ajustado à moldura prefixada.

Nessa perspectiva, a interpretação deveria fornecer, na aplicação da lei, uma única solução correta (ajustada). Todavia, argumenta o autor que “do ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra.” (KELSEN, 1998, p. 248). Para ele, inexistia, no âmbito da

teoria juspositivista, um método que pudesse destacar apenas uma significação correta entre as várias significações verbais de uma norma.

[...]. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto, é no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). [...]. De certo que existe uma diferença entre estes dois casos. [...]. Mas também este último é um criado de direito e também ele é, nesta função relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária. (KELSEN, 1998, p. 249).

Destarte, a interpretação realizada pelos órgãos aplicadores do direito “combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.” (KELSEN, 1998, p. 249). É nesse sentido que a distinção entre a interpretação autêntica e não autêntica é evidenciada, sendo que a primeira, realizada pelo órgão aplicador, sempre cria direito, enquanto que a interpretação realizada pela Ciência do Direito (não-autêntica) não pode exercer tal atribuição.

Do pós-positivismo jurídico

Até aqui, pode-se dizer que a ideia central do direito positivo é que ele tem força obrigatória, não cabendo qualquer juízo de valor acerca do direito pelo jurista. Assim, se as normas fossem válidas, precisavam ser aplicadas sem questionamento, devendo os juristas, as autoridades públicas e os cidadãos obedecerem incondicionalmente às normas positivadas, independentemente de seu conteúdo. Foi esta a tese defensiva levantada pelos advogados dos nazistas (MARMELSTEIN, 2016).

Não obstante, o positivismo jurídico tornou-se insustentável, pois, conforme argumenta Luís Roberto Barroso (2009, p. 326), “O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce

para autoritarismos de matizes variados”. Além disso, quando permitia encerrar o debate do direito apenas na posituação da norma, legitimava qualquer ordem jurídica estabelecida (BARROSO, 2009). A averiguação de compatibilidade somente formal com a norma fundamental deixaria perfeitamente válida uma norma inferior fundamentada na superior que seja incompatível com o conteúdo material dos direitos fundamentais, da moral e dos valores da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Bicalho e Fernandes (2011, p. 112), a crise do positivismo se deu, principalmente, “pelo pluralismo e a complexidade da sociedade pós-moderna [...] e pelas dificuldades de mitigar a aplicação das normas positivas diante de soluções absurdas ou desproporcionais, como no exemplo do sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista”. Denota-se que a heterogeneidade da sociedade atual efetiva a sucumbência da ideia de um sistema de regras completo, ante a incapacidade de explicação da realidade social.

Para André Rufino do Vale:

A pretensão mais formalista e estatalista de elaborar uma teoria pura, baseada na estreita vinculação entre o Estado, o Direito e a lei, e alheia a qualquer conteúdo axiológico, é hoje insustentável, pois não está apta a compreender a realidade jurídica do acima denominado Estado constitucional, no qual a Constituição está recheada de preceitos normativos que assumem a estrutura de princípios e valores, que são de natureza moral ou que requerem do intérprete o recurso à moral para definir seu significado e conteúdo. (2006, p. 46).

Destarte, denota-se que a complexidade social pós-moderna exigia uma mudança de paradigma filosófico, mormente no que tange à efetiva concretização dos direitos fundamentais, uma vez que as ambições dos que defendiam causas da humanidade não eram correspondidas pela rígida separação da ética do direito (BARROSO, 2009). Em face dessa necessidade de suplantação do positivismo jurídico, surgiram grandes autores idealizando um novo conceito jusfilosófico do que se chama de pós-positivismo.

Nessa lógica, Bicalho e Fernandes (2011, p. 111) aduzem que há diversas nomenclaturas utilizadas para esse novo paradigma filosófico, como “pós-positivismo, antipositivismo, neopositivismo”. A doutrina enuncia que autores como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, Paulo Bonavides, Luis Roberto Barroso e Humberto Ávila entendem o direito segundo esta nova perspectiva. O ponto de convergência entre as doutrinas destes autores é que “relativizam a separação entre Direito e Moral, admitindo critérios materiais de validade das normas.” (VALE, 2006, p. 47).

Porquanto, o pós-positivismo tem como um dos seus objetivos a reaproximação do Direito com outras áreas, como a filosofia, especialmente com forte interferência da filosofia da linguagem, reabrindo espaço para a discussão jurídica de valores ético-morais e políticos dentro do Direito. O termo, para Luís Roberto Barroso (2009, p. 351), trata-se da “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais”.

É importante mencionar que alguns autores argumentam no sentido de que o pós-positivismo seria apenas uma variação do jusnaturalismo, ressurgindo a teoria jusfilosófica vigente antes da ascensão do positivismo jurídico. Nessa toada, enuncia George Marmelstein (2016) que a ideia era que do descrédito do positivismo ressurgiria o direito natural, pois, se o direito positivo foi insuficiente para garantir a justiça, o direito natural é a solução adequada.

Todavia, o que ocorreu foi uma releitura do positivismo clássico, trazendo o valor da dignidade da pessoa humana e outros valores morais decorrentes daquele para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, ao invés de retroceder novamente a um direito acima do estatal, que seria o direito natural. Assim, o que se tem é a positivação do direito natural

(MARMELSTEIN, 2016).

Conquanto, a vertente mais adequada, que se pretende abordar é que pós-positivismo busca unir os pontos positivos de ambas as correntes, afastando as inconsistências de cada uma delas, distanciando-se das teorias de direito que já eram difundidas, tendo, em alguns momentos, convergências significativas. Nesse sentido é o ensinamento de Eduardo Ribeiro Moreira:

Em primeiro lugar, é oposto ao positivismo, naquilo em que este mais se apoiava. Como todos sabem a estrutura do positivismo sustentava-se pela separação do direito com a moral e a política (e porque não em relação à economia, que não ocupava o papel que ocupa hoje). Em segundo lugar, também se afasta das inconsistências do naturalismo e nos poucos pontos em que poderia ser confundido com ele, pois o neoconstitucionalismo é fundado em propostas de incremento de racionalidade, como a festejada ponderação. (2008, p. 248-249).

Do mesmo modo defende Luís Roberto Barroso (2009) ao afirmar que o pós-positivismo, embora seja uma teoria que busca a superação do legalismo, atributo do positivismo jurídico, não o faz com recurso a ideias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Ademais, o autor enuncia que “esses valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico”, pois os princípios expressam os valores fundamentais do sistema. (BARROSO, 2009, p. 340).

Para Paulo Bonavides (2004, p. 264), com o pós-positivismo, os princípios passam a ser tratados como direitos, tornando-os “em pedestal normativo sobre qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” e, conseqüentemente, “a teoria dos princípios hoje o coração das constituições”. Neste sentido, a lei abre espaço aos valores e aos princípios, acentuando a predominância axiológica dos princípios dentro de um sistema jurídico (MARMELSTEIN, 2016).

O pós-positivismo se caracteriza justamente por aceitar que os princípios constitucionais devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam seus textos, bem como por exigir que a norma jurídica, para se legitimar, deve tratar todos com igual consideração, respeito e dignidade. [...] Essa nova concepção, ao contrário do que possa parecer não abre mão do direito positivo. [...] no entanto, a norma, para o operador do direito, deixa de ser neutra, passando a conter uma forte ideologia, de modo que os princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, solidariedade [...] seriam tão vinculantes quanto qualquer outra norma jurídica. (MARMELSTEIN, 2016, p. 11).

Acresce-se que as regras e leis somente têm validade se o seu conteúdo material estiver em consonância com as diretrizes traçadas pelos princípios, notadamente porque “ os princípios possuem uma função de fundamentação e de legitimação do ordenamento jurídico.” (MARMELSTEIN, 2016, p. 11). A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. O que é diferencial na nova dogmática jurídica da quadra é o reconhecimento de sua normatividade (BARROSO, 2009). Assim, a observância a estes princípios é obrigatória, da mesma maneira que as regras/leis têm força vinculante.

O autor Ronald Dworkin (2002), com o objetivo de criticar a teoria do direito com base no positivismo, pretende organizar uma nova teoria, superando aquela que entendia o direito somente como um padrão de regras, com o intuito evidente de solucionar problemas que surgiram diante da complexidade social e a incompletude das regras. Neste sentido, o autor aduz que:

Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que ‘o direito’ inclui, pelo menos, tanto princípios como regras. (DWORKIN, 2002, p. 46-47).

Nesta mesma linha, com algumas distinções em suas bases teóricas, Robert Alexy (2017) enuncia que as normas jurídicas serão compreendidas por regras e princípios, porque ambos dizem o que deve ser. Para o autor, “princípios

são, tanto quanto as regras razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de norma.” (ALEXY, 2017, p. 87).

No Brasil, o autor Luís Roberto Barroso (2001) pondera que os princípios constitucionais, segundo esta nova perspectiva, embora implícitos ou até mesmo explícitos, passam a ser um compêndio dos valores albergados pelo ordenamento jurídico, os quais oferecem unidade e harmonia ao sistema, bem como são o reflexo das ideologias e postulados básicos da sociedade. Além disso, servem de orientação ao intérprete, que deve se basear nos princípios que regem o tema para concluir a formulação da regra concreta. Nesse sentido, para o autor, os princípios desempenham os seguintes papéis: “a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.” (BARROSO, 2001, p. 33-34).

Convém pontuar que, malgrado estes autores sejam, muitas vezes, os mais discutidos como pós-positivistas, não são os únicos, nem tampouco Dworkin tenha sido o primeiro autor contemporâneo a discutir a temática principiológica como ápice no ordenamento jurídico. André Rufino do Vale (2006) também destaca a contribuição de outros autores, notadamente, Josef Esser e Karl Larex, ambos na tradição hermenêutica alemã, e Roscoe Pound no contexto anglo saxônico.

Em síntese, nesta trajetória que culminou na mudança de paradigma epistemológico dentro do direito e que ocasionou o enfraquecimento do pensamento juspositivista, os princípios foram colocados no ápice do sistema jurídico e as constituições dos Estados pós-modernos passaram a inserir grande quantidade de princípios como direitos fundamentais em seus textos, compelindo os Estados ao dever de não intervenção, bem como elaboração de políticas públicas e sociais para efetivação desses direitos.

Do neoconstitucionalismo

Neste cenário, surge o *neoconstitucionalismo*, como um dos desdobramentos do pós-positivismo, introduzindo na teoria constitucional pós-moderna uma maior valorização dos direitos fundamentais e a exigência de novos métodos hermenêuticos, bem como a normatização dos princípios em autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy. Para Luís Roberto Barroso (2009, p. 353), “a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, [...], no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”.

Consigne-se que os direitos e valores fundamentais do ser humanos eram menosprezados no positivismo jurídico, inclusive levando-se em consideração a interpretação legalista e a ausência de valores morais na ciência jurídica positivista. Ainda, nota-se esse desprezo aos direitos fundamentais pela prevalência que era dada ao direito posto, mesmo que infraconstitucional, com fundamento único numa pseudo segurança jurídica, em detrimento de outros valores fundamentais, que, no caso concreto, podem ser superiores.

Vale ressaltar que o conceito para expressão *neoconstitucionalismo* não é unânime na doutrina, mas tem sido utilizada para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo. Conforme relata Lênio Streck (2009?, p. 2), “o novo constitucionalismo representa uma ruptura com o antigo modelo de direito e de Estado Liberal, a partir de uma perspectiva normativa”.

Ana Paula de Barcelos (2005, p. 83) ensina que a “expressão neoconstitucionalismo tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo”. Ainda, nas palavras da autora:

O prefixo *neo* parece transmitir a ideia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu. De fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral compartilha-

da pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional. Nada obstante isso, fenômeno humano e histórico que é, o constitucionalismo contemporâneo está ligado de forma indissociável a sua própria história. (BARCELOS, 2005, p. 83-84).

Nessa toada, é importante distinguir os conceitos entre *neoconstitucionalismo* e pós-positivismo. O primeiro se traduz em uma ideologia ou metodologia que abrange o segundo como pilar de sua sustentação, mas com ele não se confunde, porque o pós-positivismo é a matriz jusfilosófica que fundamenta o *neoconstitucionalismo*. Para Luís Roberto Barroso (2005, p. 8), “o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo”.

Todavia, inobstante a pretensão deste trabalho limitar-se ao *neoconstitucionalismo* visto como consequência do pós-positivismo, algumas versões positivistas, como o soft-positivismo ou positivismo inclusivo, pretendem justificar o neoconstitucionalismo, na medida em que percebem que é impossível sustentar a separação total entre direito e moral. Assim sendo, mesmo os *neoconstitucionalistas* que se afirmam positivistas (positivismo inclusivo) reconhecem a penetração da Moral no tecido jurídico, sobretudo pela via dos princípios constitucionais (SARMENTO, 2009). De igual modo, André Rufino do Vale descreve a necessidade de:

[...] estabelecer uma teoria intermediária entre o antipositivismo de Dworkin e o Positivismo de Joseph Raz. Um positivismo aberto à moralidade, que, sem renunciar à sua Identidade original – fundada em três teses principais: a separação conceitual entre Direito e Moral, a tese da discricionariedade jurídica e a das fontes sociais do Direito – teria flexibilidade suficiente para se adequar aos sistemas jurídicos constitucionalizados, nos quais é comum a presença de conceitos morais como liberdade, igualdade e dignidade humana. [...]. Portanto, entende-se que o neoconstitucionalismo pode ser compreendido tanto pelas posturas pós-positivistas de Dworkin, Alexy e Zagrebelsky, como pelo *soft positivism* de Hart, ou pelas novas reformulações e atualizações do positivismo jurídico, aqui agrupadas sob a denominação de “*positivismo inclusivo*”, em referência à inclusão de critérios materiais (moral) de validade das normas jurídicas. (2006, p. 48-49).

Em contrapartida, para Luís Roberto Barroso (2005, p. 19), o debate caracterizador do *neoconstitucionalismo* “situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”. Embora opostos, complementam-se em diversos pontos, ocorrendo a difusão de ideias, agrupando-se sob a denominação de pós-positivismo. Para o autor em comento, “a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.” (BARROSO, 2005, p. 20).

Nestalinha, André Rufino do Vale (2009) afirma que o *neoconstitucionalismo* combina certos aspectos do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico em uma só corrente. Busca-se, portanto, a conciliação entre duas posições antagônicas. Além disso, o autor chega a duas conclusões:

A complexidade estrutural das normas de direitos fundamentais não pode ser explicada de forma suficiente desde pontos de vista exclusivamente positivistas, nem jusnaturalistas, tampouco realistas; b) aspectos diferenciados de cada teoria são imprescindíveis para poder compreender adequadamente o complicado fenômeno da presença das normas de direitos fundamentais nas Constituições atuais. (VALE, 2009, p. 51).

Ainda,

[...] as três grandes tradições do pensamento jusfilosófico (positivismo, jusnaturalismo e realismo jurídico) oferecem bons argumentos para explicar o constitucionalismo, mas tais argumentos são insuficientes se considerados isoladamente. Melhor dizendo, todas têm alguma razão, mas nenhuma possui toda a razão. Dessa forma, a compreensão das normas de direitos fundamentais pressupõe uma teoria ao mesmo tempo integradora – de aspectos relevantes do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico – e superadora – de tratamentos isoladamente positivistas, jusnaturalistas e realistas. (VALE, 2009, p. 51).

Para Humberto Ávila (2009), não há apenas um conceito de *neoconstitucionalismo* considerando a diversidade teórica dos autores que o sustentam, tornando inviável tentar descrever uma teoria única do

neoconstitucionalismo. “Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural ‘*neoconstitucionalismo(s)*’.” (AVILA, 2009, p. 1). Todavia, há algumas transformações e, talvez, convergentes, nesse movimento de aplicação do Direito Constitucional.

Ainda, ressalte-se que muitas teorias constitucionais vêm sendo veiculadas como uma descoberta individualmente considerada, contudo, elas são partes de um todo, isto é, uma estrutura jurídica que congrega vários elementos comuns em uma mesma direção. Para Eduardo Ribeiro Moreira (2008), a teoria de direito que reúne as novas transformações constitucionais é o *neoconstitucionalismo*.

Nessa toada, Daniel Sarmento (2009) defende que as teorias *neoconstitucionalistas* buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o *neoconstitucionalismo* se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os "casos difíceis" do Direito.

Contudo, diante da complexidade temática, a doutrina descreve algumas características convergentes do *neoconstitucionalismo*, possibilitando ordenar as características específicas mais destacadas do chamado *neoconstitucionalismo* em dois grupos principais. Nesse sentido, Ana Paula de Barcelos congrega elementos metodológicos-formais da seguinte maneira:

[...] o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da

Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade a Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretado a partir do que dispõe a Constituição. (2005, p. 84).

Por outro lado, no tocante ao ponto de vista material, a autora enumera ao menos dois elementos que caracterizam o *neoconstitucionalismo*, o primeiro se refere à incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, e o segundo elenca a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional (BARCELOS, 2005).

Igualmente, André Rufino do Vale (2006) busca definir os pontos em comum das teorias de autores cujas bases filosóficas podem ser distintas, mas em suas teorias é possível encontrar uma série de coincidências e tendências comuns que podem conformar uma “nova cultura jurídica, o que o autor chama de “paradigma constitucionalista *in statu nascendi*.” (VALE, 2006, p. 40).

Muitos autores, intitulados *neoconstitucionalistas*, ressaltam a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados, a utilização da ponderação como método interpretativo, compreender a constituição como fonte irradiadora de efeitos pelo ordenamento jurídico, limitando a atividade jurídica, política e particulares, e um ponto importante a ser destacado, o protagonismo do judiciário na tarefa interpretativa constitucional (VALE, 2006).

Denota-se, ainda, que, neste panorama do novo Direito Constitucional, a doutrina aponta três marcos fundamentais do *neoconstitucionalismo* identificando transformações sociais, jurídicas e políticas que o fazem existir, distinguindo-os como fundamento histórico, filosófico e teórico, que explicam o surgimento dessa nova ideologia constitucional. Neste sentido, descreve Luís Roberto Barroso:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. [...] O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. [...]. No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (2005, p. 6-9).

Nesta conjuntura, o *neoconstitucionalismo*, ao reconhecer efetivamente a Constituição como norma superior, tornando-a parâmetro de validade formal e material de todas as outras normas jurídicas do ordenamento, aliado com o princípio da força normativa da Constituição, representa alta relevância na mudança para o novo constitucionalismo.

Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais

Viu-se que o *neoconstitucionalismo* surgiu, principalmente, da necessidade de valorização dos direitos fundamentais, notadamente pela evidência social da necessária concretização e efetivação dos direitos previstos na Constituição, uma vez que o grande desafio dos direitos fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo, notadamente após 2º Guerra Mundial, não se encontra na pesquisa de seus fundamentos filosóficos ou sua origem, mas é a concretização destes direitos (BOBBIO, 2004).

Ressalte-se que, apesar de, no período positivista predominar uma cultura legicêntrica, que não atribuía força normativa às constituições, em que atuavam apenas como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador e não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos, após a Segunda Guerra Mundial, a Constituição tornou-se autêntica norma jurídica, limitando o Poder Estatal na formulação de novas leis e justificando a invalidação das leis (SARMENTO, 2009). Nesse sentido:

Muitas delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito. (SARMENTO, 2009, p. 3).

