III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO

KARYNA BATISTA SPOSATO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Karyna Batista Sposato; Lucas Catib De laurentiis; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-296-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Argumentação. 3. Realismo. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os textos aqui reunidos foram apresentados no Grupo de trabalho “Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico”, atividade que integrou o III Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduacao em Direito (Conpedi). Os trabalhos tratam questões como positivismo jurídico, interpretação, ativismo judicial, direito à saúde, educação, teoria da ponderação e dos princípios. A grande variedade de temas e a multiplicidade de pontos de vista e abordagens demonstram a importância científica e a relevância deste evento. Os debates e apresentações foram extremamente ricos e importantes para o desenvolvimento de novas ideias e perspectivas para as teorias da justiça e o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Tudo isso vem reforçar a riqueza dos Encontros organizados pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduacao em Direito, atividade que congrega professores, pesquisadores e estudantes de todas as regiões do país. Em seu novo formato digital, o Encontro do Conpedi já está consolidado como um espaço genuíno de desenvolvimento da ciência jurídica brasileira com base em debates de alto nível e excelência acadêmica. Em tempos de Pandemia e de extremismos políticos, esta iniciativa mostra ter extrema relevância científica e política para o direito e a sociedade brasileira.

Desejamos a todos a uma excelente leitura!

Prof. Dra. Karyna Batista Sposato

Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Prof. Dr. Lucas Catib de Laurentiis

Professor e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas)

Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva

Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

A REDUÇÃO DOS ESPAÇOS DE DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA NO BRASIL: UMA PERCEPÇÃO ALÉM DA APLICAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA

REDUCING THE SPACES OF LEGAL DISCRICTION IN BRAZIL: A PERCEPTION BEYOND THE PRINCIPIOLOGICAL APPLICATION

Hamilton da Cunha Iribure Júnior [1]
Rodrigo Pedroso Barbosa [2]
Douglas de Morais Silva [3]

Resumo

O presente artigo tem como escopo a problematização do conceito e da proliferação dos princípios utilizados na prática jurídica brasileira para, a partir disso, discutir seu papel na redução dos espaços de discricionariedade judicial. O marco teórico empregado repousa no pensamento de Ronald Dworkin em contraponto com a teoria de Hart. A problemática situa-se na investigação acerca dos espaços de discricionariedade para a aplicação do direito, com vistas à um estreitamento principiológico. Aplicando a metodologia analítico-dedutiva conclui-se que os princípios apresentam espaços argumentativos que permitem o controle das decisões judiciais, que retiram seu conteúdo normativo de uma vivência intersubjetiva.

Palavras-chave: Discricionariedade, Decisão judicial, Princípios, Argumentação, Conteúdo normativo

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to discuss the concept and the proliferation of principles used in Brazilian legal practice to discuss its role in reducing the spaces of judicial discretionary. The theoretical framework employed rests on the thinking of Ronald Dworkin as a counterpoint to Hart's theory. The problem lies in the investigation of the spaces of discretion for the application of law, with a view to a principled narrowing. Applying the analytical-deductive methodology, it is concluded that the principles present argumentative spaces that allow the control of judicial decisions which remove their normative content from an intersubjective experience.

---

[1] Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Docente da Graduação e Mestrado da FDSM. Coordenador Científico do Grupo de Pesquisas CNPq SAPERE AUDE. Advogado. Consultor Jurídico. Palestrante.

[2] Mestre em Direito Constitucional pelo PPGD/FDSM. Membro do Grupo de Pesquisas CNPq SAPERE AUDE. Professor Universitário. Consultor Jurídico. Membro da Comissão de Direito Penal da OAB/MG. Advogado.

[3] Bacharelando em Direito pela FDSM. Membro do Grupo de Pesquisas CNPq SAPERE AUDE. Pesquisador do Arquivo Nacional. Fundador e Diretor do Grupo de Resgate Histórico e Cultural de Bueno Brandão/MG.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discretionary, Judicial decision, Principles, Argumentation, Normative content

1. INTRODUÇÃO

Em tempos de pós-positivismo, em que o direito passa a assumir um papel de destaque, mormente pelo advento de Constituições compromissórias que visam transformar a realidade social, bem como pela importância que vem ganhando as decisões dos Tribunais Superiores, faz-se necessário discutir as condições de possibilidade de aplicação do direito em tempos de protagonismo judicial. Nesse desiderato, os pontos colocados por Herbert Hart (2009, p. 28) no posfácio de seu célere *O Conceito de Direito*, em resposta a alguns questionamentos de Dworkin, têm aspectos importantes que nos interessam sobremaneira: o papel dos princípios como modo de enfrentamento da discricionariedade judicial.