Em conformidade com o paradigma jusfilosófico anterior, os direitos fundamentais tinham validade apenas quando protegidos pelas leis e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. Todavia, com fundamento jusfilosófico pós-positivista, surge o *neoconstitucionalismo*, apresentando como uma de suas principais características a positivação dos direitos fundamentais como princípios, com o objetivo de que ocorra uma abertura interpretativa e pautando-se, ainda, em inovações hermenêuticas, as quais visam a garantir a concretização dos direitos fundamentais.

O novo constitucionalismo atribui às normas constitucionais status de norma jurídica imperativa e de respeito obrigatório por todos, irradiando direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico. Nas palavras de Walber de Moura Angra (2008, *apud* LENZA, 2015, p. 76), “o caráter ideológico do constitucionalismo moderno era de apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do *neoconstitucionalismo* é o de concretizar os direitos fundamentais”.

Portanto, essa nova perspectiva do direito constitucional influencia a formação de uma moderna hermenêutica constitucional, uma vez que reconhece a força normativa dos princípios e necessidade de dar efetivação aos direitos fundamentais, superando a fase que era vista como apenas um conjunto de aspirações políticas, convidando à atuação dos Poderes Públicos (BARROSO, 2009). Ainda, nesse sentido:

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se

um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional. [...] sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo. (BARROSO, 2009, p. 333).

A Nova Hermenêutica, notadamente a hermenêutica constitucional, depara-se com a necessidade de novos critérios para a concretização direta dos Direitos Fundamentais diante do novo paradigma jusfilosófico.

Porquanto, considerando o destaque aos princípios e aos direitos fundamentais, decorrente do paradigma jusfilosófico pós-positivista e do *neoconstitucionalismo*, o próximo capítulo do presente trabalho aborda as principais alterações e métodos interpretativos utilizados pela Nova Hermenêutica. É de fundamental importância entender a estrutura destes direitos e os novos métodos interpretativos *neoconstitucionais*, aplicados na concretização dos direitos fundamentais, diante da influência que pode ser exercida no resultado final da pesquisa.

NOVA HERMENÊUTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O destaque constitucional atribuído aos princípios promove a elaboração de um novo constitucionalismo, bem como de uma nova Teoria do Direito, que se preocupam em edificar um aparato conceitual para atender às novas exigências interpretativas e, por isso mesmo, requer uma Nova Hermenêutica, principalmente pela posição e estrutura que os Direitos Fundamentais assumem dentro deste novo paradigma (GOMES, 2008).

O *neoconstitucionalismo* coloca a Constituição como ápice e centro do ordenamento jurídico, permeada por valores e direitos fundamentais, distribuídos principalmente entre regras e princípios, decorrente da normatização dos princípios que surgiu com o pós-positivismo. Em consequência, exige-se um esforço hermenêutico do intérprete, em razão de que, ao contrário do que estabelecia o ideário positivista, a resposta para o caso concreto nem sempre é prevista previamente pelo legislador no texto normativo.

A interpretação constitucional repercute em todo o ordenamento jurídico, uma vez que pode gerar incompatibilidade com as normas infraconstitucionais, em razão da supremacia da Constituição, oriunda do *neoconstitucionalismo*. Além disso, o caráter ideológico e político das normas constitucionais exige modificações nas técnicas hermenêuticas (GALINDO, 2006).

Porquanto, a Nova Hermenêutica merece ser chamada de Hermenêutica Constitucional, se preocupando com a compreensão do ordenamento jurídico à luz dos princípios constitucionais fundamentais (GOMES, 2008). Além disso, tem a finalidade de concretização dos direitos fundamentais, introduzindo um conjunto de princípios, de natureza instrumental, aplicáveis à interpretação constitucional, que se apresenta como pressupostos lógicos, finalísticos e metodológicos para

essa atribuição (BARROSO, 2005). Os métodos clássicos de interpretação (gramatical, teleológico, histórico e sistemático), embora possam ser utilizados, são insuficientes para aplicação e concretização do direito constitucional, sobretudo dos direitos fundamentais, considerando a visão principiológica desses direitos estabelecidos, em que, na maioria das vezes, se fez necessária a utilização da técnica interpretativa da ponderação.

Nesse diapasão, para a compreensão da Nova Hermenêutica, denominada como constitucional, é de fundamental importância realizar-se uma distinção entre regras e princípios, que são dois padrões normativos dentro do novo paradigma jusfilosófico pós-positivista. Com isso, é possível entender a estrutura normativa dos direitos fundamentais e a aplicação da técnica hermenêutica da ponderação e como se dá a interpretação com fundamento no *neoconstitucionalismo*.

Distinção entre regras e princípios

As distinções entre regras e princípios e entre normas e valores constituem um dos pilares do *neoconstitucionalismo* e, assim, são pressupostos para entender porque, sob a égide do Estado constitucional, a ideia de subsunção abre espaço para a de ponderação. A importância que se tem dado a essa diferenciação entre as espécies normativas justifica-se devido ao seu caráter fundamental na teoria da interpretação constitucional.

Portanto, precipuamente, convém pontuar a distinção entre princípios e regras estabelecidas por Ronald Dworkin (2002), que, em suas palavras, afirma que um sistema formado unicamente por regras não seria capaz de compreender o processo de argumentação desenvolvido nos *hard cases* (casos difíceis), os quais se fundamentam em padrões jurídicos distintos das regras, como os princípios. Além disso, para o autor, os princípios não poderiam ser reconhecidos

através do teste do *pedrigree* (critério formal), de modo que o modelo de regras deveria ser substituído por um modelo que compreendesse os princípios e outros padrões jurídicos (VALE, 2006).

Vale mencionar que o professor de Nova York, Ronald Dworkin, teve como ponto de partida apresentar severas críticas ao modelo positivista. Com efeito, na égide do positivismo jurídico na falta de uma regra no ordenamento jurídico e pelo fato de não admitirem normatividade a outros padrões normativos, quando postos em julgamento os denominados casos difíceis, a solução era tida por discricionária, segundo a concepção de valores e de justiça do julgador, decidindo ao seu modo, embutindo grande carga discricionária em sua decisão (DIAS JÚNIOR, 2007). Por isso, na perspectiva pós-positivista, os princípios seriam fundamentais nos julgamentos dos casos mais complexos.

Para Dworkin (2002), a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica, ou seja, os dois padrões apresentam decisões particulares acerca de obrigações jurídicas em circunstâncias específicas, mas são distintos quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira tudo-ou-nada, enquanto os princípios devem ser analisados na dimensão do peso.

Portanto, “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, 2002, p. 39). Tome-se, por exemplo, o caso apontado pelo próprio autor norte-americano, assim, se uma regra exigir que um testamento só é válido se for assinado por três testemunhas, nenhum testamento é válido quando assinado por apenas duas testemunhas.

A regra pode ter exceções, devendo ser enumeradas, caso contrário, é imprecisa e incompleta a regra simplesmente enunciada, sem enumerar as

exceções. Nesse sentido, a subsunção é o modelo adequado para a aplicação das regras. Assim, quando uma regra prescreve determinada situação, aplicando uma consequência lógica ao fato, essa somente se desrespeita se ocorrerem dois fatores: 1) ou a regra é inválida e, portanto, não se aplica ao caso e não oferece qualquer orientação para a decisão; 2) ou existe uma regra de exceção, isto é, uma outra regra que, observadas certas condições, exclua a aplicação da primeira regra (DWORKIN, 2002).

Conquanto, não é assim que funcionam os princípios, mesmo quando são muito semelhantes às regras. Eles não apresentam condições de aplicação necessária, mas apenas conduzem a argumentação numa certa direção. Os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, conseqüentemente, quando dois princípios se colidem, deve ser analisada a força relativa de cada um. Acrescenta Ronald Dworkin:

As regras não têm essa dimensão. [...] de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida [...] pode ser regulada por outras regras, que dão à regra promulgada mais recentemente, à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou coisa desse gênero. (2002, p 42-43).

Contudo, mesmo diante da distinção apresentada pelo autor, ele também aponta que nem sempre a forma de um padrão é clara se é uma regra ou um princípio. A utilização de alguns termos faz com que as regras se apresentem muito semelhantes aos princípios. “Às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma.” (DWORKIN, 2002, p. 44).

A teoria apresentada pelo jusfilósofo não é isenta de crítica pela doutrina. A principal delas está relacionada à caracterização das regras como normas de *tudo ou nada*. Isso porque nem sempre as regras têm aplicação imediata ou são

diretamente implementadas, necessitam, também, de um processo prévio de interpretação que evidencie quais as consequências serão concretizadas. Nas palavras de Humberto Ávila:

Isso [...] importa dizer que a característica específica das regras (implementação de consequência pré-determinada) só pode surgir após a sua interpretação. [...] Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método "tudo ou nada" de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas as suas consequências, de um processo prévio - e por vezes longo e complexo como o dos princípios - de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas. Nesse sentido, após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam. A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação. (1999, p. 161).

No entanto, Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 616-617) defende que há uma indeterminação no uso do termo 'tudo ou nada' como sinônimo de 'imediatez' na crítica que apresenta Humberto Ávila. Não se pode olvidar, é claro, da clara distinção entre texto e norma, uma vez que não são conceitos semelhantes. Nesse diapasão, texto é apenas o enunciado linguístico e a norma é a própria consequência do processo interpretativo do texto legal. Portanto, a distinção apresentada por Ronald Dworkin, semelhante à distinção de Robert Alexy, que se detalha mais à frente, é entre dois padrões normativos, regras e princípios, e não entre dois tipos de textos. Aliás, ambos necessitam de uma interpretação prévia, embora possam ser aplicados critérios distintos neste processo interpretativo.

Em sequência ao tema, Robert Alexy (2017) se afasta da doutrina proposta por Dworkin, mas, com grande influência deste, propõe distinções entre princípios e regras, afirmando, ao apontar critérios de distinção com relação ao grau de generalidade, que os princípios são normas com grau de generalidade relativamente mais alto, enquanto o grau de generalidade das

regras é relativamente baixo.

Ao analisar sob um aspecto qualitativo, o autor alemão afirma que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, conseqüentemente, os princípios assumem caráter de mandamentos de *otimização*.

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. [...] Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não são satisfeitas. As regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. [...]. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2017, p. 90-91).

Portanto, os princípios estabelecem apenas direitos ou razões *prima facie*, o que significa que nunca são razões definitivas (ALEXY, 2017). O fato de um princípio ser aplicado em determinado caso concreto não significa que ele serve para esse mesmo caso, ou seja, a consequência jurídica nele prevista nem sempre é observada. Ao contrário disto, as regras podem ser cumpridas ou não, a depender de sua validade, portanto, se for válida, ela está ordenando exatamente o que ela exige, correspondendo a lógica do tudo ou nada na teoria dworkiana.

As regras se comportam como *mandamentos definitivos*, “se uma regra é uma razão para um determinado juízo concreto [...], então ela é uma razão definitiva.” (ALEXY, 2017, p. 108). Destarte, Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 3) afirma que “regras expressam deveres *definitivos* e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes”. Portanto, os princípios como normas jurídicas não possuem uma hipótese e uma consequência determinada, mas apenas uma ideia jurídica geral que direciona o processo

normativo de concretização.

Conquanto, embora os princípios expressem deveres *prima facie* e são *mandamentos de otimização*, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (2003), os princípios tem consequências abstratamente determinadas. “A liberdade de expressão, por exemplo, é um princípio que deve ser realizado na maior medida possível, segundo as condições fáticas e jurídicas presentes. Ou seja, a liberdade de poder se exprimir deve ser otimizada.” (SILVA, 2003, p. 617-618). Isso porque os princípios também têm caráter deontológico.

Ainda, Robert Alexy (2017) propõe que a distinção entre regras e princípios é mais evidente nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Na prática, existem duas normas que, aplicadas separadamente, levam a resultados incompatíveis, conduzindo a dois juízos de dever-ser contraditórios. Contudo, a solução do conflito apontada pelo jurista germânico é distinta para os fenômenos envolvendo regras ou princípios (ALEXY, 2017).

No conflito entre regras, a solução apresentada é a invalidade de uma delas ou a introdução de uma cláusula de exceção, que elimine o conflito. Não obstante, as colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Quando dois princípios colidem, um deles tem de ceder, o que não significa que é declarado inválido aquele não aplicado ao caso, ou que tenha de ser inserida uma cláusula de exceção. De fato, “o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.” (ALEXY, 2017, p. 92).

Denota-se que a teoria do autor alemão se assemelha às ideias propostas por Ronald Dworkin, ao afirmar que os conflitos entre regras estão no plano da validade, enquanto a solução da colisão entre os princípios ocorre numa dimensão de peso. O objetivo é “definir qual dos interesses – *que abstratamente estão no mesmo nível* – tem maior peso no caso concreto.” (ALEXY, 2017, p. 95).

Esta relação de precedência é melhor explanada no próximo tópico do presente trabalho.

Em resumo, embora se verifiquem algumas semelhanças, a distinção entre princípios e regras, segundo Alexy, não é igual à proposta por Dworkin, no modelo “tudo ou nada”. A diferença proposta pelo autor germânico pode ser sintetizada mediante duas caracterizações. A primeira é sobre a diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras impõem obrigações *absolutas*, que são *mandamentos definitivos*, porquanto, superáveis por normas em contradição, ao passo que os princípios instituem obrigações *prima-facie*, *mandamentos de otimização*, e podem ser superados em função de outros princípios colidentes, sem, contudo, perder sua validade. A segunda característica que diferencia regras e princípios, na visão do autor, é quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia (ÁVILA, 1999).

Ana Paula Tauceda Branco sintetiza as principais características trazidas por Alexy acerca dos princípios:

Possuem alto nível de generalidade em relação ao meio fático; b) são mandados de otimização, ou seja, possuem recomendação obrigatória; c) são mandados deônticos relativos, porque dependem da realidade fática e jurídica; d) não são hierarquizados entre si; e) ao se inter-relacionarem podem colidir sendo a solução para essa colisão obtida através da ponderação. (2007, p. 88-89).

Além disso, o autor também enumera uma diferença quanto ao grau de abstração, conforme é possível analisar em sua obra a Teoria dos Direitos Fundamentais (2017). Todavia, não se aprofunda nesta classificação, valendo-se de uma distinção mais precisa como apresentada alhures. Também, a distinção elaborada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa

diferenciação quanto à estrutura lógica baseada em critérios classificatórios.

Lado outro, Humberto Ávila (1999), partindo destas premissas, após empreender críticas aos critérios já assinalados, propõe uma definição de princípios que o diferencie das regras, mas também o reconhecendo como padrão normativo. Nesse ponto, é importante mencionar a diferença entre princípios e valores que é realizada pelo autor, que rotineiramente são colocados como sinônimos.

[...] *os princípios jurídicos não se identificam com os valores*, na medida em que eles não determinam o que deve ser, mas o que é melhor. Da mesma forma, no caso de uma colisão entre valores a solução não determina o que é devido, apenas indica o que é melhor. Em vez do caráter deontológico dos princípios os valores possuem tão-só o axiológico. (ÁVILA, 1999, p. 165).

Em igual posição defende Robert Alexy (2017, p. 153) que aquilo “que no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido”. Desta forma, ambos se distinguem em razão do caráter deontológico dos princípios e axiológicos dos valores. Ele destaca que, embora queria aproximar os dois conceitos, “no direito o que importa é o dever ser.” (ALEXY, 2017, p. 153).

Humberto Ávila (1999), porquanto, define princípios como normas que são “imediatamente finalísticas”, as quais estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, dependendo, por conseguinte, da relação com outras normas para que possa ser determinada a conduta devida. As regras, por sua vez, são normas “mediatamente finalísticas”, estabelecendo-se com maior determinação o comportamento adequado, não dependendo intensamente de relação com outras normas.

Por fim, não há como deixar de mencionar a crítica levantada por Virgílio Afonso da Silva (2003). O referido autor é o tradutor de uma das principais obras de Robert Alexy no Brasil, Teoria dos Direitos Fundamentais, de onde os principais apontamentos expostos linhas acima foram retirados. Diante

disso, Virgílio Afonso da Silva (2003) aponta que a doutrina brasileira muito fala em princípios, todavia, “o conceito de princípio usado por Robert Alexy, como espécie de norma contraposta à regra jurídica, é bastante diferente do conceito de princípio tradicionalmente usado na literatura jurídica brasileira.” (SILVA, 2003, p. 611-612).

“Princípios” são, tradicionalmente, definidos como “mandamentos nucleares” ou “disposições fundamentais” de um sistema, ou ainda como “núcleos de condensações”. A nomenclatura pode variar um pouco de autor para autor - e são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil - mas a ideia costuma ser a mesma: *princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema*, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental. (SILVA, 2003, p. 611-612).

O conceito de princípio proposto por Robert Alexy nada tem a ver com a fundamentabilidade da norma, embora sua distinção seja utilizada por ele mesmo para explicar a estrutura dos direitos fundamentais. Assim, “um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, *mas pode também não o ser*, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentabilidade*.” (SILVA, 2003, p. 612-613).

Nessa perspectiva, é importante apresentar a proposta de Robert Alexy (2017) sobre a colisão entre os princípios, como é possível aplicar ao caso concreto os padrões normativos principiológicos quando entram em rota de colisão, uma vez que, quando se fala na solução adotada para estes conflitos, as respostas são distintas para regras e princípios, se apresentando como umas das principais diferenças entre ambos os padrões jurídicos.

Lei da colisão de Robert Alexy

Robert Alexy explica através da *Lei da Colisão* a segunda característica que distingue princípios e regras. Retomando a ideia, argumenta-se, alhures, que a distinção entre regras e princípios é mais evidente quando ocorrem colisões

entre os referidos padrões normativos, porque fica mais clara a segregação das espécies normativas quando analisadas suas condições de aplicação e seus conflitos.

É importante olvidar, ainda, que a concretização efetiva dos princípios só é possível no caso concreto, uma vez que expressam somente *mandamentos de otimização* e dependem das possibilidades fáticas e jurídicas para conciliar com os demais princípios colidentes. Os princípios, enquanto normas, formam um conjunto normativo, que, na maioria das vezes, se colidem.

De acordo com a referida lei, a solução da colisão entre princípios consiste em constituir uma relação de precedência condicionada entre os princípios. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em analisar cada caso e averiguar sob quais condições um princípio prevalece sobre o outro, podendo, em outras condições, a precedência se resolver distintamente (ALEXY, 2017). A dúvida é: *quais as condições em que o princípio 'x' deve prevalecer e qual deve ceder?* Alexy responde:

Nesse contexto, [...] utiliza-se da muito difundida metáfora do peso. [...]. Esses interesses não têm um peso quantificável. Por isso é necessário indagar o que se quer dizer quando se fala em 'pesos'. O conceito de relação condicionada de precedência oferece uma resposta simples. Em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio colidente P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2, sob as condições C, presentes nesse caso concreto. (ALEXY, 2017, p. 97).

Nessa perspectiva, a *lei da colisão* é utilizada para o exame dos princípios em jogo, permitindo a solução do conflito, resultando em uma regra jurídica que determina as condições por meio das quais um princípio tem precedência sobre o outro. Nas palavras do autor germânico, "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, 2017, p. 99).

Daí a correta afirmação de Alexy de que as *condições*, em função das quais um princípio se sobrepõe a outro, constituem a hipótese de incidência de uma regra, que corresponde à consequência do princípio que se sobrepõe. É o mesmo que dizer que a ponderação dos princípios conflitantes é resolvida mediante a criação de regras de prevalência, o que faz com que os princípios, desse modo, sejam aplicados também ao modo “tudo ou nada.” (ÁVILA, 1999, p. 157).

Utiliza-se como exemplo a decisão do Supremo Tribunal Federal, no *habeas corpus* 76060 de Santa Catarina (BRASIL, 1998), que julgou que não se pode constranger o pai presumido ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA para evitar afronta à dignidade pessoal¹. Nesse caso, “pode-se formular a seguinte regra: uma perícia judicial é vedada sempre que da sua realização decorrer afronta a dignidade pessoal de outrem.” (ÁVILA, 1999, p. 159).

Destarte, o resultado da lei de colisão, a qual estabelece a precedência de um princípio sobre o outro, pode estabelecer precedentes para a aplicação em casos análogos. No entanto, tal ordem de precedência não é vinculante e não, necessariamente, se implementa em todos os casos, basta que as condições sejam diversas, quando novamente deve ser aplicada a *lei da colisão*. Nesse sentido:

O sistema de condições de prioridade confere ao sistema resultante das ponderações no caso concreto o aval da universalidade, buscado como condição de legitimação da teoria desenvolvida. Alexy entende que as ponderações entre valores (ou princípios) que se desenrolam à vista de circunstâncias concretas não esgotam a sua relevância no caso apreciado. O particularismo é evitado, pretendendo-se que a regra que resulta da ponderação estabelecida entre os princípios colidentes supera os limites do caso em que formulada, para alcançar todos os demais que com ele partilham semelhanças nas hipóteses de fato. (BRANCO, P., 2009, p. 170).

¹EMENTA: DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende - de resto, apenas para obter prova de reforço - submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria.

Porquanto, nos casos de conflitos de normas de direitos fundamentais, quando expressados por normas principiologicamente, estabelece-se uma relação de precedência entre os princípios colidentes, observando-se o caso concreto, exurgindo uma norma jusfundamental, com caráter de regra, aplicável ao caso concreto em análise, mas, evita-se a particularidade, com o objetivo de alcançar casos que partilhem semelhanças. Ocorre que esta ordem de precedência não é e não tem como ser absoluta.

A lei de colisão é um dos fundamentos da teoria dos princípios de Robert Alexy, pois reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização e “demonstram que entre os princípios de um sistema jurídico não existem relações de precedência incondicionada ou relações absolutas ou abstratas de precedência, mas apenas relações de precedência condicionada.” (VALE, 2004, p. 85-86). Porquanto, não se descarta a possibilidade de despontarem casos com particularidades diversas, sendo necessária a realização de distinções.

A estrutura dos Direitos Fundamentais

Considerando tudo já exposto na presente pesquisa, aliada à apresentação da distinção entre os padrões normativos, regras e princípios é necessário identificar a estrutura dos direitos fundamentais, para a utilização do método do sopesamento, também, para a concretização destes direitos. Em razão da forte carga axiológica das normas de direitos fundamentais, são comumente designados como princípios (VALE, 2004). Além disso, para tanto, é observada a elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico das normas de direito fundamental e sua aplicação é, quase sempre, pelo método da ponderação, uma vez que, na maioria dos casos, há um conflito com a aplicabilidade de outras normas.

As normas de direitos fundamentais estruturadas como princípios

certamente explicam as suas características, como a generalidade, abstração, fundamentalidade formal e material. No entanto, há objeções e críticas contra este modelo puro de princípios. A principal delas, apontado por Robert Alexy (2017), sustentando que esse modelo não leva a sério a Constituição escrita.

Além disso, teorias que identificamos direitos fundamentais como princípios acabam negando a existência de normas fundamentais com determinações precisas, que não há necessidade de se submeter a ponderações, isso porque elas acabam desprezando a natureza clara e precisa dos direitos fundamentais, uma vez que consideram imprescindível a realização de ponderações para definir o seu conteúdo normativo para o caso concreto (VALE, 2004).

Lado outro, “do ponto de vista da vinculação ao texto constitucional, da segurança jurídica e da previsibilidade, um modelo puro de regras é, sem dúvidas, a alternativa mais atraente.” (ALEXY, 2017, p. 123). São as doutrinas que consideram que as normas de direitos fundamentais não são aplicáveis mediante o recurso da ponderação, renunciando ao sopesamento, onde residem tantas inseguranças.

O modelo puro de regras insiste na utilização das “velhas” técnicas da hermenêutica jurídica clássica, em busca de maior previsibilidade quanto ao conteúdo normativo dos direitos fundamentais, ante a inevitabilidade da técnica da ponderação, na maioria dos casos (ALEXY, 2017). Não obstante, as objeções a este modelo são óbvias, pois ela se desqualifica para explicar certas funções que as normas de direitos fundamentais exercem no ordenamento jurídico (VALE, 2004).

Diante das críticas apontadas, percebe-se que o modelo puro de regras fracassa e o modelo puro de princípios foi desacolhido porque “não leva sério as regulações adotadas pela Constituição.” (ALEXY, 2017, p. 135). Assim, deve-se cogitar uma forma mista, “um modelo de regras e de princípios”.

Esse modelo “combinado” compreende que as normas de direitos fundamentais muitas vezes contêm determinações em relação com os princípios que jogam em sentido contrário e que, por isso, afastam qualquer ponderação prévia; ao mesmo tempo, aceita que em outros casos essas determinações podem resultar incompletas, de forma que a ponderação é necessária. (VALE, 2004, p. 143-144).

Assim sendo, atualmente, a doutrina que mais condiz com o ordenamento jurídico e a sociedade brasileira é a que defende que as normas de direitos fundamentais podem ser expressas por enunciados normativos que contemplam regras ou princípios, em razão de que regras e princípios são espécie do gênero norma, como já assentado pela literatura pós-positivista. Conquanto, há diferenças incontestáveis de como se dá a forma de aplicação de cada dessas espécies normativas, principalmente em situações em que essas normas estabelecem comandos contraditórios e são aplicáveis concomitante em um mesmo caso.

A coexistência dos princípios é conflitual, enquanto das regras é antinômica, as quais se excluem quando ocorre a antinomia entre duas regras. No entanto, quando a tensão ocorrer no âmbito de valores ou opções políticas e princípios e as técnicas clássicas de resolução de conflitos forem insuficientes ou não superarem o conflito, utiliza-se a técnica jurídica da ponderação.

Por fim, diante de tudo já explanado nesta pesquisa, verifica-se que, diante da distinção entre regras e princípios, sobreleva a necessidade de aplicação da ponderação em casos de conflitos entre princípios, conforme bem explicitado por Robert Alexy (2017). Considerando a estrutura dos Direitos Fundamentais como princípios, a utilização da referida técnica hermenêutica se revela ainda mais importante, diante da extrema necessidade de concretização destes direitos.

Da proporcionalidade e ponderação

Decorrência, portanto, do novo paradigma jurídico e, conseqüentemente, da Nova Hermenêutica, a caracterização dos princípios como deveres de

otimização implica regras de colisão, cujo estabelecimento depende de uma ponderação. E é exatamente do modo de solução da colisão de princípios que se induz o dever de proporcionalidade (BRANCO, P., 2009).

Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas. No plano abstrato, não há como estabelecer uma ordem imóvel de primazia já que é impossível saber se ela seria aplicável a situações ainda desconhecidas. A solução somente advém de uma ponderação no plano concreto.

O juízo de ponderação é realizado como método da Nova Hermenêutica, em razão da ideia de que as normas de direitos fundamentais, ao assumir a forma de princípios, comportam mitigação, embora mantenham sua validade jurídica, na medida em que incidam sobre os casos concretos em conflitos com outros princípios fundamentais. Ainda, ressalte-se que, abstratamente, os direitos fundamentais são de igual hierarquia, todavia, quando da aplicação ao caso concreto, um pode restringir a aplicação do outro. Portanto, para solucionar a problemática jurídica, utiliza-se a técnica da ponderação.

É importante mencionar que, com a imensidão de direitos fundamentais consagrados nos dias atuais, é impossível inexistirem conflitos, já que tais direitos são essencialmente conflitantes quando determinam orientações opostas, ante a diversidade ideológica decorrente do Estado Democrático de Direito. Portanto, é natural que, ao efetuar aplicação destes direitos, entrem em “rota de colisão”, sendo insuficientes os critérios tradicionais para resolução de conflitos entre normas – especialidade, hierárquico e temporal (MARMELSTEIN, 2016).

Acresce-se a isso a relatividade dos direitos fundamentais, embora tenham outras características, tais como imperatividade, obrigatoriedade, os valores fundamentais não são absolutos, podem sofrer restrições, situações, é claro, de complexa solução. Os direitos fundamentais podem sofrer limitações

ou restrições, decorrentes de disposição constitucional, de outra norma legal que tenha fundamento na Constituição (SARLET, 2012).

Além disso, ainda que não expressamente autorizado pela Constituição, existe a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais decorrente de conflitos entre estes direitos, que, dentro do paradigma constitucional e social moderno, é muito comum, sendo que para a presente pesquisa é o mais importante meio de limitação. Nesse sentido, incumbe trazer à baila as palavras de Ingo Sarlet (2012, p. 367), que assim enuncia:

Em outras palavras, direitos fundamentais formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva) podem ser restringidos caso isso se revelar imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais, de tal sorte que há mesmo quem tenha chegado a sustentar a existência de uma verdadeira “reserva geral imanente de ponderação”, embora tal afirmação deva ser recebida com a necessária cautela, além da existência de algumas ressalvas, questão que aqui (e por ora), todavia, não será desenvolvida. [...]. Tendo em vista a caracterização dos direitos fundamentais como posições jurídicas *prima facie*, não raro encontram-se eles sujeitos a ponderações em face de situações concretas de colisão, nas quais a realização de um direito se dá “às custas” do outro.

Assim, os direitos fundamentais com caráter de princípios não podem ser realizados e concretizados de maneira absoluta, porquanto se limitam mutuamente e somente quando da análise do caso concreto se pode chegar a uma regra específica *jusfundamental* a ele aplicável, regra esta que resulta da ponderação entre os princípios envolvidos. Os direitos fundamentais são, pois, como quaisquer outros direitos, restringíveis (DIAS JÚNIOR, 2007).

Porquanto, para Ana Paula de Barcelos (2005b, p. 23), a ponderação é uma “técnica de decisão jurídica empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”. É o que ocorre com a colisão das normas de direitos fundamentais, uma vez que, quando estão em tensão, não é suficiente adotar os critérios tradicionais utilizados para as antinomias entre normas (MALMELSTEIN,

2016).

Elucida, também, Ana Paula de Barcelos (2005b) que, para alguns doutrinadores, a ponderação é descrita como uma forma de aplicação dos princípios, modelo pelo qual a técnica ingressa nos debates jurídicos no Brasil, principalmente por influência das concepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Uma segunda forma de compreender a ponderação, para a autora brasileira, é entendê-la como um método de solucionar incompatibilidades normativas, sejam elas de origem da aplicação principiológica ou não, sendo evidentemente uma maneira de compreensão que generaliza demasiadamente a técnica ponderativa, a qual somente deve ser utilizada como alternativa à lógica da subsunção.

Há, ainda, alguns autores que compreendem a ponderação “como elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais.” (BARCELOS, 2005b, p. 27). Nesse sentido, ponderação é vista com um conceito muito amplo, o meio de avaliar todas as razões e argumentos relevantes para o discurso, além de analisar a aplicação de enunciados normativos.

Conquanto, a estrutura da ponderação é decorrência da “máxima” da proporcionalidade, expressa pelos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação ou sopesamento, os quais lhe conferem fundamentação.

Para Robert Alexy (2017), existe uma relação entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, descrevendo-a da seguinte forma: “a teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e este implica aquela.” (ALEXY, 2017, p. 116). Assim, afirma-se que o princípio da proporcionalidade e suas três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) são consequência da natureza dos princípios.

Esse relacionamento é válido de forma estrita se considerarem

as normas de direitos fundamentais como princípios, porque eles são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas e a máxima da proporcionalidade, em sentido estrito, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2017). “Já a máxima da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.” (ALEXY, 2017, p. 118).

Por conseguinte, se há dois princípios em relação de tensão, a solução escolhida deve ser aquela que melhor realize ambos os princípios. Isso só é possível se a solução adotada for adequada e necessária à realização do fim perseguido.

Destarte, “quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico [...] para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.” (ALEXY, 2017, p. 117). Para George Marmelstein (2016), de igual forma, o fenômeno da colisão entre os direitos fundamentais origina-se da própria natureza principiológica desses direitos, ao serem estabelecidos, na maioria das vezes, por princípios.

Esse sopesamento, contudo, não pode ser discricionário, há de ser feito de maneira racionalmente justificável, argumentando as razões da ponderação a ser realizada de forma criteriosa (MARMELSTEIN, 2016). Nessa seara de ponderação, a servir de auxílio ao juiz, acha-se o procedimento da proporcionalidade, mesmo procedimento utilizado no controle das restrições aos direitos fundamentais.

Nessa toada, incumbe mencionar a discussão terminológica envolta ao tema, no tocante à caracterização da proporcionalidade como princípio. José Armando Ponte Dias Júnior (2007) enuncia que, se consideradas a aceção e a conceituação dos princípios como mandamentos de otimização, dando-lhes cumprimento na melhor forma possível e gerando consequências não definitivas

e garantindo direitos *prima facie*, é difícil conciliar com a proporcionalidade, porque ela é utilizada justamente para auxiliar na ponderação entre os princípios, “o que lhe garante caráter absoluto, não se fazendo sentido pensar em colisão da proporcionalidade com outros princípios.” (JÚNIOR, 2007, p. 192).

Do mesmo modo, Robert Alexy (2017, p. 117), em nota de rodapé, elucida:

A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade”. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras.

Em posicionamento contrário, Humberto Ávila (1999, p. 170) entende que o dever de proporcionalidade não é regra jurídica e nem tampouco princípio ou norma-princípio, mas o define como um “postulado normativo aplicativo”, porque “consiste numa condição normativa, isto é, instituída pelo próprio direito para a sua devida aplicação. Sem obediência ao dever de proporcionalidade não há a devida realização integral dos bens jurídicos resguardados”.

Por oportuno, aqui se utiliza a nomenclatura estabelecida por Alexy, como máxima da proporcionalidade, a qual compreende três máximas parciais, estabelecendo-se um procedimento hermenêutico na ponderação dos princípios. São elas, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Dando sequência ao tema, Humberto Ávila (1999) conclui que as *possibilidades fáticas* de realização dos princípios implicam o dever de adequação e de necessidade. Se o meio escolhido não for adequado nem necessário, é proibido. E, *das possibilidades normativas*, por sua vez, resulta a necessidade de proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, se o meio escolhido

para a realização de um princípio significar a não-realização de outro princípio, ele é vedado, por excessivo.

O primeiro elemento da máxima da proporcionalidade é o da adequação. “Uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido.” (ÁVILA, 1999, p. 172). Em outras palavras, a restrição deve ser apta a atingir a finalidade que se tem por intuito, devendo alcançar um fim constitucionalmente legítimo.

O subprincípio da adequação exige que a “razão que norteia essa interferência seja satisfeita com a restrição que se operará sobre o princípio afetado.” (BRANCO, P., 2009, p. 172). Em suma, a adequação pressupõe a fixação de um objetivo na limitação que é feita ao princípio, é o dever de se averiguar a legitimidade da medida, tendo como legítimo o desfecho que não agride a Constituição. No entanto,

[...] para a consecução de um fim constitucionalmente legítimo, por vezes, mais de uma medida restritiva pode mostrar-se apta, de maneira que pode haver várias restrições adequadas à realização do objetivo almejado. É nesse contexto que se insere o segundo sub-princípio do procedimento maior da proporcionalidade: o princípio da necessidade. (DIAS JÚNIOR, 2007, p. 196).

Porquanto, a máxima parcial da necessidade, por sua vez, impõe que o meio escolhido para atingir o fim que se busca seja o mais brando possível, dentre todas as que se mostrem adequadas (DIAS JÚNIOR, 2007). Nas palavras de Humberto Ávila (1999, p. 172), a medida é necessária “se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos”.

Assim sendo, o subprincípio da necessidade orienta a escolha dos meios adequados para a realização de um fim ligado a um dado princípio. Se há mais de um meio igualmente adequado para se acudir à finalidade que o princípio busca, deve ser preterido o meio mais intrusivo sobre o princípio que sofre a

intervenção. Ressalte-se que o subprincípio da necessidade rejeita a forma mais danosa de satisfação do princípio, conduzindo ao exercício de se avaliar mais de uma medida encontrada para a consecução do fim que se tem por objetivo (BRANCO, P., 2009).

E, como último elemento que compreende a proporcionalidade, tem-se a proporcionalidade em sentido estrito, a “qual é confiada a delicada tarefa de ponderar e sopesar os bens jurídicos em conflito no caso concreto.” (DIAS JÚNIOR, 2007, 196). Em resumo, deve ponderar os interesses e fim perseguido, não restringindo excessivamente os direitos expressados pelos princípios.

O limite de satisfação dos princípios referentes às suas possibilidades jurídicas é o objeto do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Quando dois princípios válidos colidem, há duas ordens de otimização inconciliáveis entre si. A satisfação de um princípio depende da desestimação do outro. A realização de um se faz às custas do outro. Torna-se imprescindível apurar qual dos dois princípios tem maior peso para a solução do problema. Esta determinada, então, a ponderação. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento da ponderação. (BRANCO, P., 2009, p. 177).

Robert Alexy (2017) elucida que essa máxima parcial é idêntica à lei da ponderação, que tem como redação “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, 2017, p. 593). Assim, a lei do sopesamento por ser dividida em três passos:

No primeiro é avaliado o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio. (ALEXY, 2017, p. 594).

Importa ressaltar que a máxima da proporcionalidade é a técnica estabelecida por Robert Alexy (2017) para apresentar racionalidade e justificação da ponderação devida na *lei de colisão*, quando ocorrem conflitos entre dois princípios, sejam eles expressando direitos fundamentais ou não. A doutrina

e jurisprudência brasileira a utiliza como técnica hermenêutica notadamente nos conflitos entre direitos fundamentais. No entanto, não é o único método interpretativo aplicado na jurisprudência do Brasil que é oriundo da Nova Hermenêutica, conforme exposto no próximo tópico.

Dos outros métodos interpretativos da “moderna hermenêutica”

A aplicação da ponderação na “moderna” hermenêutica, denominada por muitos de Nova Hermenêutica Constitucional, se dá pela difusão literária de que os direitos fundamentais são expressos por normas principiológicas. Destarte, a interpretação desses direitos se dá pela técnica hermenêutica do sopesamento, uma vez que os princípios somente são implementados mediante sua aplicação.

No entanto, para além do método da técnica da ponderação, oriundo da Nova Hermenêutica Constitucional, notadamente da distinção entre regras e princípios, reconhecendo normatividade de ambos os padrões normativos, há outros métodos interpretativos decorrentes também deste novo paradigma hermenêutico, bem como princípios que são considerados instrumentos da interpretação jurídica.