Não obstante os livros de direito tragam alguma definição acerca do conceito de princípio – juntamente com um rol com vários princípios – fato é que não há uma definição unânime do que sejam os princípios e de sua importância para a obtenção de decisões adequadas à Constituição. Afonso da Silva (2003, p. 612) aduz que, apesar das diversas classificações atinentes aos princípios e que muitas vezes se apresentam como conflitantes, há uma ideia que costuma ser a mesma: a de que os princípios são normas fundamentais de um sistema, enquanto as regras seriam a concretização destes e teriam caráter mais instrumental e menos fundamental. Todavia, há uma falta de clareza do que seja um princípio e seu uso na prática jurídica parece conduzir a uma pluralidade de significados.

No Brasil, tornou-se comum a menção na prática jurídica dos Tribunais e na doutrina (DIDIER, 2015, p. 48; LOPES JR, 2014, p. 155) de que os princípios são mandados de otimização que comportam um sopesamento, uma vez que podem ser cumpridos em diferentes graus, cujo marco teórico advém da teoria dos princípios de Robert Alexy, mas cujos pressupostos não são seguidos à risca no cotidiano forense.

Além disso, a pluralidade de definições (ÁVILA, 2008, p. 64-78) acerca do conceito de princípio, a ideia de que este apresenta uma abertura interpretativa e a não ruptura com a ideia de que os princípios constitucionais não são sucedâneos dos princípios gerais do direito, fazem com que haja o uso desenfreado dos princípios na prática jurídica brasileira, fenômeno denominado por Streck (2012; 2014a) de "*panprincipiologismo*", que permite a qualquer decisão ser adequada, já que bastaria ao intérprete lançar mão da ampla gama principiológica para o caso passar a ser dotado de autoridade.

Nessa esteira, este artigo tem por escopo investigar o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência acerca da utilização dos princípios nas decisões judiciais e qual o

seu papel na redução dos espaços de discricionariedade judicial. Para tanto, percorrerá o seguinte itinerário: a) iniciará com o célere debate entre Dworkin e Hart, demonstrando suas implicações; b) em um segundo momento, analisará a teoria dos princípios de Robert Alexy para, em seguida, confrontá-la com a teoria política de Ronald Dworkin; c) com base na obra de Rafael Thomas de Oliveira (2008), apresenta os conceitos distintos que podem ser dados ao conceito de princípio, tais como i) princípios gerais do direito; ii) princípios jurídico-epistemológicos; iii) princípios pragmáticos-problemáticos, confrontando os primeiros com os princípios constitucionais; d) posteriormente, abordará o problema do "*panprincipiologismo*"; e) por fim, apresentará a importância dada aos princípios (constitucionais) na Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck.

Para se alcançar os objetivos propostos, utiliza-se o método de pesquisa bibliográfica e documental, com a análise de obras jurídicas e julgados por parte dos Tribunais Superiores, valendo-se dos aportes teóricos da Crítica Hermenêutica de Lenio Streck. Assim, espera-se contribuir para a problematização do conceito de princípio e suas implicações práticas, de modo a reduzir sua utilização seletiva e os espaços de discricionariedade judicial na busca de respostas adequadas à Constituição.

2. A RESPOSTA À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: AS ENTRELINHAS PRINCIPIOLÓGICAS DE DWORKIN E HART

O conhecido debate entre Ronald Dworkin e seu antecessor em Oxford, Herbert Hart, inicia-se com o artigo daquele intitulado como – *O Modelo de Regras I* – publicado em 1967, que mais tarde (1977) foi republicado como constante do capítulo 2 de seu livro – *Levando os Direitos a Sério* – como uma crítica às teses centrais de Herbert Hart em sua obra principal *O Conceito de Direito* (SHAPIRO, 2007; MOTTA, 2017).