Atualmente, a literatura jurídica no Brasil tem difundido alguns métodos interpretativos que seriam exclusivamente constitucionais, decorrente do fundamento filosófico *neoconstitucionalista*. Diante disso, enumeram-se como métodos que se utilizariam os aplicadores da constituição, dentre outros, o *método jurídico ou hermenêutico-clássico*, o *tópico-problemático*, o *hermenêutico-concretizador*, o *científico-espiritual* e o *normativo-estruturante* (COELHO, 2002).

Não se pretende esgotar o assunto sobre esses métodos, mas apenas uma análise simples de seus conceitos, até mesmo porque, embora apresentem nomenclaturas próprias, não constituem abordagens autônomas. Por conseguinte, o método hermenêutico-clássico ainda serve de fundamento

e integração, devendo a Constituição ser interpretada segundo as regras da hermenêutica clássica, porque ela também é uma lei (COELHO, 2002).

Prosseguindo com o desenvolvimento do assunto, pode se considerar que o método tópico-problemático considera a Constituição como um sistema aberto, fragmentária e indeterminada, dotada de regras e princípios, o que ocasiona a necessidade de uma interpretação aberta, devendo considerar a “solução do problema como principal função do interprete”, utilizando-se da interpretação constitucional que melhor lhe sirva. (GALINDO, 2006, p. 137).

Por outro lado, o método hermenêutico-concretizador pouco se distingue do anterior, mas constata que a leitura do texto normativo se inicia pela pré-compreensão do aplicador, devendo concretizar a norma de acordo com o momento histórico em que a situação apresentada encontra-se inserida. Deve-se buscar uma solução sob o ângulo da Constituição (VALENTE, 2017).

O método científico-espiritual exige que a Constituição seja sempre interpretada como um todo, descobrindo-se o seu sentido global (GALINDO, 2006). Por sua vez, o método normativo-estruturante parte da premissa de que o texto da norma não é dotado de normatividade, não possui, portanto, nem um sentido, mas “se dirigem ao trabalho ativo de concretização do destinatário.” (VALENTE, 2017, p. 223).

Além disso, a doutrina e a jurisprudência têm concebido algumas diretrizes hermenêuticas que se destinam à interpretação das normas constitucionais, “denominando-os princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional.” (VALENTE, 2017, p. 255). Destaque-se que os princípios da hermenêutica constitucional aplicam-se paralelamente aos demais métodos que também são utilizados na nova interpretação.

Os princípios instrumentais demonstrados pela literatura jurídica

brasileira desempenham uma função argumentativa, permitindo a integração e complementação do direito. De outra banda, os princípios que se distinguem das regras são entendidos como normas, como padrões normativos, que contém dever-ser, portanto, têm caráter deontológico. É no primeiro sentido que se trabalha com o termo princípio instrumental. O segundo sentido já foi explanado nesta pesquisa.

Luís Roberto Barroso (2009), também, explica algumas noções sobre o papel dos princípios em razão das diferentes modalidades de eficácia que podem apresentar, enfatizando sua finalidade ou destinação. No entanto, não convém mencionar tais classificações para se evitar sincretismos metodológicos, confundindo os conceitos do autor brasileiro com a de Alexy e Dworkin, tendo em vista a incompatibilidade entre as teorias.

Nessa perspectiva, comporta analisar os princípios de natureza instrumental, “identificados como princípios específicos de interpretação constitucional. Trata-se, [...], de metanormas, dirigidas ao intérprete e destinadas a ordenar a atividade interpretativa.” (BARROSO, 2009, p. 165). Os princípios instrumentais são premissas que orientam a aplicação da Constituição. Ainda, nesse sentido:

Assim, os princípios instrumentais não têm caráter normativo, quer dizer, não obrigam à realização da interpretação, servindo, em verdade, apenas como simples tópicos ou pontos de partidas ou fórmulas de busca, a fim de propiciar o manejo de argumentos para com isso, encontrar uma solução ao problema posto. (VALENTE, 2017, p. 256).

Porquanto, consistem em enunciados utilizados pelos operadores do direito para justificar suas decisões, necessárias e convenientes, mas que, sem o apoio desses cânones, poderiam apresentar-se como arbitrárias ou sem fundamento devido (COELHO, 2002).

De acordo com Virgílio Afonso da Silva (2005), Hesse elencou os seguintes princípios de interpretação constitucional: *unidade da Constituição*,

concordância prática, conformidade funcional, efeito integrador e força normativa da Constituição. Além disso, a doutrina brasileira acrescenta outros dois princípios, o da *máxima efetividade* e o da interpretação *conforme a Constituição*.

A crítica arguida por Virgílio Afonso da Silva (2005) é no tocante à secundarização que esses princípios desempenham na doutrina jurídica alemã e o sucesso que fazem no Brasil. Enquanto em seu país de origem nas obras literárias é difícil de se encontrar referências a estes métodos, na doutrina brasileira “são recebidos como se fossem moeda corrente na Alemanha.” (SILVA, 2005, p. 117-118).

O mais interessante, ainda, é a irrelevância prática que esses métodos desempenham quando se percebe que, em quase nada, se diferenciam dos cânones da interpretação tradicional. Mais ainda, “a irrelevância pode basear-se na impossibilidade de aplicação desses princípios em conjunto com outras práticas ou métodos de interpretação constitucional”, como é o caso da proporcionalidade ou ponderação, por inexistir compatibilidade entre as teorias (SILVA, 2005, p. 120-121).

Lênio Streck (2017, p. 70) destaca, também, que é preciso atenção para “certas posturas típicas do pós-positivismo à brasileira” que objetivam colocar novas nomenclaturas em questões antigas. É crescente defesas “*de ativismos judiciais*” com intuito de “implementar” e “concretizar” os direitos fundamentais, mas sempre retornando à ideia de abertura discricionária ao juiz, notadamente, ante o papel que exerce o Poder Judiciário dentro deste novo paradigma (STRECK, 2017).

Ainda, a Nova Hermenêutica *neoconstitucionalista* tem como consequência o protagonismo judicial na concretização dos direitos fundamentais. Todavia, podem-se originar decisões judiciais excessivamente discricionárias, na medida em que a utilização dos inovados métodos hermenêuticos e a carga

valorativa dada aos princípios nesta nova ordem podem se traduzir em tráfego de soluções de conveniência e excessivos subjetivismos, acarretando um excessivo casuísmo interpretativo, declinando, por certo, em discricionariedade.

Unidade da Constituição

Inobstante a pluralidade política, a ordem jurídica retrata uma unidade, impossibilitando-se, portanto, a coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no território nacional, em razão da soberania do Estado. Destarte, impõe o dever de harmonização das contradições e tensões entre as normas jurídicas, considerando que inexistente hierarquia entre as normas constitucionais (BARROSO, 2009).

Virgílio Afonso da Silva (2005) enuncia que, ao falar sobre o princípio instrumental da unidade da Constituição, podem ser encontrados dois conceitos. Primeiro, normalmente, quer dizer que o intérprete deve considerar as normas não como isoladas, mas como “preceitos integrados”, com o intuito de evitar contradições intensas na Constituição. Outro sentido que pode ser dado ao referido princípio é o já mencionado na formulação de Barroso, que confere o significado de inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais.

De acordo com a proposta de Victor Augusto Estevan Valente (2017), denota-se que o supracitado cânone hermenêutico é apenas uma reafirmação da interpretação sistemática da hermenêutica clássica, que implica em reconhecer que o referido meio interpretativo não se trata de exclusividade da Nova Hermenêutica, pois a unidade não está presente somente na Constituição, mas em todo o ordenamento jurídico.

Concordância Prática

Tal premissa tem semelhança com a ideia de proporcionalidade, na

medida em que exige que, “na solução de problemas constitucionais, deve-se procurar acomodar os direitos fundamentais de forma a que todos possam ter uma eficácia ótima.” (SILVA, 2005, p. 125-126). No entanto, os conceitos não se confundem.

A começar pela incompatibilidade entre a teoria de Hesse e de Robert Alexy, tendo em vista que o primeiro apresenta severa crítica à técnica da ponderação. Além disso, a concordância prática não implica no sopesamento de bens, mesmo que o objetivo seja o mesmo, não há, aqui, uma estrutura para alcançá-lo, como existe na proporcionalidade (SILVA, 2005).

Busca-se, logo, uma conciliação, mas em todo caso, esta será apenas formal ou principiológica, tendo em vista que a resolução do conflito deixará se ser favorável a ambos os contendores, a ponto de corresponder unicamente com a pretensão de um deles, restando ao outro conformar-se com a decisão de desvantagem. (VALENTE, 2017, p. 262).

Ocorre que a literatura jurídica brasileira não vem fazendo a devida distinção, sendo trabalhadas em conjunto ambas as teorias, até mesmo na Suprema Corte. A exemplo disto, a obra de George Marmelstein (2016, p. 392), de grande influência no Brasil, elucida que, “na técnica da ponderação, o jurista deverá, em um primeiro momento, tentar conciliar ou harmonizar os interesses em jogo, através do princípio da concordância prática”, em evidente confusão dos conceitos.

Conformidade Funcional

Surge deste princípio uma resistência ao ativismo judicial, para restringir uma participação mais ativa do Tribunal Constitucional, pois a atuação política é atribuição do legislador. Portanto, exige que os aplicadores não profiram decisões que embarquem a organização-funcional estatuída constitucionalmente (SILVA, 2005).

Além disso, tem por objetivo estabelecer limites à atuação do legislativo, que deve agir por meio de uma “constituição moldura”. Portanto, caberia ao tribunal controlar a atividade legislativa (VALENTE, 2017).

No entanto, Virgílio Afonso da Silva (2005) também aponta críticas à aplicação do referido princípio na jurisprudência brasileira. Isso porque o direito alemão se apresenta de forma distinta da Constituição brasileira, esta que não contempla os “direitos negativos”. Assim, como bem desvenda o autor, “Se a constituição impõe prestações *positivas* ao legislador e se o STF é o guardião da constituição por excelência, como justificar a omissão do segundo diante da inércia do primeiro?” (SILVA, 2005, p. 129-130). Portanto, verifica-se uma tendência do autor em defender o ativismo judicial no direito brasileiro.

Efeito Integrador

O princípio em análise norteia a atividade interpretativa ao estabelecer soluções aos problemas hermenêuticos dando preferência ao favorecimento e manutenção da unidade político-constitucional, “tendo em conta que, nessa atividade interpretativa, cria-se ou aprimora-se a ordem jurídica.” (VALENTE, 2017, p. 265).

Entende-se, em todo caso, que esse princípio serve apenas como um meio de robustecimento da atividade interpretativa, eis que, em qualquer circunstância, não pode o intérprete apresentar compreensão subversiva acerca da letra e do espírito da norma constitucional, ainda mais levando-se em conta que os princípios regentes da Constituição são o ponto de partida, tais como a dignidade da pessoa humana, a democracia e o pluralismo. (VALENTE, 2017, p. 266).

Destarte, a interpretação deve articular-se em coesão com o contexto social da Constituição, em caso contrário, torna inviável a existência de qualquer sistema jurídico. No entanto, para Virgílio Afonso da Silva (2005), o referido meio hermenêutico muito se assemelha à aplicação do princípio da unidade da Constituição e, por conseguinte, da interpretação sistemática.

Máxima Efetividade

A máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Fundamental para conferirem maior eficácia aos direitos fundamentais, otimizando e os concretizando sob uma visão de integração e compreensão na atividade hermenêutica. Ressalte-se que referido princípio instrumental não figura no catálogo de Hesse (SILVA, 2005).

A mim me parece, em primeiro lugar, que a ideia de máxima efetividade já está contida tanto na ideia de concordância prática quanto, e principalmente, na ideia de força normativa da constituição, como se verá abaixo. Essa é, aliás, uma constante nesse catálogo de Princípios de interpretação constitucional aqui analisado: muitos dos princípios se assemelham de tal forma que fica difícil perceber a *differentia specifica* de cada um deles, isto é, a característica que os distinguiriam dos outros princípios e que justificaria sua existência como princípios autônomos. (SILVA, 2005, p. 130-131).

Contudo, parece razoável afirmar que o cânone hermenêutico em exame deve ser aplicado de forma harmônica com o demais, em casos de sacrifícios de direitos fundamentais, até que seja possível chegar em um “jogo concertado de restrições e complementações entre tais direitos.” (VALENTE, 2017, p. 269). Portanto, o princípio da máxima efetividade objetiva conferir a máxima concretização aos direitos fundamentais.

Força Normativa da Constituição

Já foi analisado neste trabalho que uma das consequências, senão a principal, do *neoconstitucionalismo* foi conferir força normativa à Constituição. Portanto, o princípio instrumental da força normativa da Constituição é uma espécie de apelo aos aplicadores do direito para que confirmem imperatividades aos textos meramente programático da Constituição, dando-lhe eficácia ótima (VALENTE, 2017). No mais, é difícil distinguir o referido cânone hermenêutico com os demais já explicitados.

Por fim, feitas tais considerações, o próximo capítulo tem por intuito expor as consequências da utilização e aplicação das novas técnicas interpretativas oriundas da Nova Hermenêutica, observando-se, principalmente, o protagonismo judicial e a possibilidade de discricionariedade por parte dos intérpretes/juízes na concretização dos Direitos Fundamentais em desacordo com o Estado Democrático de Direito.

PROTAGONISMO JUDICIAL E A DISCRICIONARIEDADE DAS DECISÕES

Os capítulos anteriores abordaram, como pano de fundo, a Nova Hermenêutica, com fundamento no *neoconstitucionalismo*, que tem por intuito a concretização dos direitos fundamentais, buscando conferir-lhes a maior efetividade possível. No entanto, com intuito de concluir o objetivo desta pesquisa, calha ressaltar que, sem dúvidas, a Nova Hermenêutica, aliada à complexidade da Constituição e à expansão constitucional, ocasiona alteração da atuação do juiz dentro desse novo cenário, colocando-o como protagonista da interpretação e concretização dos direitos fundamentais. Tal fato fica evidente na atuação da jurisdição constitucional que vem sendo feita, notadamente pela Corte Brasileira, mas também é visualizada em outros países, como na Corte Constitucional Alemã.

A Nova Hermenêutica Constitucional, dita *neoconstitucionalista*, já apresentada desde o primeiro capítulo deste trabalho, está calcada na tentativa de efetividade do Direito Constitucional, ponderação e “pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões”, porque se acredita que a jurisdição é responsável pela definição dos valores do direito justo. (STRECK, 2017, p. 68).

Nesse sentido, verifica-se que o *neoconstitucionalismo* representa tão somente a superação do positivismo exegético, uma vez que nada mais faz do que afirmar críticas antiformalistas que já haviam sido feitas por outros estudiosos e partidários “da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses” ou da Jurisprudência dos Valores. Desta forma, se a intenção *neoconstitucionalista* é criar um direito novo, não faz sentido “depositar todas as esperanças de realização desse Direito na loteria do protagonismo judicial.” (STRECK, 2017, p. 68).

Com efeito, a hermenêutica que propõe Lênio Streck (2017), que tenciona superar o paradigma positivista, ocasiona uma maior valorização da jurisdição constitucional. Contudo, a supervalorização do Poder Judiciário oriunda do *neoconstitucionalismo* o expõe às muitas críticas, isso porque a aplicação dos princípios na concretização dos direitos fundamentais, sujeitos à ponderação e menor densidade jurídica, acabam transferindo para o intérprete uma dose importante de abertura ao subjetivismo.

Nesse diapasão, o presente capítulo tem por intuito perpassar sobre as principais críticas apontadas aos novos métodos da Nova Hermenêutica, até mesmo ao *neoconstitucionalismo*, tendo como pressuposto tentar responder como a utilização destes métodos e o protagonismo do Poder Judiciário dentro deste novo paradigma podem originar decisões excessivamente discricionárias, notadamente na concretização dos direitos fundamentais.

Nova Hermenêutica, ponderação e discricionariedade

A ponderação, como já dito, é a máxima idealizada por Robert Alexy (2017) com o objetivo de estabelecer solução de forma racional aos conflitos entre princípios. O autor em comento, estabelecendo distinção entre regras e princípios, conclui que os princípios são entendidos como mandamentos de otimização e que somente pelo sopesamento é possível identificar seu conteúdo, conforme já transcrito na presente investigação.

Verifica-se, portanto, que, embora Robert Alexy seja considerado um teórico que propõe a conceituação dos princípios como elementos que abririam o direito mediante a prática jurisdicional, a sua noção acaba por se vincular a uma concepção idealizada de princípio e, como sua principal consequência, dissociada do mundo prático. Ao tornar os princípios como mandamentos de otimização, seria imposto ao intérprete a sua concretização somente mediante

esquemas de sopesamento (LOPES, 2014).

Porquanto, a ideia do autor é no sentido de que um princípio nunca pode ser aplicado de forma imediata, se não antes realizado o sopesamento, resultando na Lei da Colisão, originando uma regra, que se aplica mediante subsunção. Assim sendo, até que o princípio seja trabalhado pelo intérprete, ele é considerado por Alexy como uma noção indeterminada, que se situaria num mundo ideal. Após realizada a ponderação, mediante o teste da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, aplica-se ao caso concreto, por meio da subsunção, ante a regra criada no sopesamento.

Nesse ponto, é que reside a carga de arbitrariedade e subjetivismo delegado ao intérprete na Teoria de Robert Alexy. A pergunta é: *a utilização da ponderação transfere ao aplicador/intérprete grande carga de subjetivismos que origina excessiva discricionariedade?*

Lorena Duarte Santos Lopes (2014), em dissertação sobre o tema, argumenta que Alexy acredita em uma suficiência ôntico-exegética, diante dos casos simples, onde há clareza no enunciado legal, pois se resolveriam por subsunção, o que evidencia, em parte, que o jusfilósofo, no âmbito das regras, continua apostando no exegetismo. Por outro lado, não é assim quando o intérprete estiver diante de um caso difícil. Nesses casos, o autor, “[...] diante de um caso difícil, apela para o outro nível da semiótica: a pragmática. Contudo, a palavra final será do sujeito e sua subjetividade. A ponderação alexyana, feita para resolver o problema de colisão de princípios, dependerá ao fim e ao cabo, da discricionariedade.” (LOPES, 2014, p. 37).

Ana Paula de Barcelos (2005b), em resumo enumerado das críticas em desfavor da ponderação, elucida que, de fato, não há como negar que a ponderação enseja excessiva subjetividade e não há mecanismos que previnam o arbítrio. De igual modo, o próprio Robert Alexy reconhece a existência da

discricionariedade para sopesar:

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. (2017, p. 611).

Do mesmo modo, afirma Virgílio Afonso da Silva que (2011, p. 363-364), “embora seja menos forte no Brasil, há no exterior, especialmente na Alemanha, uma forte vertente crítica contra a suposta hipertrofia do sopesamento, uma hipertrofia dos princípios”. Para o jurista brasileiro, o fato de os direitos fundamentais serem compreendidos como princípios e ausência de conteúdo determinado desses direitos enseja a aplicação em qualquer situação.