Aqui não se restringe a todos os argumentos utilizados, mas tão somente aos aportes necessários para demonstrar: i) a distinção entre princípios e regras utilizada por Dworkin e que serviu, mais tarde, como ponto de partida de Robert Alexy, um dos mais influentes jusfilósofos estrangeiros no Brasil; ii) o papel dos princípios (constitucionais) como resposta à discricionariedade judicial.

Dworkin é um grande crítico da teoria de Hart, colocando a obra do positivista no cerne de suas preocupações, mormente pelo fato de ser, à época, "*a mais influente versão do positivismo*" (DWORKIN, 2002, p. XI). Com Dworkin (2002, p. 27-28), podem ser

identificadas três características centrais do positivismo jurídico (IRIBURE JR., 2016, p. 21): a) o direito de uma comunidade se apresenta como um conjunto de regras utilizadas por ela com o intuito de determinar qual conduta será punida ou coagida; b) tal conjunto é coextensivo com o direito, haja vista que se o caso não estiver acobertado por uma regra, ele não poderá ser decidido pela aplicação do direito.

Assim, na ausência de uma regra aplicável ao caso concreto, o mesmo deverá ser decidido por alguma autoridade pública, como o juiz, que exerce seu discernimento pessoal; c) falar que alguém tem uma obrigação jurídica é dizer que seu caso se enquadra em alguma regra jurídica válida.

Nesse diapasão, Hart (2009, p. 91) sustentou que o direito é um sistema composto exclusivamente de regras – sendo que algumas impõem deveres, por dizer respeito a ações (regras primárias) e outras atribuem poderes e permitem a alteração ou criação das primeiras (regras secundárias). As últimas surgem pelas deficiências do sistema que não pode ser solucionado pelas primárias. Isso porque as primeiras apresentam incerteza – já que não há como resolver dúvidas a respeito da existência de uma regra – e são estáticas, na medida em que não indicam o procedimento que permitiria a introdução de novas regras (MOTTA, 2017, p. 99).

Daí a importância, dentre as regras secundárias, das regras de reconhecimento em Hart, que seriam o fundamento de um sistema jurídico (HART, 2009, p. 129), mormente pela circunstância de oferecer às autoridades públicas os "*critérios válidos para a identificação das normas primárias da obrigação*" (HART, 2009, p. 130). Pode-se comparar, didaticamente, as regras de reconhecimento de Hart com a norma fundamental de Kelsen.

Nesse aspecto, Hart desenvolve a tese do direito como instituição social – como simples questão de fato – em que o verdadeiro argumento do direito é empírico e não teórico. Nesses termos, os deveres são criados por regras sociais que ganham normatividade por seu reconhecimento social (MOTTA, 2017, p. 58).

Ademais, Hart (2009, p. 164) também observa que a linguagem expressa pelas regras não é precisa e pode gerar incertezas, o que confere ao intérprete discricionariedade (HART, 2009, p. 166). É o que se pode denominar de "textura aberta". Devido a sua indeterminação, a linguagem possibilitaria certo grau de incerteza ao intérprete, o que lhe possibilita solucionar o caso por meio de uma escolha. Em suma, como o juiz possui poder conferido pela regra de reconhecimento de proceder a uma escolha, caberá a ele decidir o caso concreto do modo que entender melhor.

É aqui que entra a importância do debate com Dworkin: ele reconhece que não apenas as regras são juridicamente vinculantes, mas também os princípios, que são um padrão que deve ser observado, "*não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade*" (DWORKIN, 2002, p. 35). Assim, Dworkin contrapõe Hart ao dizer que há outros fundamentos além das regras que são utilizados nos julgamentos e que também possuem força, ainda que nos casos denominados duvidosos.

Enquanto para Hart os casos duvidosos ou que não apresentam uma solução prevista em uma regra devem ser solucionados pela discrição judicial – que cria direito novo – em Dworkin o juiz tem o dever de articular, pelos princípios, argumentos para a solução do caso concreto. Os princípios forneceriam as bases para a decisão judicial, que são a identificação das preocupações e tradições morais da comunidade que sustentam as regras (OLIVEIRA, 2008, p. 106).

Dworkin observou também que, nos casos difíceis, os juízes recorriam às regras que não fazem parte do direito positivo. Para além das regras – que impõem direitos e obrigações (proíbem, permitem ou facultam algo) – os princípios seriam todos os demais padrões de moralidade política a que as decisões recorrem para decidir os casos que não são abrangidos pelas regras. São, pois, questões de peso (importância), já que conduzem a interpretação para certo caminho (SIMIONI, 2014, p. 335), sendo importantes para interpretação de todas as regras do direito.

Ao contrário de Alexy, que divide as normas apenas em princípios e regras, Dworkin observa que há duas espécies que são recorrentes nas decisões judiciais: a utilização de argumentos justificados por princípios morais e por objetivos políticos, denominados de "*policies*". Assim, ao lado das regras e dos princípios, há também as diretrizes políticas. Enquanto estas dizem respeito a um objetivo a ser alcançado - buscando garantir ou promover alguma situação econômica -, os princípios (argumentos de direito) são argumentos em favor de algum direito, de modo que as decisões devem ser geradas por princípios e não por política.

Como se identifica, então, um princípio em Dworkin? Por meio de uma questão de argumentação: eles são padrões de moralidade política que fundamentam nossas práticas (SIMIONI, 2014, p. 339), que devem ser motivadas de acordo com a capacidade de justificação adequada de uma interpretação do direito. Crê-se que, em que pese a vastidão da obra de Dworkin e de seus desdobramentos, já se faz possível passarmos à análise do conceito de princípio (e seu papel) na teoria de um dos mais influentes jusfilósofos em território nacional.

3. NA ESTEIRA DO CONTRIBUTO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM ROBERT ALEXY

A teoria dos princípios de Robert Alexy é uma das mais influentes na prática jurídica (e nos livros) no Brasil. Em pesquisa livre realizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF), pôde-se encontrar 62 acórdãos que fizeram menção ao seu nome, enquanto nomes como os de Dworkin apareceram 23 vezes; Habermas 08 e Luhmann 03, por exemplo, o que, em tese, demonstra que estes autores exercem menor influência nas decisões da Suprema Corte brasileira. Além da influência na prática jurídica brasileira, a teoria de Alexy também é adotada por grande parte dos juristas. Nesse diapasão, cite-se, por exemplo, a conceituação de Canotilho (1992, p. 1215) no sentido de que os princípios são "*normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas*".

Se, por um lado, as obras de Alexy ganharam grande repercussão e destaque no território nacional, por outro, também não foram livres de críticas, como as objeções de Streck (2013; 2014a) e de Habermas (2001), que estão sinteticamente expostas ao final deste tópico. Além disso, assim como em Dworkin e nos demais marcos teóricos que analisa-se brevemente neste artigo, não faz-se aqui, uma exposição completa da obra de Alexy, mas sim de alguns pontos essenciais e que permitem uma maior compreensão do entendimento majoritário acerca dos princípios (e de seu papel) no Brasil.

O ponto de partida de Alexy é a distinção teórica-estrutural das normas jurídicas em princípios e regras (ALEXY, 1997, p. 86-87). Alexy parte de uma distinção inspirada em Esser e Dworkin entre regras e princípios para que, a partir dela, possa fundamentar um procedimento racional de decisão para os casos considerados difíceis, nos quais o peso dado a um princípio de direito fundamental cede a outro, cuja aplicação é mais forte:

> Toda a construção teórica de Alexy é, no fundo, uma tentativa de conciliar o positivismo normativo de Kelsen com o jusnaturalismo material de Radbruch, por meio de uma teoria procedimentalista da argumentação jurídica, no âmbito da qual a decisão jurídica pode encontrar tanto a sua justificação interna (validade normativa) quanto a sua justificação externa (correção moral). Tudo isso para garantir aracionalidadedas decisões judiciais (SIMIONI, 2014, p. 234-235).

Além disso, a teoria pura do Direito de Kelsen (2012), em seu capítulo oitavo, demonstrou que todo ato de interpretação produz indeterminações, o que faz com que haja problema de escolha de um dos sentidos da norma para a solução do caso concreto. A tentativa de racionalizar tal questão foi trabalhada pela teoria da argumentação jurídica, sendo criadas,

então, uma série de distinções: casos fáceis e casos difíceis, princípios e regras, ponderação e subsunção, dentre outras.