Além disso, assevera Virgílio Afonso da Silva (2011) que esta linha crítica aponta a um recurso exagerado à ponderação e suposta subjetividade e irracionalidade do sopesamento. Nesse sentido, Bockenforde (1999 *apud* SILVA, 2011, p. 363-364) afirma que “o sopesamento é a saída mais fácil para se obter qualquer resposta que se queira”.

Virgílio Afonso da Silva continua em análise das críticas e argumenta:

O terceiro autor, também nessa mesma linha crítica, é Jürgen Habermas, que afirma que o sopesamento, além de irracional, implica um enorme risco para a garantia dos direitos fundamentais, que perderiam o seu caráter vinculante. Segundo ele, os direitos fundamentais perderiam o seu caráter deontológico e passariam a ter um caráter sobretudo axiológico e teleológico. As normas deixariam de veicular o que deve ser, e passariam a ser um material para se decidir o que é bom ou o que é ruim. (2011, p. 364-365).

A título de exemplo, que confirma a ideia do juiz alemão, Bockenforde, de que o sopesamento é a saída mais fácil para se obter qualquer resposta, é o Habeas corpus 82.424/RS, impetrado perante o Supremo Tribunal Federal em favor de Siegfried Ellwanger Castan, o qual havia sido condenado em primeira instância pelo crime de racismo, em razão de escrever, editar e publicar livros com

conteúdo antissemitas. A tentativa da defesa era desconstituir a imprescritibilidade do crime que havia sido condenado o paciente (BRASIL, 2003).

A discussão na Suprema Corte permeou a suposta colisão entre direitos fundamentais – direito à liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana – a fim de conceder ou denegar a ordem de *habeas corpus* ao paciente, tendo os intérpretes/juízes utilizado da técnica da ponderação para a resolução do conflito. Todavia, O Ministro Marco Aurélio e o Ministro Gilmar Mendes usaram a mesma regra da proporcionalidade para analisar a colisão da liberdade de expressão e da dignidade do povo judeu, alcançando decisões diametralmente opostas. Nesse sentido, segue fragmento do voto do Ministro Marco Aurélio:

A aplicação do princípio da proporcionalidade surge como o mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido a semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação de pensamento. [...]. Cabe indagar se o condenar o paciente e proibi-lo de publicar os pensamentos, apreender e destruir as obras editadas são os meios **adequados** para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de se incitar a discriminação. [...]. Na observância desse subprincípio [da necessidade] deixa ao Tribunal apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente: conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu. [...]. O último subprincípio é **o da proporcionalidade em sentido estrito** [...]. Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e desrespeitosa, sob o argumento de qual tal ideia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. [...]. (BRASIL, 2003, p. 39-45, grifos nossos).

Além disso, o Ministro Marco Aurélio conclui: “aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, [...] a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul [...] não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.” (BRASIL, 2003, p. 45). Por outro lado, contrariamente, mas, também,

com fundamento no “princípio” da proporcionalidade, foi o voto do Ministro Gilmar Mendes no mesmo *habeas corpus*, evidenciado pelo seguinte trecho:

[...] o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. [...]. Diante de tais circunstâncias, [...] é evidente a **adequação** da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. [...] também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja **necessária**, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. [...]. A decisão atende, por fim, aos requisitos da **proporcionalidade em sentido estrito**. (BRASIL, 2003, p. 22-34, grifos nossos).

Desta forma, verifica-se que tanto os “votos vencedores e os vencidos utilizaram o discurso da ponderação como instrumento através do qual seria possível chegar a solução do caso concreto, demonstrando que a técnica da ponderação pode ser utilizada de forma aleatória por ambos os lados, mesmo opostos.” (LOPES, 2014, p. 57).

Nesse diapasão, convém comentar que a grande crítica de Jurger Habermas (1998 *apud*, SILVA, 2011) ao método do sopesamento é justamente o fato de os princípios conferirem discricionariedade ao julgador no caso de colisão entre princípios, pois, ao serem tratados como valores, qualquer razão pode ser utilizada como fundamentação.

Além disso, Carlos Bernal Pulido (2015 *apud* CARDOSO, 2016) elenca três críticas à técnica ponderativa. A primeira delas se refere à indeterminação da ponderação, pois não há critérios vinculativos que assegurem a objetividade da ponderação, o que, na maioria das vezes, é aplicada mediante mero subjetivismo do aplicador/intérprete. Além disso, o autor critica a incomensurabilidade da ponderação, uma vez que não é possível comparar duas coisas que são incomparáveis em razão de suas diferenças radicais, no caso, os princípios. A terceira e última crítica aponta a impossibilidade de previsão dos resultados da ponderação, já que, nesta perspectiva, a ponderação sacrifica a segurança

jurídica, uma vez que os resultados são particulares, a depender do caso concreto e não de critérios gerais.

Neste contexto, urge analisar o conceito de discricionariedade judicial, no sentido de poder conferido aos juízes para defender a fundamentação das decisões judiciais. Lênio Streck (2017, p. 70) aduz que “é preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário delegado em favor do juiz para preencher os espaços da ‘zona de penumbra’ do modelo de regras”.

A discricionariedade judicial - ou o seu termo equivalente, [...], decisio-
nismo judicial - se refere à liberdade conferida aos juízes no momento
das decisões judiciais, e se consta efetivamente no contexto de teorias
positivistas e pós-positivistas quando se conclui que o Direito não pode
ser compreendido como algo determinado, fechado e conclusivo. (LO-
PES, 2014, p. 41).

Dessa forma, para Lênio Streck (2017), o sentido de discricionariedade acaba sendo sinônimo de arbitrariedade, se considerado o plano da linguagem, onde reside a incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Isso em razão de que a atitude discricionária do intérprete se traduz em arbitrariedade, ensejando a falta de controle do conteúdo e ausência de previsibilidade e segurança jurídica.

Na discricionariedade judicial, o julgador cria uma regulação para o caso que, antes da sua decisão, não encontrava respaldo no direito da comunidade política. O juiz deverá criar, ao seu bel prazer, uma regra para regulamentar a caso a ele apresentado. Em verdade, o que se chama de discricionariedade judicial é uma possibilidade criada para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade cometida pelo poder judiciário. **Nesse ponto, discricionariedade se equivale à arbitrariedade, pois ambas emperram no mesmo problema: a falta de controle conteudístico sobre elas.** (LOPES, 2014, p. 41-42, grifos nossos).

Outrossim, Lênio Streck (2017) discorre que a noção de discricionariedade jurisdicional aparece tanto no contexto positivista como no pós-positivismo, relacionando-se, em ambos os casos, com a indeterminação do direito. Para o autor, da “Escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos Interesses,

pelo normativismo kelsenino, [...] até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento comum: [...] no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço”, que é colmatado pela “vontade discricionária do intérprete/juiz.” (STRECK, 2017, p. 70).

Aqui, porquanto, o jurista brasileiro enuncia severa crítica, ao afirmar que algumas posturas jurídicas que se denominam como pós-positivista, na defesa de concretização dos direitos fundamentais, acabam sempre voltando à ideia de que o juiz “tem um espaço discricionário no qual pode moldar sua vontade.” (STRECK, 2017, p. 70). Além disso, resume:

No fundo, volta-se, com a ponderação, ao problema tão criticado da discricionariedade. Assim, também nos casos difíceis dos quais falam as teorias argumentativas, a escolha do princípio aplicável “represtina” a antiga “delegação positivista” (na zona da penumbra, em Hart, ou no perímetro da moldura, em Kelsen). Cabe ao intérprete dizer qual o princípio aplicável, isto é, tal como no positivismo, é tarefa (prerrogativa?) do juiz decidir nas “zonas de incertezas” e em face das “insuficiências ônticas. (STRECK, 2017, p. 268).

Ocorre que a discricionariedade, ainda mais na doutrina brasileira, está inserida tanto em conceitos jurídicos indeterminados, vaguezas, ambiguidades, cláusulas “abertas”, como na própria autorização legal a que o juiz decida por meio do critério da “livre convicção motivada”. Lênio Streck (2017, p. 75) complementa dizendo que, aqui, em terrae brasilis discricionariedade quer dizer duas coisas: “a) primeiro, um modo de superar o modelo de direito formal-exegético (e, infelizmente, acaba não passando disso); b) segundo, uma aposta no protagonismo judicial, considerado, assim, uma fatalidade [...]”.

A discricionariedade abordada neste tópico encontra respaldo na Teoria do Direito, notadamente no paradigma jusfilosófico positivista que, ao enfrentar o problema da aplicação da regra jurídica, apresenta a tese de que, no Direito, existe uma abertura do texto, mas que não foi superada pelo pós-positivismo. No entanto, não se confunde com a discricionariedade no âmbito administrativo,

isso porque aqui não há lei para discussão, pressupõe, ao contrário, que ela inexistente e, portanto, o juízo cria a regra para aplicação, ao passo que no âmbito administrativo, corresponde ao ato tomado quando o administrador está autorizado pela lei a eleger os meios necessários para a determinação dos fins por ela estabelecidos (STRECK, 2017).

Destarte, as principais críticas levantadas pelo autor Lênio Streck é no que se refere ao grau de discricionariedade que a Nova Hermenêutica, notadamente a ponderativa, traz ao juiz/aplicador do direito. Apropriando-se de algumas críticas a essa valorização exacerbada do Poder Judiciário dentro deste novo constitucionalismo, o autor argumenta “que não se pode – e não se deve – confundir a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático.” (STRECK, 2017, p. 255).

Seguindo a ideia do mesmo autor, ele afirma que “o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é, indubitavelmente, incompatível com quaisquer posturas discricionário-decisionistas, porque estas estão assentadas em subjetividades assujeitadoras [...]” (STRECK, 2017, p. 228). A resposta judicial deve ser dada em condições que possam ser repetidas em casos semelhantes, ao contrário, estar-se-ia ferindo o direito à segurança jurídica, valor basilar do Estado Democrático de Direito.

Em razão da evidente carga de discricionariedade judicial que defendem as teses alexyanas – presente também em resquícios positivistas hodiernamente verificados – não estão de acordo com o ideal democrático de fundamentação das decisões judiciais plasmado na Constituição Federal (CF). Logo, calha ser pensada uma teoria da decisão e de aplicação do Direito que respeite e que privilegie os ideais constitucionalistas atuais, não se devendo repetir equívocos positivistas, proporcionando decisionismos ou discricionariedades interpretativas. (LOPES, 2014, p. 30).

Pode-se perceber que é inegável que a interpretação é necessária, pois a norma, em diversas situações, não tem a resposta em si mesma. Todavia, o

intérprete deve evitar que o resultado interpretativo seja influenciado por seu menor ou maior grau de subjetividade no caso concreto. A utilização dos princípios deve ter exatamente o objetivo de evitar discricionariedade ou arbitrariedade nas decisões judicial (STRECK, 2017).

Para Lênio Streck (2017), o reconhecimento da normatividade dos princípios decorrente do pós-positivismo e *neoconstitucionalismo* não representa a abertura da atividade interpretativa, pelo contrário, os princípios “fecham” a interpretação, tendo por finalidade impedir “múltiplas respostas” e o menor grau possível de subjetividade do intérprete.

O autor em comento, ainda, assevera:

[...] hoje, temos uma Constituição que deve ser o alfa e o ômega da conduta dos juristas e, por isso, a tarefa de qualquer teoria do direito preocupada com a democracia e os direitos fundamentais deve ser a de concretizar a Constituição. Isso significa dizer que não há mais espaços para voluntarismos e decisionismos baseados em discursos com pretensão corretiva. [...] Enfim, ao invés de avançar em direção ao novo, o velho senso comum/m teórico – forjado em perspectivas positivistas-pragmatistas – transformou o direito em um somatório de decisões desconectadas, é dizer, em um verdadeiro “estado de natureza hermenêutico”, no interior do qual cada juiz decide como mais lhe aprouver. Sob o álibi da “abertura interpretativa” proveniente da principiologia constitucional, parece não haver limites para a “criatividade”, a ponto de, por vezes, soçobrar o próprio texto constitucional. (STRECK, 2010b, p. 100-101).

Em contrapartida, Virgílio Afonso da Silva (2011), em defesa da ponderação, argumenta que se fala muito em falta de objetividade e irracionalidade na interpretação, mas não há uma definição do que seria de fato objetividade. Portanto, necessário é entender qual a objetividade possível dentro do direito e quais parâmetros para mensurá-la. Além disso, ele parte do pressuposto se existe ou não, no direito, no âmbito da interpretação, a possibilidade de racionalidade e objetividade.

Para tanto, o ponto de partida do Professor da Universidade de São

Paulo, Virgílio de Afonso da Silva (2011), é o reconhecimento de que é impossível buscar uma racionalidade ou objetividade que exclua completamente qualquer subjetividade na interpretação. Seria, portanto, ignorância querer argumentar que a aplicação do direito exclua a subjetividade do intérprete. Do mesmo modo que os críticos apontam o sopesamento como método irracional e subjetivo supondo que outros métodos irão atender tal expectativa, nestes, também é impossível garantir uma racionalidade quase perfeita. Continua o autor:

[...]. Não existe método totalmente objetivo, no sentido mais forte da palavra, isto é, em um sentido que pressuponha uma completa exclusão da subjetividade na aplicação do direito. No direito, objetividade não pode ser sinônimo de demonstrabilidade inequívoca, ou sinônimo de única resposta correta faticamente demonstrável. (SILVA, 2011, p. 366-367).

Desta forma, na tentativa de apresentar uma solução possível, Virgílio Afonso da Silva (2011) desdobra a ideia de objetividade em duas variáveis, que poderiam conferir uma maior objetividade a qualquer forma de interpretação do direito. “A primeira delas é a possibilidade de controle intersubjetivo. A segunda, a possibilidade de previsibilidade da decisão.” (SILVA, 2011, p. 366-367). Portanto, a garantia de aumento da objetividade no sopesamento, para o autor, exprime a preocupação de garantir a realização dessas duas variáveis.

Estabelecidas as críticas ao próprio método ponderativo, como meio interpretativo da Nova Hermenêutica diante da normatividade dos princípios e estrutura dos Direitos Fundamentais, outro problema precisa ser enfrentado: a aplicação do referido método na doutrina e jurisprudência brasileira, assunto a ser tratado a seguir.

Nova Hermenêutica e aplicação da técnica da ponderação pelo judiciário brasileiro

Para além das consequências negativas intrínsecas à própria teoria alexyana, através da análise da doutrina e jurisprudência no Brasil, vê-se,

também, que Robert Alexy é mal compreendido. Ressalte-se que mesmo que a teoria dos princípios e o sopesamento sejam passíveis de críticas, estas são ainda em maior grau quando verificados os resultados produzidos no Brasil, em razão de sua má aplicação.

Com efeito, os princípios para Robert Alexy são mandados de otimização, possuindo uma estrutura *prima-facie* que os fazem colidir uns com os outros. Todavia, há muitos problemas decorrentes da utilização da técnica da ponderação como meio interpretativo, principalmente na concretização dos direitos fundamentais. A principal e mais severa crítica atribuída à ponderação alexyana é a discricionariedade, conforme já apontando em tópico anterior. Desta forma, tem-se que a própria teoria de Alexy é equivocada, tendo em vista que se desenvolveu sob o paradigma da filosofia da consciência.

Conquanto, há muitas outras abordagens críticas à Hermenêutica Constitucional fundada na ponderação alexyana, que são discutidas nos livros e doutrinas de Direito Constitucional, inclusive a levantada por Virgílio Afonso da Silva (2005), já mencionada no segundo capítulo, do sincretismo teórico e metodológico da difusão das teorias pelos doutrinadores brasileiros. No entanto, Lorena Duarte Santos Lopes (2014), ainda, faz críticas à má compreensão e aplicação da teoria de Alexy dentro do ordenamento jurídico:

O problema da apropriação brasileira de Alexy é ainda mais grave: dispensando maior autocompreensão paradigmática, fragilizam até o projeto alexyano de redenção metodológica da discricionariedade, chegando a reduzi-la, nos casos mais extremos, à pura ornamentação. Já se mencionou que as teses alexyanas são atualmente bastante difundidas, sendo realmente difícil encontrar alguma obra jurídica no campo do Direito Constitucional brasileiro que não se aproprie dos conceitos propostos pelo alemão quando analisam a função dos princípios, ou quando tratam sobre a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais e a solução desse conflito através da ponderação. (2014, p. 48).

A técnica ponderativa explicitada alhures, de autoria de Robert Alexy,

é muito utilizada na doutrina e jurisprudência brasileira, inclusive pelo caráter principiológico que o Direito tem assumido no Brasil, o que alguns denominam de *Principiologismo* (STRECK, 2017).

Vale ressaltar que a finalidade de criação da máxima da proporcionalidade por Robert Alexy foi conferir racionalidade à Jurisprudência dos Valores vigente na Alemanha. No entanto, o mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora sua teoria exatamente para racionalizar a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais, racionalizadores, são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração (STRECK, 2017).

A ponderação nos termos propalados por seu criador não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que pesa mais, algo do tipo, entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um (STRECK, 2017). Robert Alexy (2017) intenta criar meios legítimos para fundamentar racionalmente e alcançar essas noções de preferibilidade e as razões para justificar essa hierarquização de princípios perante o caso concreto. “Segundo o autor, é fundamental a demonstração de todas as razões que levaram para a tomada da decisão, de modo que se preserve a segurança e a estabilidade jurídica institucional.” (MASSAQUE, 2017, p. 68).

Desta forma, conforme já definido anteriormente, a técnica da solução de conflitos entre princípios – ponderação – não determina a escolha direta entre um dos princípios, mas perpassa pelo estabelecimento de critérios de precedência e, através da lei de colisão, especifica uma regra a ser aplicada no caso concreto (LOPES, 2014).

Conquanto, não é o que se vê da aplicação da máxima da proporcionalidade pelo judiciário brasileiro. Como exemplo, o caso da mexicana Gloria Trevi, a qual foi presa no Brasil e, durante sua custódia, a cantora apareceu grávida.

Segundo a versão de Gloria Trevi, a gravidez teria sido decorrente de um estupro praticado por policiais federais responsáveis por sua guarda, os quais negaram o crime (LOPES, 2014).

Para esclarecimento dos fatos, os supostos autores do crime postularam ao Poder Judiciário autorização para a coleta de material genético da placenta da cantora mexicana para realização de DNA. No entanto, a suposta vítima ingressou com Reclamação Constitucional em 2002, identificada com número 2040-1, perante o STF, manifestando contrariedade absoluta à coleta do material e a realização do referido exame. A decisão da Suprema Corte foi de acolhimento da reclamação e, no mérito, deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da cantora (BRASIL, 2002). Nesse sentido, excerto da ementa da referida decisão:

Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. [...]. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. [...] 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante. (BRASIL, 2002).

Em análise da decisão proferida, percebe-se que foi utilizada a ponderação alexyana, em razão de os ministros acreditarem estar diante de um caso de colisão entre direitos fundamentais: o direito à intimidade de preservar a identidade do pai de seu filho versus o direito à honra e à imagem dos Policiais Federais acusados de estupro da cantora mexicana. Ademais, o

que resta demonstrado é que os utilizadores da teoria seguem caminho inverso ao do próprio Robert Alexy, tendo em vista que elegem dois princípios e os colocam em linha direta de confronto, determinando-se, por conseguinte, numa escolha direta sobre qual deve prevalecer em determinado caso concreto. No entanto, para Alexy, não existe a ponderação direta entre dois princípios e, sim, o estabelecimento de uma lei de colisão, a partir da relação de precedência condicionada (LOPES, 2014).