Alexy (1997, p. 87) afirma que a distinção entre princípios e regras é uma distinção entre duas espécies de norma jurídica. Ambas dizem respeito ao "dever-ser" e podem ser formuladas por expressões deônticas do dever, da permissão e da proibição. Mas ao contrário de Dworkin – para quem as regras são normas positivadas nos textos e princípios são questões de moralidade política que justificam as primeiras – em Alexy tanto as regras quanto os princípios são questões de positividade. Mas como distingui-los? Para isso são estabelecidos vários paradigmas.

Quanto ao critério da generalidade, enquanto os princípios são normas com elevado grau de abstração e generalidade, as regras apresentam baixo grau de abstração e generalidade, podendo ser mais facilmente identificáveis. Isso porque, quanto mais aberta for, mais caráter de princípio ela terá; por outro lado, quanto mais fechada for, mais o caráter de regra ela terá. Nesse diapasão, uma norma que fala a respeito da boa-fé seria um princípio, ao passo que aquela que fala sobre a idade limite para ingresso nas forças armadas seria uma regra.

No entanto, dentre outros critérios de distinção apresentados por Alexy, o que mais se destaca é o atinente à diferença qualitativa (a denominada tese forte). Com efeito, o ponto decisivo apresenta os princípios como normas que ordenam que algo deve ser cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas (o caso concreto) e jurídicas (determinadas pelos princípios e regras colidentes).

Nessa esteira, o grau de importância atribuído a um princípio no caso concreto será dado de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, em que o grau de satisfação de um importará em menor grau de satisfação de outro, sem que ambos percam sua validade. Por isso, os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus (ALEXY, 1997, p. 90).

Em caso de conflito entre princípios, deve haver um procedimento racional para sua resolução, que Alexy (2003, p. 5) denominou de ponderação. Ao responder às críticas de Habermas sobre a técnica do balanceamento, Alexy afirmou que este é parte de um princípio mais abrangente: o da proporcionalidade, que consiste em três princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo que todos dão a ideia de otimização. Os dois primeiros dizem respeito às possibilidades fáticas, enquanto o último às jurídicas.

Não obstante a teoria de Alexy ter tido grande aceitação em território nacional, não ficou isenta de críticas tanto por autores brasileiros quanto estrangeiros, destacando-se, por todos, Lenio Streck (2014a) e Habermas (2001). Streck (2014a, p. 556) destaca o fato de que

para se fazer a distinção estrutural operada por Alexy é necessário estar diante de um conceito semântico prévio de norma, de modo que a obrigatoriedade dos princípios não decorre dessa operação. Isso porque a palavra norma representa o produto da interpretação de um texto (norma é evento), que vai se dar pela aplicação de uma regra (orientada por um princípio instituidor). Se estamos certos de que a norma não existe sem interpretação e que esta não se faz sem um caso concreto, não poderá haver um conceito prévio ao caso concreto (2014a, p. 557).

Há também em Streck críticas atinentes à abertura principiológica. Em Alexy (1997, passim), enquanto os princípios são normas que apresentam conteúdo generalizante (abstrato) e as regras possuem conteúdo menos generalizante (fechado), em Streck (2014a, p. 570) é justamente o contrário: os princípios fecham a interpretação, já que toda aplicação de uma regra será feita a partir de seu princípio instituidor (é a regra que abre a interpretação, já que pretende abarcar todos os casos). Por fim, a ponderação também permite arbitrariedade ao intérprete: afinal, quem atribuirá o peso ao princípio?

Por outro lado, as críticas de Habermas (2001, p. 332) podem ser sintetizadas em dois aspectos: i) ao equiparar princípios a valores, há um esvaziamento do seu conteúdo deontológico, porquanto os direitos são elevados a fins e objetivos; ii) a ponderação subtrai as decisões do domínio da justificação para o da correção, isto é, ela produz um juízo de resultado que não se articula com as alternativas de uma decisão correta ou incorreta.

Apesar das críticas a Alexy, este é um dos autores que mais influenciam o direito pátrio, estando sua teoria da ponderação presente em importantes decisões do STF, a exemplo da possibilidade de execução provisória da pena proferida no julgamento do *Habeas Corpus* n. 175.626/SP.

4. O MÉTODO DA PONDERAÇÃO VERSUS A QUESTÃO DO PESO: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS ENTRE DWORKIN E ALEXY

Tendo em vista que o objetivo deste artigo é a problematização do conceito de princípios para, a partir disso, lançar luzes no modo como tal questão se manifesta na prática jurídica, chegou a hora de confrontarmos brevemente as duas posições daqueles que mais se debruçaram a respeito do conceito e do papel dos princípios, no caso, Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Dworkin vê a discricionariedade como um grande problema do positivismo jurídico, notadamente nos casos "*difíceis*", já que – caso não haja uma resposta em uma regra – ao juiz é dado o poder de criar direito novo. Por sua vez, Alexy realiza uma tentativa de conciliar o positivismo normativo de Kelsen com o jusnaturalismo material de Radbruch por meio de um procedimento que permita com que uma decisão seja proferida racionalmente, o que torna necessário traçar alguns pontos que distingam tais concepções, para que não se caia no agulhão teórico de utilizar as duas concepções como se fossem sinônimas.

De início, viu-se que tanto em Dworkin como em Alexy as regras se aplicam no âmbito do tudo ou nada, isto é, ou são válidas ou são inválidas, sendo que sua aplicação se dá no âmbito da subsunção. Todavia, Alexy parte de uma concepção que vê os princípios como mandados de otimização que podem ser cumpridos na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, ao passo que as regras seriam "*mandados de definição*". Esse caráter dos princípios implica na necessidade da ponderação, que é a sua forma de aplicação, enquanto a forma de aplicação das regras seria a subsunção.

No entanto, em Alexy os princípios se manifestam em um caráter lógico previamente delimitado, enquanto em Dworkin a normatividade dos princípios se manifesta argumentativamente no interior dessa atividade interpretativa que é o direito, o que faz com que sua delimitação do conceito de princípio se distancie de Alexy. Além disso, ao se referir à dimensão de peso ou importância, os princípios passam a ter um caráter transcendental que nos remete à ideia de totalidade na qual estamos inseridos (OLIVEIRA, 2008, p. 173).

Outrossim, o conceito de princípio em Alexy não diz nada a respeito da fundamentalidade da norma (SILVA, 2003, p. 613), já que é determinado levando em conta sua estrutura normativa. Dito de outro modo, um princípio pode ser uma "norma fundamental de um sistema" como também não ser. Ao contrário, em Dworkin, é o grau de importância (peso) que determinará os princípios, na medida em que são os padrões de moralidade política que justificam nossas práticas.

Além disso, o método da ponderação faz com que haja uma legitimação da decisão judicial pelo procedimento, já que, caso as três etapas – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – sejam cumpridas, a decisão é legitima. Assim, enquanto para Alexy há uma teoria semântica da norma jurídica, em Dworkin há uma teoria pragmática, esta que parte da ideia de que o direito é uma prática interpretativa, de sorte que uma decisão estará justificada quando obedeça a coerência e a integridade dos princípios que compõem a história institucional da comunidade, o que faz com que cada caso apresente um problema de

equidade, pois gera um compromisso de se levar a história da comunidade em consideração no próximo julgamento e, caso o romance em cadeia seja rompido, há a necessidade de justificação por argumentos de princípios ainda maiores.

5. PARA ALÉM DE UMA BASE PRINCIPIOLÓGICA DECISÓRIA

Conforme explicitado, um dos problemas centrais do positivismo de Hart surgiria nos "*casos difíceis*", em que os juízes não encontrariam uma resposta ao caso concreto com base em uma regra. Nesse caso, em razão de haver uma lacuna legal, estaria o juiz autorizado a preenchê-la por meio da discrição judicial, ou seja, por meio de uma escolha que considere a melhor para aquele caso.