Além do mais, vale ressaltar que, em nota de rodapé, Lênio Streck (2017) afirma que, em análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em casos de utilização da “proporcionalidade” entre 2002 e 2012, foi identificado que em nenhuma das 289 decisões a Suprema Corte aplicou corretamente a teoria dos princípios de Alexy. Vale ressaltar que a falta de critérios práticos e objetivos para aplicação de tais técnicas conduz a resultados que acarretam incerteza e arbitrariedades e, conseqüentemente, a um subjetivismo por privilegiar a justiça particular em detrimento da justiça geral (MASSAQUE, 2017).

Do mesmo modo, Fausto Santos de Moraes (2014), em análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se como parâmetro 10 (dez) anos de jurisprudência, verificou que a Corte Suprema não segue rigorosamente a proposta teórica de Alexy sobre a proporcionalidade, o que ocasionou *uma concepção sui generis* da teoria. “Essa concepção sui generis dificulta a identificação de um padrão decisório que pudesse fornecer elementos à compreensão do critério da proporcionalidade como ratio decidendi.” (MORAIS, 2014, p. 59). Algumas das conclusões do autor são:

[...] em muitas decisões, bastou a indicação de um princípio jurídico, tido como violado, para que a proporcionalidade entrasse em jogo para orientar a decisão. [...]. O sintoma disso foi visto mediante a aplicação indiscriminada da proporcionalidade para resolver “qualquer tipo de colisão” [...]. Essa questão parece ser indicativa da falta de conceituação rígida sobre a característica dos Direitos Fundamentais, como normas de princípios jurídicos. (MORAIS, 2013, p. 218).

Fausto Santos de Moraes (2013, p. 218), ainda, conclui, em sua tese, que, em sua análise, restou impossível detectar a constituição da lei da colisão como resultado do sopesamento realizado na decisão, ocasionando o “problema da fundamentação das decisões judiciais, servindo, por isso, as críticas quanto ao decisionismo do sopesamento quando desvinculado da responsabilidade argumentativa da apresentação de sua legitimidade (racional)”.

Da forma desacertada com que a tese alexyana se propaga no Brasil, contribui para a permanência da concepção do julgador como sujeito solipsista que busca o seu convencimento e discricionariamente se utiliza dos princípios como argumentos aleatórios para a tomada de decisões. Percebe-se, portanto, que a doutrina ainda está submersa no paradigma da filosofia da consciência, justificando a adoção de princípios de forma aleatória.

Dessa forma, fica evidente o problema da discricionariedade judicial, diante da inexistência de um critério identificável que fundamente a ordem estabelecida pelo sopesamento. Aqui, parte-se do pressuposto teórico alexyano de que a máxima da proporcionalidade intenta constituir uma ordem de precedência entre dois princípios em conflito, contudo, nas referidas decisões, o autor Fausto Santos de Moraes (2014) não conseguiu identificar e afirmar por quais motivos um princípio estava sendo qualificado como precedente do outro.

Assim, parece imperar no STF a utilização do princípio da proporcionalidade como um *enunciado performático* que acaba escondendo os motivos da decisão na consciência do intérprete. Considerando isso, fica fácil, também, perceber a substituição do princípio da proporcionalidade pelo princípio da razoabilidade, já que ambos, nas decisões, cumprem a supra referida função performática. Ou pior, o emprego desse recurso à proporcionalidade institucionalizaria a violência simbólica retórica do STF [...], fazendo com que a legitimidade das suas decisões valesse muito mais pelo seu argumento de autoridade que pela autoridade do argumento. (MORAIS, 2014, p. 60).

Lênio Streck (2017, p. 81), do mesmo modo, afirma, ainda, que os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a ponderação,

que é uma regra, em princípio, usando o conceito como “se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos”. Ademais, o autor elucida que a aplicação da Nova Hermenêutica constrói mixagens teóricas assistemáticas e contraditórias, “tomando emprestado pressupostos originários das teorias argumentativas, em especial de Alexy, mormente quando as decisões judiciais aplicam a proporcionalidade e a razoabilidade.” (STRECK, 2017, p. 82)

[...] é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sobre o anto da “ponderação” e da proporcionalidade (ou da razoabilidade). [...]. Registre-se, [...] que a ponderação que vem sendo utilizada [...] está longe da “fórmula original” presente na teoria argumentativa alexyana. Na verdade, o recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade. (STRECK, 2017, p. 82-83).

Em outra toada, a discussão sobre o princípio da proporcionalidade no Brasil também suscitou divergências sobre a sua equivalência à razoabilidade. Embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por vezes, equipare os dois princípios jurídicos, o entendimento de Virgílio Afonso da Silva (2002) é no sentido de que o princípio da razoabilidade ou regra da proporcionalidade, no discurso jurídico, são termos que estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica que expressam construções jurídicas diversas, e não são sinônimos, em que pese seja possível admitir que ambos os termos tenham objetivos semelhantes.

Além disso, Virgílio Afonso da Silva (2002) afirma que não seria possível equiparar os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade, até mesmo por motivos históricos e estruturais, já que, historicamente, a proporcionalidade surgiu com o controle de leis restritivas de Direitos Fundamentais pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, cuja estrutura racional seria definida por seus elementos quanto à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A razoabilidade, por sua vez, poderia ter a sua origem verificada no substantive *due process of law* considerado nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos tanto como no precedente inglês *Wednesbury*. Por outro lado, estruturalmente, a razoabilidade implicaria um teste menos intenso que a proporcionalidade, podendo, por causa disso, um ato ser considerado desproporcional, mas não irrazoável. Assim, entende Virgílio Afonso da Silva (2002) que a razoabilidade exigiria a análise quanto à compatibilidade do meio empregado e os fins visados, bem como a legitimidade de tais fins. Comparando-a com a proporcionalidade, corresponderia apenas ao teste da adequação.

Neste sentido, reside a constatação de Fausto Santos de Moraes (2014, p. 218) de que, no Supremo Tribunal Federal, “a referência ao princípio da proporcionalidade é feita em conformidade com algum padrão jurídico indicativo do abuso de poder do Estado, por ação ou omissão”, equiparando-o à razoabilidade.

Diante da discricionariedade intrínseca à própria técnica da proporcionalidade e às críticas levantadas em seu desfavor, Robert Alexy, idealizador do sopesamento como forma de solução aos conflitos entre princípios, buscou conferir racionalidade e objetividade ao procedimento por meio da Teoria da Argumentação Jurídica, a qual é assunto do próximo tópico.

Racionalidade e Teoria da argumentação jurídica de Alexy

Do mesmo modo que Virgílio Afonso da Silva, o próprio Robert Alexy sai em defesa da ponderação por ele criada, notadamente em resposta às críticas formuladas em seu desfavor por Habermas. Portanto, desenvolve uma Teoria da Argumentação jurídica. “A preocupação de Robert Alexy parece ser no sentido de dotar de racionalidade a atividade de sopesar, o que passaria necessariamente, pela fundamentação racional como condição legitimadora da

adjudicação.” (MORAIS e TRINDADE, 2012, p. 156). Assim, a legitimidade da ponderação estaria intimamente relacionada à racionalidade, na medida em que somente se pode atribuir legitimidade à ponderação quando seja reconhecida como racionalmente fundamentada.

A argumentação jurídica proposta por Robert Alexy, portanto, tem por intuito servir como instrumento para atribuir racionalidade às decisões judiciais, “apresentando fundamentos que sustentem a sua pretensão de correção exaurida na utilização da proporcionalidade.” (MORAIS, 2010, p. 147). É a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento racionalizador da relação de precedência a ser estabelecida na utilização da técnica. Fausto Santos de Moraes e André Karan Trindade assim sintetizam:

[...] a decisão que se vale da ponderação somente poderia ser considerada como legítima se a valoração feita pudesse ser fundamentada, o que decorreria de sua qualidade racional. Para Alexy, os três problemas guardariam conexão, pois a legitimidade do ato de ponderação estaria na condição de demonstrar a sua racionalidade que, por sua vez, dependeria do sucesso em apresentar a sua estrutura. Parece, então, que a chave da ponderação estaria na demonstração de uma estrutura que permitisse ao intérprete explicitar a racionalidade da sua decisão. (2012, p. 157).

Porquanto, tendo em vista que a ponderação acaba envolvendo um juízo de valor sobre qual princípio deve ter precedência sobre o outro, a decisão valorativa somente pode ser aceita como racional “desde que a decisão que escolheu a preferência de determinado princípio jurídico pudesse ser uma escolha racional fundamentada.” (MORAIS e TRINDADE, 2012, p. 157).

Nesse sentido, Robert Alexy parte de uma teoria da argumentação prática geral, projetando-a no campo do direito, vista como uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático de Habermas (ATIENZA, 2014). Assim, o jusfilósofo buscou elaborar uma teoria, tanto normativa quanto descritiva, de argumentação jurídica, a qual fosse capaz de racionalmente justificar juízos

de valor. A proposta de Alexy é o oferecimento de regras de argumentação que atinjam, por meio da justificação discursiva, consensos racionais (TOLEDO, 2005).

Para o jusfilósofo, “um enunciado normativo será correto somente se puder ser o resultado de um procedimento comunicativo capaz de lhe conferir um grau satisfatório de racionalidade.” (ALEXY, 2017, p. 285). Assim, percorrendo o procedimento argumentativo, é assegurada a racionalidade do discurso.

Desta forma, ao pensar a argumentação como fundamentação, constitui-a no paradigma filosófico da “dicotomia sujeito-objeto”, em busca de um esteio para a racionalidade e legitimidade. No entanto, a pretensão alexyana se dá pelo procedimento e, com “o procedimento, acaba por possibilitar várias respostas, não existe resposta correta.” (MORAIS, 2010, p. 152-153).

A argumentação jurídica poderia ser concebida como o grande desafio do jurista de passar a sua compreensão/interpretação do direito do plano ontológico-existencial para o lógico-argumentativo, como um compartilhamento do sentido, cumprindo com o dever de transparência no exercício do poder – que é um argumento de princípio ínsito ao regime democrático. (MORAIS e TRINDADE, 2012, p. 153).

Em síntese, para Alexy, a decisão ponderativa de princípios é legítima desde que racionalmente fundamentada, através da ação humana discursiva e do procedimento da proporcionalidade, o que pode servir de modelo para exigência de fundamentação das decisões judiciais na Constituição federal. Todavia, a discricionariedade do intérprete não deixa de existir ao realizar o sopesamento entre os princípios, ainda mais quando não se é possível estabelecer-se somente uma resposta correta.

Diante disto, percebe-se que nem mesmo a tentativa racionalizadora e de conferir objetividade à ponderação através da Teoria da Argumentação do autor germânico Robert Alexy é o suficiente para superar a discricionariedade do juiz/intérprete na concretização dos direitos, inclusive os direitos fundamentais.

Percebe-se, assim, que é necessário recorrer-se a outros caminhos, a exemplo da Teoria de Ronald Dworkin, o qual intenta conferir integridade ao direito e buscar a resposta correta à aplicação do deste.

Integridade do direito e Ronald Dworkin

Diferentemente da crítica levantada em desfavor da técnica ponderativa de Alexy, Ronald Dworkin, também reconhecido na doutrina como pós-positivista, intentou a criação de uma teoria que impedisse a discricionariedade judicial. Portanto, é importante perpassar pelos pontos principais da doutrina dworkiana, na tentativa de estabelecer uma solução ao problema apresentado diante da aplicação da Nova Hermenêutica, notadamente a excessiva discricionariedade ocasionada pela ponderação.

Na doutrina, há diversos apontamentos de semelhanças entre as ideias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, todavia, mencione-se que existe muito mais distinções do que semelhança entre ambos os autores, sobretudo quando o problema é a discricionariedade. Portanto, o jusfilósofo norte americano (2002) é avesso ao poder discricionário. Conforme já explicitado nesta investigação, o Direito, para Ronald Dworkin, é composto por regras e princípios, isso porque “[...] uma sociedade é formada por pessoas que além de obedecerem às regras criadas pelo acordo político, reconhecem também princípios comuns como norteadores de suas práticas.” (STRECK, 2013, p. 359).

O debate de Ronald Dworkin e Hart, na obra *Levando os Direitos a Sério*, é exatamente no sentido de combater a discricionariedade de que se ocupa a teoria hartiana. Dworkin percebe, a partir dos fundamentos que influenciam as decisões dos tribunais e da atividade judicial em geral, que há outros componentes além das regras que conduzem os argumentos dos juízes em determinada direção, como, por exemplo, o respeito às decisões passadas, o que contradiz a doutrina

positivista do poder discricionário (MOTA, 2009).

Porquanto, a principal crítica do professor da Faculdade de Nova York é no tocante à discricionariedade oriunda do positivismo jurídico hartiano, o qual doutrinava que, na ausência de norma, o juiz decidiria o caso pendente conforme sua consciência. Em contrapartida, Dworkin entende que os casos difíceis devem ter argumentos gerados por princípios, não havendo uma criação discricionária do direito pelo juiz. Logo, quando as regras não são claras, o juiz deve descobrir quais são os direitos das partes e não inventar o direito. E, nessa tarefa, são inseridos argumentos de princípio. E estes princípios vedariam um juízo discricionário. Nesse sentido:

Dworkin não admite a discricionariedade forte, equivalente a uma audaciosa liberdade de escolha de significados normativos, que os positivistas advogam. O Direito nunca seria incompleto. Os princípios, considerados na sua globalidade, com a sua carga moral, proveriam a resposta correta, passível de ser encontrada em situação ideal de discurso. A desatenção dos positivistas para esse ponto explicaria a capitulação à discricionariedade que assinam ao juiz nos casos difíceis, com a qual Dworkin não condescende. (BRANCO, P., 2009, p. 148).

Os juízes devem, então, aplicar esses princípios para resolver os casos em que as normas postas não são suficientes para gerar uma solução segura. Para Ronald Dworkin, seria possível, com base na sua concepção de princípios, ao contrário do que pressupõem os positivistas, encontrar a única resposta correta.

Neste contexto deve ser compreendida a tese da resposta correta. Assim, a questão não é existência de uma única solução jurídica, mas que, mesmo havendo, mais de uma possibilidade juridicamente defensável, o direito sempre teria (uma) resposta. Dito de outro modo: o direito enquanto um sistema de regras e princípios não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada. (STRECK, 2013, p. 359).

O autor em comento, portanto, sustenta a existência de uma “única resposta correta” sendo a que se harmonize o melhor possível com a

jurisprudência anterior e, ao mesmo tempo, atualize de acordo com a moral política da comunidade, através de princípios devidamente reconhecidos pela comunidade jurídica. Assim, considerando-se que o professor da Faculdade de Nova York assume a postura de que o direito é composto por regras e princípios, o sistema de princípios é incapaz de gerar soluções diversamente válidas, se assim o fosse, levaria ao discricionarismo, o que é fortemente criticado pelo autor, quando despande críticas ao positivismo jurídico (DWORKIN, 2002).

Destarte, o Direito é um conceito interpretativo em que a prática jurídica é principalmente ato de interpretar, uma vez que as partes conflitantes apresentam em juízo interpretações alternativas que pretendem dizer o Direito para o caso. No entanto, “a interpretação não terá como objetivo fornecer um juízo de valor das proposições jurídicas, mas tornar o objeto da interpretação o melhor possível.” (STRECK, 2013, p. 360). A atitude interpretativa conduziria o juiz a interpretar as práticas dos outros juizes ao decidirem o que é o Direito, refinando-as.

Neste diapasão, Dworkin (1999) aproxima a metodologia jurídica com a literatura, comparando o trabalho do juiz como o de um romancista em cadeia, escrito de forma coletiva, impondo, portanto, aos envolvidos um dever de continuidade e coerência. Nas palavras do autor, a produção do romance em cadeia exigiria uma avaliação geral de cada autor à medida que ele escreve e reescreve, no sentido em que, se o romance vai sendo escrito aos poucos, deve ser trabalhado elementos para decidir em continuidade e não um novo começo (DWORKIN, 1999).

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (...) em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até

onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus antecessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como o produto de muitas mãos diferentes. (DWORKIN, 1999, p. 276).

A perspectiva dworkiana dificulta ou até mesmo impede que o intérprete seguinte, agora autor dentro da historicidade estabelecida pelo jusfilósofo, proceda no sentido de que a história começa nele e, por isso, poderia fazer o que quisesse. “A ideia não é um conjunto de crônicas ou contos com os mesmos personagens, mas única história, iniciada antes dele e continuada como se escrita por um só, mesmo sendo uma obra de inúmeras mãos.” (STRECK, 2013, p. 361). Veja-se, neste sentido, que existe uma interpretação da história coerentemente reconstruída e adequadamente continuada.

Destarte, a interpretação proposta por Dworkin supera tanto um convencionalismo positivista quanto um pragmatismo realista. Para os positivistas, sobretudo Hart, há algo para ser respeitado, porém em determinadas situações (hard cases) o intérprete poderia tornar-se um autor sem um passado, ele cria quase que ex nihilo. Já os realistas, sustentam um desapego às convenções e à tradição, cada decisão é nova, ao invés de intérpretes, seriam apenas autores. (STRECK, 2013, p. 361).

Para isso, Ronald Dworkin (2002, p. 165) criou um jurista com “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”, entrando em cena a figura por ele imaginada do juiz Hércules. O personagem se agrega à percepção do Direito num contexto de coerência do sistema normativo, que se exprime na metáfora do “romance em cadeia”. Denota-se que o jusfilósofo de Oxford, sob influência gadameriana, leciona que os direitos são resultados da história da moralidade.

Ronald Dworkin (2002, p. 165) vai afirmar, ainda, que este juiz aceita as principais regras não controversas que regem sua jurisdição, ou seja, “ele aceita

que os juízes têm o dever geral de criar e extinguir direitos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores, cujo fundamento racional [...] aplica-se ao caso em juízo”. Percebe-se, assim, que não é uma tarefa fácil, pois é necessária a construção de um sistema de princípios que forneçam uma justificação coerente a todos os precedentes e, também, um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas (MOTA, 2009).

Por outro lado,

[...] Hércules não é de longe, um solipsista, um protagonista, alguém que decide sozinho. Ele é Hércules não pela capacidade sobre-humana de, com bom senso, prudência ou discrição resolver, com justiça, os casos que chegam a sua jurisdição. A sua “extraordinária capacidade” não é voltada a introspecção, mas a compreensão do Direito como totalidade, e isso implica, necessariamente tomar em consideração o que fizeram [...] os demais juízes do passado e do presente, além da produção legislativa. Mais do que isso, implica prestar contas ao conjunto principiológico irradiado a partir da Constituição. (MOTA, 2009, p. 64).

Hercules há de ter em conta, no caso concreto, a repercussão sobre o problema de certas virtudes, como a liberdade, a igualdade e a comunidade, que terminariam por compor, no seu inter-relacionamento, uma só visão política. Desse modo, “o enfoque de Dworkin não leva a um exercício de *balancing*, mas a uma escala de considerações a respeito do conflito [entre princípios], sobre a base das respectivas [de cada princípio envolvido na colisão] contribuições para a busca da igualdade de consideração e respeito.” (BRANCO, P., 2009, p. 149). A atitude que deve ser tomada pelo “juiz filósofo”, Hércules, fará com que ele encontre no Direito soluções ou respostas que não se ajustam com aquelas de sua preferência pessoal.