Além disso, também em Kelsen se verifica uma das principais discussões acerca das lacunas, classificadas como ficções (KELSEN, 2012, p. 344). Para ele, tal fato decorre não de uma omissão legal, e sim porque a decisão logicamente possível aparece ao aplicador como inoportuna ou injusta e, por isso, "*este se inclina a admitir que o legislador não previu tal caso, sendo que, se efetivamente o tivesse previsto, por certo teria tomado decisão diferente da que resulta do Direito vigente*" (STRECK, 2014b, p. 154). Daí porque haveria uma divergência entre direito positivo e o outro direito considerado melhor ou justo.

O ordenamento jurídico pátrio previu, no art. 4º., da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, e o art. 3º., do Código de Processo Penal, aduziu que a lei processual permitirá o suprimento pelos princípios gerais do direito. Nesse sentido, afirma Maria Helena Diniz que:

> Quando a analogia e o costume falham no preenchimento da lacuna, o magistrado supre a deficiência da ordem jurídica, adotando princípios gerais do direito, que são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico (DINIZ, 2012, p. 44).

Diz ainda, "*São normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não positivados*" (DINIZ, 2012, p. 96). Como exemplo, Maria Helena Diniz (DINIZ, 2012, p. 95) cita a moralidade administrativa (art. 5º., LXXIII c/c 37, *caput*, CRFB/88 c/c art. 85, CRFB/88); a igualdade de direitos e deveres (art. 5.º, *caput*, CRFB/88); a função social da propriedade (art. 5º., inciso XXIII, 182 e §2º., 184 e 185, parágrafo único, e 186 da CRFB/88), dentre outros.

Mas qual a diferença dos citados "princípios gerais do direito" para os princípios propriamente ditos? Seriam a mesma coisa? Ou os princípios seriam uma decorrência lógica dos princípios gerais do direito? É evidente que todos aqueles que utilizam o direito em sua cotidianidade têm uma noção vaga do que seja um princípio, mas a pergunta acerca de seu papel e de seu real significado permanece encoberta.

Rafael Thomas de Oliveira (2008, p. 31) menciona três significados distintos que podem ser dados ao conceito de princípio: a) princípios gerais do direito; b) princípios jurídico-epistemológicos; c) princípios pragmáticos-problemáticos, que Streck (2017, p. 239) prefere nomear de princípios constitucionais. Isso porque, dependendo da função que se reivindica, o termo princípio pode ser utilizado em âmbitos muito diferentes de denotação.

Para que se possam entender os princípios gerais do direito, faz-se necessário, inicialmente, compreender o jusnaturalismo racionalista e seu projeto de construção do direito pela razão. Os projetos de codificação oitocentistas representavam tal projeto (OLIVEIRA, 2008, p 32), de forma a possibilitar a superação do dogmatismo teleológico medieval ao apresentar o homem racional como legislador de si próprio.

Nesse aspecto, os princípios gerais do direito aparecem como "*reminiscências do projeto jusnaturalista em pleno seio da cultura positivista emergente, como figuras capazes de suprimir as eventuais lacunas existentes no sistema positivado do direito para preservar a completude lógico-sistemática conquistada racionalmente*" (OLIVEIRA, 2008, p. 33).

Destarte, os princípios gerais do direito são impregnados por uma aposta em um mundo paralelo: eles chegam ao ordenamento com a finalidade de solucionar os problemas advindos da insuficiência do modelo exegético (juiz boca da lei) e passam a ser um meio pelo qual o juiz pode decidir naqueles casos em que a solução do caso concreto não encontra resposta em uma lei precisa.

Como observa Streck (2014b, p. 166), enquanto os princípios gerais do direito representam uma autorização para a discricionariedade, já que o juiz não encontrava uma resposta no sistema codificado, os princípios constitucionais se apresentam como uma contraposição à referida discricionariedade. Na medida em que não existem princípios sem regras nem regras sem princípios, a diferença entre ambos é que estes estão contidos naquelas.

Eles, pois, trazem "*à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro*" (STRECK, 2014b, p. 167). O conceito de princípios jurídico-epistemológicos, por sua vez, está relacionado à consolidação do Estado Liberal e à radicação do estatalismo do século XIX, podendo ser descritos em dois níveis

correlatos: a) em um ramo específico do direito (penal, administrativo, etc); b) em projetos epistemológicos, como é o caso da Teoria Pura do Direito de Kelsen (OLIVEIRA, 2008, p. 36).