Uma crítica que pode pertinentemente tentar ilustrar, neste ponto, a ausência de integridade no direito e jurisprudência brasileira é no tocante à decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a permissão ou não permissão de

prisão em segunda instância. A história evidencia como o posicionamento sobre o assunto mudou aos longos dos anos.

De proêmio, registre-se que, mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988 legitimando o princípio da Presunção de Inocência, até o ano de 2009, a prisão antes do trânsito em julgado para fins de cumprimento de pena era permitida. No entanto, em 2009, a Suprema Corte mudou de entendimento e estabeleceu que a antecipação da pena era incompatível com a Constituição, em decisão prolatada no *habeas corpus* número 84.078-7 de Minas Gerais (BRASIL, 2009).

O caso apresentado no referido remédio constitucional, discutia-se a possibilidade de execução antecipada da pena e sua compatibilidade com a Constituição, em análise de um caso concreto de um condenado por homicídio. É possível identificar, no caso, uma colisão entre princípios, como o da Presunção de Inocência, segurança social e efetividade do poder jurisdicional. Além disso, denota-se, desta decisão, que voto vencido e vencedor utilizaram a máxima da proporcionalidade como meio para a resolução do “*hard case*” (MORAIS, 2013).

Em 2016, porém, novamente, o tema foi objeto de debate pela Corte Suprema, no *habeas corpus* de número 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, que, por maioria, o plenário mudou a jurisprudência da Corte para permitir a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância (BRASIL, 2016). No entanto, o que é mais paradoxal é que, em 07 de novembro de 2019, em mais uma decisão em plenário, a Corte, por maioria dos votos, entendeu pela procedência das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 33 e 54 para declarar como constitucional o artigo 283, do Código de Processo Penal², que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para início de cumprimento de pena. Portanto, decidiu a Suprema

² Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Corte, em um prazo de aproximadamente 3 (três) anos, oposto ao que havia sido decidido em 2016, vedando o início imediato de cumprimento de pena após condenação em segunda instância (BRASIL, 2019).

Diante disso, é possível perceber que a teoria dworkiana não é atendida pelo judiciário brasileiro, a qual aduz que os juízes têm o dever de construir um direito íntegro e compatível com a historicidade em que se encontram. O autor norte-americano, ao propor o “romance em cadeia”, impõe ao próximo juiz um dever de coerência de integridade na construção do direito.

Conforme mencionado alhures, a perspectiva dworkiana dificulta ou até mesmo impede que o intérprete seguinte proceda no sentido de que a história começa nele e, por isso, poderia fazer o que quisesse. O objetivo é estabelecer uma única história, iniciada antes dele e que será continuada, mas que deve se assemelhar como se fosse escrita por um só autor. Neste sentido, existe uma interpretação da história coerentemente reconstruída e adequadamente continuada,

Com efeito, tais pressupostos não restaram devidamente observados diante das decisões apontadas. Ao contrário, intensificou-se e ampliou-se ainda mais o problema da discricionariedade já abordado na presente pesquisa. Diante disto, para encerrar a investigação proposta, cabe, ainda, analisar a Teoria Crítica de Lênio Streck, tendo em vista sua importância na tentativa de superação da discricionariedade no âmbito das decisões judiciais.

Teoria Crítica de Lênio Streck

Viu-se que, diante dos novos métodos interpretativos apresentados pela Nova Hermenêutica, com fundamento no pós-positivismo e *neoconstitucionalismo*, inúmeros juízes passam a tender adequar a “ordem jurídica ao sentido subjetivo que pretendem dar ao texto, em nítido prejuízo a previsibilidade das decisões.”

(COSTA, 2014, p. 123). Assim sendo, embora exista o Direito, no que se refere ao seu conteúdo de fato, paira insegurança jurídica.

A principal dificuldade constatada em teses como a alexyana, já analisada na presente investigação, reside na tendência que ela tem de intensificar e apoiar a discricionariedade judicial. Portanto, é necessário democratizar a atividade jurisdicional mediante a possibilidade de controle desta atividade, já que a discricionariedade é incompatível com o Estado Democrático de Direito e, para tanto, exige-se a existência de uma teoria da decisão judicial que afaste a discricionariedade judicial (LOPES, 2014).

Porquanto, calha destacar, para finalizar a presente investigação, a Nova Crítica do Direito, que é idealizada por Lênio Streck, que tem por intuito compreender o fenômeno jurídico sem reduzir a sua complexidade própria que envolve a interpretação. Assim, o jurista brasileiro, na tentativa de superar a abstração, transformando a singularidade de casos concretos em pautas gerais, recorre à Filosofia Hermenêutica e à Hermenêutica Filosófica. Além disso, o mesmo autor busca apoio na concepção de direito como integridade de Ronald Dworkin com intuito de enfrentar o desafio de exigibilidade da democracia, que é oposta à discricionariedade, pressupõe um direito preocupado com a intersubjetividade. Nesse sentido:

A Nova Crítica do Direito idealizada por Lenio Luiz Streck pretende compreender o fenômeno jurídico sem reduzir a complexidade própria que envolve a sua interpretação, validade, legitimidade, vigência e aplicação. Procurando superar a abstração e generalização dogmática objetificante (entificante) do direito, transformador da singularidade dos casos concretos em pré-determinados, em pautas gerais, a Nova Crítica do Direito recorre à Filosofia Hermenêutica e à Hermenêutica Filosófica. Para enfrentar o desafio de um direito preocupado com a intersubjetividade exigida pela democracia, convicção oposta à discricionariedade judicial, vai buscar apoio na concepção de direito como integridade de Ronald Dworkin. (MORAIS, 2010, p. 192).

Neste ponto, vale lembrar, portanto, que a teoria dworkiana é direcionada

à concretização e preservação dos direitos fundamentais, visto que não se encontra tanto na figura do juiz “Hércules” ou na controversa tese da única resposta correta relativismos e arbitrariedades interpretativas. O objetivo e a ideia de integridade do direito como ponto que enlaça e confere maior densidade a todas as bases da teoria, compreendendo-a como uma proposta que atende ao propósito democrático de “quebra” do protagonismo judicial a partir do paradigma hermenêutico (MOTA, 2009).

Além disso, estudar o direito como integridade é compreender a filosofia no direito, inclusive a Filosofia Hermenêutica. Porquanto, para Lênio Streck (2017), há claros pontos de contato entre a concepção dworkiana de integridade, em Gadamer, com a ideia da tradição.

Diante disso, pode-se dizer que o intuito da crítica streckiana é desobscurecer a interpretação e aplicação do direito e a viabilidade de se alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta, que seja constitucionalmente adequada, notadamente na crise do Direito brasileiro (LOPES, 2014). Primeiro, o ato interpretativo para Lênio Streck (2017) deve ser desenvolvido por meio de uma viés filosófico e racional.

Neste diapasão, a solução para a redução da discricionariedade judicial encontrada por meio da aplicação dos meios hermenêuticos deste novo paradigma pode ser a relação entre Hermenêutica Constitucional e Hermenêutica filosófica. A tentativa é de reduzir a influência da subjetividade do intérprete na aplicação da norma. Assumindo esta postura, a interpretação e a linguagem contribuem na interpretação dos problemas jurídicos (COSTA, 2014).

Desta forma, é importante destacar que a Filosofia tem uma proximidade com a ideia de hermenêutica. O papel da hermenêutica, em síntese, é buscar a compreensão da realidade, vista como objeto de interpretação, “tem a ver com a busca do sentido de tudo aquilo que é percebido pelo homem como algo capaz

de se converter em indagação.” (GOMES, 2011, p. 48). Portanto, diante desta proximidade identificada, é possível argumentar um discurso jusfilosófico sobre o tema. Aliás, é bom frisar que não há como falar em uma Hermenêutica Jurídica, constitucionalmente adequada, sem relação com a filosofia.

A contribuição da Hermenêutica filosófica gadameriana (*apud* STRECK, 2017) é sua oposição quanto ao método como instrumento apto de medir a verdade como certeza, deixando de analisar elementos históricos que determinam o conhecimento das coisas. Portanto, em resumo:

A compreensão e interpretação das coisas é marcada por um acontecer histórico temporal, determinado pela concretude e singularidade do compreender. A hermenêutica, como uma ciência da interpretação, deveria se livrar desse pré-conceito científico e normativo, entregando-se ao seu destino filosófico, como uma experiência de sentido mediado pela linguagem. A compreensão como chave de entendimento das coisas, como uma concretude da facticidade, poderia ser entendida como historicidade de uma tradição que se transmite pela linguagem. A tradição, para Gadamer, passa a ser a fonte das pré-compreensões, tomadas como pré-juízos que suportam o compreender/interpretar. Pertencer à tradição é compartilhar de determinados pré-juízos que orientam a compreensão das coisas. (MORAIS, 2010, p. 194).

Destarte, não é possível interpretar uma nova ordem jurídica de direito fundamental, ou qualquer outra, desvinculada da pré-compreensão da própria norma. A pré-compreensão antecede a investigação sistemática e já é uma forma de interpretar, compreendida por Gadamer (*apud* GOMES, 2011) como pré-compreensão, já que preexiste a pesquisa filosófica ou científica. Assim sendo, não é possível interpretar desvinculando-se da pré-compreensão e, no caso da interpretação jurídica, diante da supremacia da constituição, não há interpretação sem uma pré-compreensão do intérprete da própria constituição.

No dizer de Gadamer (*apud* COSTA, 2014), toda compreensão, interpretação e aplicação da norma ocorrem em um só momento. Além disso, aquilo que se chama de construtivo em Dworkin, quando o intérprete está amarrado com o passado, pode ser traduzido para Gadamer como “autoridade

da tradição” que acompanha a ideia da pré-compreensão (MOTA, 2009, p. 79). Assim, Francisco José Borges Mota reescreve a ideia de Gadamer, aduzindo que:

a compreensão só é possível quando aquele que compreende se lança para a abordagem de um texto já com uma pré-compreensão; isto significa que, por um lado, o intérprete já orienta o texto por alguma coisa, a saber, pelo mundo em que se movimenta; ao mesmo tempo, à compreensão de um texto liga-se um interesse na compreensão, é dizer, quando utilizamos o texto, temos algum propósito em mente, e utilizamos sempre a nossa conceitualidade. Através da pré-compreensão, que guia a interpretação do texto, cada interpretação de um texto é, simultaneamente, aplicação ao estado atual de consciência do intérprete, o que faz com que o texto se transforme sucessivamente num texto diferente, de modo que a interpretação não será, jamais, meramente reprodutiva. (2009, p. 79-80)

Portanto, não é sequer possível interpretação que se dê sem pré-compreensão. Ainda, a interpretação é construtiva e, para evitar arbitrariedades interpretativas, o intérprete tem de ser capaz de testar a sua própria compreensão da tradição e historicidade em que é envolvido, no sentido de que possa interpretar garantindo coerência e integridade. A tradição, para Gadamer, passa a ser a fonte das pré-compreensões, tomadas como pré-juízos que suportam o compreender/interpretar. Pertencer à tradição é compartilhar de determinados pré-juízos que orientam a compreensão das coisas.

Com base nisso, a posição de Lênio Streck (2017, p. 484) é de que a “hermenêutica é avessa ao poder discricionário, do mesmo modo que o é Dworkin”, o que não permite arbitrariedade interpretativa por parte dos juízes. Assim sendo, outro aspecto indispensável da crítica levantada pelo autor brasileiro é com fundamento na Teoria do Direito de Ronald Dworkin.

[...] a Crítica Hermenêutica do Direito, ao endossar o pensamento de Dworkin, procura tomar o — regime ao requerer que o conceito de princípio jurídico sirva para superar o modelo de direito baseado exclusivamente nas regras, pretendendo o reconhecimento da imbricação ontológica entre direito, moral e ética. Esse reconhecimento ontológico não admitiria que as razões morais e éticas simplesmente poderiam ser incluídas no direito mediante as convicções pessoais do intérprete-

te – o que seria certificado pelo procedimento argumentativo proposto por Alexy –, mas que as razões morais e éticas já são parte do direito, consistindo em elementos que proporcionam a autonomia do sistema ou o âmbito de moralidade que sugere Dworkin. (MORAIS, 2013, p. 262-263).

Conforme já mencionado nesta pesquisa, “a responsabilidade política dos juízes emergem da ideia de integridade do Direito. Sendo assim, os juízes, ao tomarem suas decisões, devem sentir-se politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade.” (LOPES, 2014, p. 76).

Além disso, a atuação dos juízes deve se dar de forma que permita a construção de respostas constitucionalmente adequadas, também relacionada com a ideia de resposta correta, mas que Lênio Streck prefere denominá-la de resposta adequada à Constituição, interligando as teorias de Dworkin e Gadamer, que compartilham entendimentos, pois ambos são antidiscrecionários e acreditam na tradição, coerência e na integridade, com o intuito de conter as “contigências” do Direito que têm seduzido os juízes a julgarem pragmaticamente (STRECK, 2017). Ademais, ambos os autores não dividem interpretação de aplicação.

[...] a resposta correta (adequada) tem um grau de abrangência que evita decisões ad hoc. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do Direito a partir da força normativa da Constituição. (STRECK, 2017, p. 687).

Destarte, “do mesmo modo que há o dever fundamental de justificar/motivar as decisões, existe também o direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas à Constituição. Há uma relação umbilical entre esse dever fundamental e esse direito fundamental.” (STRECK, 2017, p. 687-688). A ligação entre os dois aspectos representa uma “blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despitoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais.” (STRECK, 2017, p. 688).

A combinação entre o dever de fundamentar, motivar e justificar as decisões e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas e adequadas constitucionalmente evita a discricionariedade e qualquer comportamento solipsista, fundando no paradigma filosófico sujeito-objeto, tendo em vista a substituição pelas condições histórico-concretas e considerando a importância da tradição, da coerência e da integridade do Direito com base na hermenêutica jurídico-filosófica (LOPES, 2014).

O direito fundamental a uma resposta correta, mais do que um assentamento de uma perspectiva democrática (portanto, de tratamento equânime, de respeito ao contraditório e à produção democrática legislativa) é um 'produto' filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto, predominantes nas suas metafísicas. (STRECK, 2017, p. 620).

Cabe mencionar que o direito fundamental a uma resposta correta não significa que ela deve ser definitiva, o que, de acordo com a hermenêutica filosófica, provocaria um congelamento dos sentidos e seria o sequestro da temporalidade (LOPES, 2014).

Desta forma, a decisão (resposta) baseada em Lênio Streck (2017) é adequada quando for respeitada, ao máximo, a autonomia do direito produzido democraticamente, evitada a discricionariedade, abolida qualquer arbitrariedade, respeitando-se a coerência e a integralidade do direito, a partir da fundamentação efetiva. Através disso, a Teoria Crítica de Lênio Streck, pode ser um caminho a ser perseguido na busca pela atuação judicial democrática e constitucionalmente comprometida que se distancie de posturas adeptas da discricionariedade judicial, como a importada ponderação alexyana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Hermenêutica Jurídica tradicional, fundamentada no paradigma jusfilosófico positivista, foi elaborada com intuito de estabelecer a neutralidade do intérprete, através de métodos científicos que têm por objetivo afastar, senão reduzir, as influências das preferências pessoais no processo hermenêutico. Do mesmo modo, ante as críticas e as possibilidades ocasionadas pelo legalismo acrítico, inclusive sendo utilizada como subterfúgios para autoritarismos, aliada à complexidade da sociedade pós-moderna, viu-se a necessidade de superação deste paradigma.

Portanto, surgiram juristas, doutrinadores e jusfilósofos enunciando o pós-positivismo na tentativa de reaproximação do direito com outras áreas, bem como trazendo normatividade jurídica aos princípios, incluindo-os como padrões normativos dentro da ordem jurídica. Além disso, a dignidade da pessoa humana e a necessidade de concretização dos direitos fundamentais, associadas ao Constitucionalismo Contemporâneo, ocasionou, dentro do Direito constitucional, o surgimento do *neoconstitucionalismo*, tendo como substrato teórico o pós-positivismo.

Destarte, é possível identificar com as posições denominadas *neoconstitucionalistas* três mudanças paradigmáticas pela constitucionalização do direito: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional, elegendo o Poder Judiciário como guardião e a reelaboração da interpretação constitucional.

Com as mudanças ocasionadas na Teoria do Direito, começa-se a pensar em uma Nova Hermenêutica, notadamente no âmbito constitucional, que possa garantir a efetiva concretização dos Direitos Fundamentais. Diante disso, novos métodos e critérios hermenêuticos são pensados para atender os anseios do

novo paradigma jusfilosófico, inclusive a ponderação alexyana, com fundamento na distinção de regras e princípios, ambos como padrões normativos, colocando, na maioria das vezes, a estrutura dos Direitos Fundamentais como princípios, reconhecidos como mandamentos de otimização, impondo ao intérprete a sua concretização somente mediante esquemas de sopesamentos.

Ocorre que o Direito Constitucional foi tomado por princípios da argumentação jurídica, como é o caso das teorias alexyanas da ponderação entre princípios em caso de colisão. No entanto, são desenvolvidas diversas teses/teorias, por vezes incompatíveis entre si. Além disso, os juristas seguidores da ideia acerca da ponderação não percebem a ênfase dada à discricionariedade judicial.

O suporte filosófico destas teorias ainda estaria muito influenciado pelo esquema sujeito-objeto. Mesmo com o avanço da doutrina neoconstitucionalista, revigorou-se uma das características do positivismo jurídico: a discricionariedade judicial. Conquanto, a discricionariedade judicial é inconciliável com a democracia, visto que esta presume o exercício do poder transparente e que possibilite o controle intersubjetivo.

Desta forma, embora seja evidente a disseminação das teorias alexyanas ao redor do mundo, são identificadas diversas críticas a Robert Alexy na doutrina nacional e internacional, dentre as quais, o argumento acerca de uma verdadeira inconsistência metodológica na ponderação de bens ou de valores, traduzindo-se em um simples procedimento formal que não oferece ao intérprete as pautas materiais para a solução dos casos concretos. Em verdade, segundo essa vertente crítica, a técnica da ponderação entre princípios não é capaz de impor critérios racionais e objetivos para que seja possível chegar à determinada decisão, o que acaba por conferir ao juiz exagerada margem de discricionariedade na eleição dos princípios que devem prevalecer no caso concreto.

Outrossim, a discricionariedade judicial contemplada por Alexy não seria superada nem mesmo pelo esquema argumentativo procedimental através de sua Teoria da Argumentação Jurídica, já que seria capaz de se conformar com várias respostas corretas. Outra crítica bastante pertinente que se desenvolve à Nova Hermenêutica é a exagerada conferência de poder ao Poder Judiciário. Considera-se importante, ainda, o argumento de que ocorre um real esvaziamento dos direitos fundamentais com a utilização da técnica da ponderação, ao tornar os direitos fundamentais relativos e subordinados a uma espécie de reserva de ponderação, uma vez que somente através do sopesamento é que teriam concretização.

Além disso, denota-se a má aplicação e compreensão da teoria de Robert Alexy na jurisprudência e doutrina brasileira. Da forma desacertada em que ela se propaga no Brasil, contribui para a permanência da concepção do julgador como sujeito solipsista, que, primeiro decide, de acordo com seu convencimento e discricionariedade, e, depois, fundamenta, utilizando-se dos princípios como argumentos aleatórios para a tomada de decisões.

Nesse sentido, verifica-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade ou não de prisão após o julgamento do acusado em segunda instância para fins de cumprimento de pena quando fixado o regime fechado. Da referida decisão, foi possível perceber a manipulação e argumentação de princípios a fim de fundamentar uma decisão “política” que já havia sido tomada antes mesmo de os julgadores proferirem seu voto em plenário, o que evidencia a afirmação de que, no Brasil, a aplicação da proporcionalidade é, muitas vezes, subterfúgio para tomada de decisões judiciais que envolvem muito mais política do que concretização dos direitos fundamentais, utilizando-se de argumentos de princípios para fundamentar o que já foi decidido.

Ainda, convém ressaltar que, embora no caso em comento existisse um

conflito entre princípios, estando em rota de colisão o princípio da Presunção de Inocência e da efetividade da Justiça Criminal, na decisão do STF, mais uma vez, não foi possível observar o percurso do procedimento da proporcionalidade de Alexy para que houvesse a relação de precedência entre um e outro originando-se a Lei da Colisão. Tal fato evidencia ainda mais a manutenção da discricionariedade do julgador na concretização dos direitos fundamentais.

Por outro lado, analisando a teoria do Direito de Ronald Dworkin, verifica-se que é avessa à discricionariedade. O autor norte-americano objetiva justamente o combate à discricionariedade que ele visualizou no positivismo hartiano, que, embora suas peculiaridades, é reprimada diante dos inovados meios da Nova Hermenêutica, notadamente evidenciada diante do sopesamento, que, mesmo com o procedimento criado por seu autor da Teoria da Argumentação, não consegue superar o referido problema.

Com a teoria de Dworkin, a interpretação do direito é capaz de gerar uma única resposta correta e, em consequência, desautorizaria a discricionariedade forte, a qual seria inevitável pelos positivistas, bem como a reprimada de tal característica dentro do paradigma jusfilosófico pós-positivista, ainda mais evidente dentro da Nova Hermenêutica *neconstitucionalista*. Além disso, denota-se que, com o aspecto construtivo, histórico e criativo da atividade de interpretação de Dworkin, seja possível superar o esquema sujeito-objeto, criticado por Streck, já que a prática interpretativa deve ser a melhor possível, sem que o intérprete transforme o objeto interpretado naquilo que ele queria que o objeto fosse, uma vez que a interpretação é condicionada pela história, o que intensifica a noção de integridade do Direito.

Com esse pressuposto, denota-se que, com Dworkin, nos casos difíceis, restaria impossível tão somente delegar o poder de decisão ao juiz para que decidisse arbitrariamente ou de acordo com sua discricionariedade,

mas o conjunto de princípios que marcam as convicções morais assumidas pela comunidade a que pertence o referido juiz impõe o dever de decidir com fundamento nesta comunidade de princípios. Portanto, o juiz estaria preso à sua tradição jurídica, o que evidencia sua semelhança com Gadamer.

Há de se ressaltar, porém, que Dworkin não afirma que a única resposta correta não seja mais modificável e nem tampouco ao criar o personagem do juiz Hércules propõe que ele decida os casos sozinho, como protagonista, uma vez que a resposta correta deve ser construída pelas partes em um processo produzido democraticamente. Do mesmo modo, verifica-se que a decisão ou resposta baseada na Teoria Crítica streckiniana será adequada, ou constitucionalmente adequada, quando for respeitada, no possível, a autonomia do direito produzido democraticamente, evitada a discricionariedade, abolida qualquer arbitrariedade, respeitando-se a coerência e a integralidade do direito, bem como a historicidade da comunidade jurídica, a partir da fundamentação efetiva.

Streck fundamenta sua teoria voltada à crítica da discricionariedade das decisões judiciais no Poder Judiciário brasileiro que se apoderam da ponderação de Alexy e de outros métodos interpretativos da Nova Hermenêutica sem se preocupar com a excessiva carga de discricionariedade que ocupam essas teorias. Portanto, a solução apontada pelo jurista brasileiro é notadamente influenciada por Dworkin e Gadamer, no intuito de colocar em xeque a construção da modernidade desenvolvida sobre o binômio sujeito-objeto. Desta forma, verifica-se que ele conduz à reflexão sobre a interpretação exigindo um caráter comunitário, compartilhado e intersubjetivo.

Assim, considera-se que o direito democrático é incompatível com a discricionariedade judicial e o dever de resposta correta exige que o jurista/intérprete apresente o critério mais coerente ao conjunto de princípios

reconhecidos pela tradição jurídica. E, neste ponto, a decisão que abarcar o desafio do caso concreto relacionada com a tradição jurídica, devidamente fundamentada, pode ser considerada como resposta constitucionalmente adequada, ou resposta correta.

Desta forma, identifica-se que a teoria do referido pensador pode ser um caminho a ser perseguido na busca pela atuação judicial democrática e constitucionalmente comprometida, até mesmo porque seus fundamentos estão pautados na Hermenêutica Filosófica gadameriana, aliada à interpretação construtiva de Dworkin.

Não se pode negar, é claro, a importância da utilização dos princípios de interpretação constitucional, que podem até mesmo auxiliar na argumentação jurídica, se introduzidos em uma esfera de racionalidade jurídica, facilitando a coerência e a concretização dos direitos fundamentais, desde que não sejam empregados para resguardar ou garantir a legitimidade de uma atuação discricionária judicial.

O direito não pode ser interpretado e aplicado de acordo com as preferências pessoais do sujeito, mas deve ser resultado da historicidade, da coerência e integridade da comunidade que reconheceu aqueles direitos, a partir de uma análise do caso concreto e das suas peculiaridades. O espaço jurisdicional não pode ser um meio de expressão da subjetividade do intérprete, mas deve possibilitar que a comunidade, os jurisdicionados, tenham conhecimento de como devem agir, em conformidade com o ordenamento, garantindo segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso como Teoria da Fundamentação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ATIENZA, Manuel. As razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ÀVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Rede – Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 17, jan-março 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 31 de agosto de 2019.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, p. 151-179, Jan./mar. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714>. Acesso em 09 de setembro de 2019

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 31 Ago. 2019.

_____. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro, Renovar, 2005b.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 31 Ago. 2019.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 4, n.15, p. 11-47, 2001. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 1 de set de 2019.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Púgliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. Era do Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Else-

vier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação (questão de ordem) nº 2040-1 Distrito Federal. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda [...]. Reclamante: Glória de Los Angeles Treniño Ruiz. Reclamado: Juiz Federal, da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2002. Disponível em: <p://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28GLORIA+TREVI%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y5jlreul. Acesso em: 15 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul. Habeas corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem Denegada. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, decisão 17 setembro de 2003. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/255_Ellwanger%20-%20Voto%20Moreira%20Alves.pdf>. Acesso em: 15 nov 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 126.292 São Paulo. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio Constitucional da Presunção De Inocência (Cf, Art. 5º, Lvii). Sentença Penal Condenatória Confirmada Por Tribunal De Segundo Grau De Jurisdição. Execução Provisória. Possibilidade. Paciente: Marcos Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Coator: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, decisão 17 fevereiro de 2016. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf. Acesso em: 15 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 84078-7 Minas Gerais. Habeas Corpus. Inconstitucionalidade da Chamada “Execução Antecipada Da Pena”. Art. 5º, Lvii, Da Constituição Do Brasil. Dignidade Da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição Do Brasil. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, decisão 05 fev de 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf. Acesso em: 15 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 76060 Santa Catarina. EMENTA: DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA:

estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende - de resto, apenas para obter prova de reforço - submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria. Paciente: Arante José Monteiro Filho. Impetrante: Elisa Pimenta. Coator: Tribunal de Justiça do Paraná. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, DF, decisão 15 maio de 1998. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC\(76060%20.NUME.\)&base=baseAcor-daos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC(76060%20.NUME.)&base=baseAcor-daos). Acesso em: 17 nov. de 2019

CARDOSO, Diego Brito Cardoso. Colisão De Direitos Fundamentais, Ponderação E Proporcionalidade Na Visão De Robert Alexy. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, Rio Grande do Norte, v. 9, n. 1, p. 137 - 155, 5 out. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/10327> Acesso em: 11 de nov de 2019

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos - Princípios de interpretação constitucional. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 230, p. 163-186, out. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46340>>. Acesso em: 01 Out. 2019.

COSTA, Rafael de Oliveira. Hermenêutica Constitucional e Hermenêutica Filosófica: Horizonte da Previsibilidade das Decisões Judiciais. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 44, p. 122-141, jan/jun 2014. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/index>. Acesso em: 09 nov. 2019.

DIAS JÚNIOR, José Armando. Princípios, Regras E Proporcionalidade: Análise e Síntese Das Críticas às Teorias De Ronald Dworkin e de Robert Alexy. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Ceará, v. 27, p. 177-199, 2007. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20425>. Acesso em: 01 out. 2019

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. edição, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Levando os Direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. 1. Ed São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista de informação Legislativa, Brasília, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/189/ril_v48_n189_p105.pdf. Acesso em: 31 agos. 2019.

GALINDO, Bruno. Direitos fundamentais: Análise de sua concretização constitucional. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2006.

GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de direito*. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Gustavo Bicaia de. Augusto Comte e o “positivismo” redescobertos. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 17, n. 34, p. 319-343, out. 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/29365/19128>. Acesso em: 31 ago. 2019.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES, Lorena Lopes. *A inadequada recepção da ponderação Alexyana pelo direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio Sinos – UNISINOS, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4829>. Acesso em: 10 out. 2019.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MASSAQUE, Aristóteles Boaventura da Costa. *A ponderação de valores no contexto da hermenêutica constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, 2017. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/9201-aristoteles-boaventura-da-costa-massaque/file>. Acesso em 10 out. 2019.

MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karan. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. *SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 147-166, ano 2012. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/ponderacao-pretensao-de-correcao-e-argumentacao-o-modelo-de-robert-alexey-para>. Acesso em: 09 nov. de 2019.

MORAIS, Fausto Santos de. Descobrimo o pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, RS, n.1, v. 6, p. 54-62, jan/jun de 2014. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.61.05>. Acesso em: 09 nov. de 2019.

_____. *A proporcionalidade como princípio epocal do direito: o desvelamento da discricionariedade a partir da nova crítica do direito*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio Sinos – UNISINOS, 2010. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2463>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio Sinos – UNISINOS, 2013. Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2013/42007011005P9/TES.PDF>. Acesso em: 15 nov. de 2019.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 247-268, ano 2008. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_247.pdf. Acesso em: 31 de agosto de 2019.

MOTTA, Francisco José Borges. Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio Sinos – UNISINOS, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2447>. Acesso em: 15 nov. de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. Ed. Rev. At. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 12 jul. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Aplicar A “Letra da Lei” É Uma Atitude Positivista? Revista NEJ - Eletrônica, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan-abr 2010a. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em: 26 de abr. 2019

_____. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o "problema da discricionariedade dos juízes. Ânima: Revista Eletrônica da Faculdade de direito da OPET, Curitiba, v. 1, n. 1, [2009?]. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: 2 mai. 2019.

_____. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 343-367, dez. 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>. Acesso em: 09 nov. 2019.

_____. O Direito de Obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Tempos de Crise do Direito: A Necessária Concretização dos Direitos Humanos. Revista Latino-Americana de Direitos Humanos, Belém, v. 1, n.1, p. 93-105, 2010b. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/374>. Acesso em 26 abr. 2019.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan/jul 2003. Disponível em: <https://groups.google.com/forum/#!msg/tgdufc/CubUXN6nl0I/XuZLnO1qmfEJ>. Acesso em: 05 out. de 2019.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, p. 115-143, 2005. Disponível em: <https://constitui->

cao.direito.usp.br/vas-publicacoes/. Acesso em: 05 out. de 2019.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In MACEDO Jr., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). Direito e interpretação. São Paulo: Saraiva, p. 363-380, 2011.

_____. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002, p. 23-50.

VALE, André Rufino do Vale. A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípio e valores. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília – UNB, 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/33531860.pdf>. Acesso em: 09 set. de 2019.

VALENTE, Victor Augusto Estevan. Hermenêutica e interpretação jurídica: teoria geral do direito, neoconstitucionalismo e técnicas judiciais. Curitiba: Juruá, 2017.

Sobre a Autora

Kalita de Castro Rodrigues

Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (2020). Atualmente é advogada - Advocacia Kalita de Castro.

Índice Remissivo

A

alexiana 11, 72, 80, 81, 83, 85, 86, 89, 97, 102, 104
alexianas 78, 81, 104
atuação 36, 37, 66, 67, 70, 101, 102, 108

C

ciência 15, 19, 23, 31, 99, 109
científico 16, 61, 62, 99
comunidade 17, 18, 28, 38, 76, 83, 92, 94, 101, 107, 108
conceito 16, 26, 31, 33, 48, 49, 56, 76, 86, 92, 99, 100
constitucionais 28, 29, 30, 32, 34, 35, 37, 39, 55, 61, 62, 65, 66, 75, 83, 94, 101, 110
constitucional 8, 9, 10, 11, 26, 31, 32, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 52, 55, 62, 63, 64, 67, 68, 70, 71, 78, 79, 95, 101, 103, 108, 109, 111, 112, 113, 114
cultura 14, 35, 36

D

decisão 23, 41, 42, 50, 55, 56, 57, 66, 75, 76, 77, 78, 80, 82, 83, 84, 85, 88, 89, 91, 93, 94, 95, 97, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 112
decisões 2, 8, 9, 10, 11, 14, 16, 29, 41, 63, 64, 66, 71, 74, 76, 78, 79, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 94, 96, 101, 102, 105, 107
direito 7, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 36, 37, 40, 47, 50, 51, 55, 57, 58, 63, 67, 68, 70, 71, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 83, 88, 89, 90, 91, 92, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114
direitos 2, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 16, 26, 27, 28, 30, 31, 33, 36, 37, 38, 39, 40, 44, 48, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 64, 66, 67, 68, 70, 71, 73, 74, 77, 79, 81, 83, 89, 91, 93, 94, 98, 103, 105, 106, 108, 109, 113
doutrina 14, 16, 20, 27, 31, 32, 34, 35, 42, 43, 48, 53, 60, 62, 64, 77, 80, 82, 85, 90, 104, 105

E

Estado 3, 11, 13, 14, 15, 16, 26, 31, 40, 54, 65, 69, 76, 78, 87, 97, 109, 111, 112, 114
estudo 12, 13
ética 19, 26, 100

F

filosófico 9, 10, 12, 15, 26, 27, 32, 35, 36, 61, 89, 98, 99, 102, 104

H

hermenêuticas 9, 37, 39, 55, 62

hermenêuticos 9, 10, 31, 64, 67, 98, 103

I

ideologia 13, 29, 32, 35

investigação 8, 10, 11, 50, 71, 90, 95, 96, 97, 99, 111

J

judiciais 2, 8, 9, 10, 11, 16, 64, 76, 78, 85, 86, 88, 89, 96, 105, 107, 114

judiciário 8, 14, 35, 73, 76, 80, 82, 96

juiz 10, 14, 17, 20, 23, 57, 64, 70, 73, 76, 77, 78, 79, 89, 91, 92, 93, 94, 96, 98, 104, 106, 107

juízes 29, 69, 74, 76, 78, 90, 91, 92, 94, 96, 100, 101, 113

jurídica 7, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 23, 24, 26, 27, 29, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 44, 46, 48, 49, 52, 53, 54, 55, 58, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 71, 76, 77, 78, 81, 82, 86, 87, 88, 89, 91, 92, 96, 97, 99, 103, 104, 107, 108, 114

jurídicas 10, 17, 18, 21, 29, 32, 35, 36, 41, 44, 45, 49, 55, 57, 60, 65, 77, 86, 92

jurídico 6, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 37, 39, 41, 51, 52, 53, 61, 65, 67, 81, 84, 86, 87, 88, 91, 92, 97, 100, 102, 104

jurídicos 8, 12, 15, 16, 18, 29, 32, 34, 35, 40, 41, 47, 48, 56, 58, 60, 77, 83, 84, 86, 98

jurisprudência 10, 11, 21, 24, 61, 62, 67, 80, 82, 84, 86, 92, 94, 95, 105

jusfilosófico 11, 26, 33, 37, 38, 40, 77, 99, 103, 106, 111

jusnaturalista 13

justiça 13, 19, 27, 31, 41, 84, 94

Justiça 13, 19, 74, 106, 110, 111

L

legislação 16

legislador 12, 14, 21, 22, 36, 39, 66, 67

lei 10, 12, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 49, 50, 51, 57, 60, 62, 78, 82, 84, 85

Lei 6, 12, 13, 14, 20, 48, 68, 72, 106, 113

M

métodos 8, 9, 10, 31, 34, 38, 40, 61, 62, 64, 71, 80, 96, 103, 107

moral 15, 19, 26, 28, 32, 91, 92, 100

N

neoconstitucionalismo 8, 9, 10, 11, 12, 28, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 68, 70, 71, 79, 96, 103, 113, 114

norma 13, 14, 16, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 36, 37, 43, 44, 48, 51, 53, 55, 57, 58, 62, 67, 78, 91, 98, 99

O

ordenamento 9, 16, 19, 20, 29, 30, 35, 36, 37, 39, 41, 51, 52, 53, 65, 70, 81, 108

P

paradigma 8, 9, 10, 12, 26, 27, 30, 35, 37, 38, 39, 40, 53, 55, 61, 64, 71, 77, 81, 85, 89, 98, 102, 103, 104, 106, 111

poder 9, 12, 14, 17, 20, 33, 37, 45, 76, 87, 89, 90, 91, 95, 100, 104, 105, 106

Poder Judiciário 8, 10, 37, 64, 71, 78, 83, 103, 105, 107

políticas 16, 30, 35, 37, 53, 55, 109

positivismo 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 36, 39, 41, 64, 70, 76, 77, 79, 91, 92, 96, 103, 104, 106, 111, 112

práticas 16, 64, 90, 92

princípios 8, 9, 10, 11, 12, 13, 22, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 67, 68, 71, 72, 73, 75, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 91, 92, 94, 95, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110

processo 14, 23, 25, 36, 38, 40, 43, 44, 50, 83, 95, 103, 107, 110, 111, 113

R

realidade 15, 16, 26, 34, 46, 98

regra 17, 18, 30, 41, 42, 44, 48, 49, 50, 51, 55, 58, 72, 74, 76, 77, 78, 82, 86

regras 6, 9, 10, 11, 17, 18, 20, 26, 27, 29, 30, 31, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 58, 61, 62, 63, 71, 72, 76, 89, 90, 91, 92, 93, 100, 104, 109, 113, 114

restrições 54, 55, 57, 59, 68

S

segurança 12, 13, 31, 52, 75, 76, 78, 82, 83, 95, 108

sociais 13, 14, 16, 30, 32, 35, 37

social 26

sociedade 9, 11, 12, 13, 17, 26, 30, 53, 74, 75, 90, 101, 103

T

tribunais 78, 85, 90, 94



AYA EDITORA
2023