Eles são epistemológicos pela pretensão de organizar o estudo de determinada disciplina, distinguindo-se dos princípios gerais do direito pelo fato de que não tem a finalidade de suprir lacunas existentes do sistema, mas sim de possibilitar, de modo coerente, o conhecimento de certa disciplina.

Na Teoria Pura do Direito, com o fim de descrever o direito como uma ciência positiva, sem recurso a argumentos morais ou políticos, Hans Kelsen descreve a ordem normativa por um elemento organizador do mundo jurídico, no caso, o princípio da imputação que rege as leis jurídicas, em contraposição ao da causalidade, que diz respeito às leis naturais, mote observado alhures em contraposto à segmentação posta.

Enquanto a proposição jurídica é produzida por meio de uma norma estabelecida por uma autoridade jurídica por meio de um ato de vontade, a lei natural independente de qualquer intervenção dessa espécie (KELSEN, 2009, p. 86).

Em outro giro, o conceito de princípios pragmáticos ou problemáticos é sugerido por Esser (1961, p. 62) ao se referir à concretude de aplicação do direito em face da abstração sistemática. Isso o distancia das concepções anteriores, na medida em que a questão se desloca do elemento abstrato-sistemático para a atividade concreta do juiz, que "*deixa de ter o caráter de uma simples atividade de dedução de conceitos – parte da estrutura sistemática da ordem jurídica – e passa a ser colocada na necessidade de justificação judicial*" (STRECK, 2017, p. 241).

Distinguem-se, conforme Castanheira Neves (2003, p. 108), dos princípios gerais do direito que o positivismo via como axioma jurídico-racional de seu sistema jurídico, porquanto agora são princípios "*normativamente materiais fundantes da própria juridicidade, expressões normativas de 'o direito' em que o sistema jurídico cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade*" (NEVES, 2003, p. 108). Aqui sopesa a fundamental distinção entre a abstração da norma jurídica e o seu viés pragmático-analítico, deduzindo-se, a partir de então, as aplicações ideológicas a que visa o sistema (ANDRADE; CARVALHO JR., 2020, p. 50-51).

Dessa forma, a partir dos significados que podem ser atribuídos aos princípios, é possível estabelecer o campo em que se está trabalhando, de sorte que se conclui que os princípios (jurídicos) não são álibis teóricos que visam suprir a insuficiência das regras (princípios gerais do direito), devendo ser entendidos por meio de uma ruptura paradigmática, isto é, como a instituição do mundo prático no direito que passa a representar o elevado grau de

autonomia que este passou a ter, notadamente no paradigma do segundo "pós-guerra", aliados às novas faces dos sistemas normativos que exsurgem a partir da reconstrução de um novo ideal político e uma conformação topográfica, capitaneada, principalmente, pelo fundamento da dignidade da pessoa humana e preceitos de igual quilate.

6. O PROBLEMA DA PROLIFERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS: O PANPRINCIPIOLOGISMO E O ENFRAQUECIMENTO DA AUTONOMIA DO DIREITO

O que pode ser verificado como decorrência da não compreensão do papel dos princípios (constitucionais) como sucedâneos dos princípios gerais do direito é a proliferação dos mais variados princípios que não apresentam tal característica, isto é, caso feita uma rigorosa verificação, não contribuem para a obtenção de respostas adequadas à Constituição e que atribuam legitimidade à aplicação de um preceito jurídico, já que os princípios demarcam o caminho legítimo de aplicação das regras.

Além disso, a ideia de que os princípios abrem a interpretação – já que apresentam alto grau de abstração e generalidade – contribui para o enfraquecimento da autonomia do direito, uma vez que qualquer resposta passa a ser adequada, pois basta ao magistrado lançar mão de um dos variados princípios criados *ad hoc* para que a decisão seja correta.

O tema relativo à proliferação dos princípios não é recente, ganhando destaque os estudos realizados por Streck (2014a, p. 524 e ss.), que elenca quase 40 "princípios" utilizados na prática forense: a grande maioria deles não passaria por uma filtragem constitucional. Nesse diapasão, em tese de doutorado, Letícia Ritter (2016, p. 119), tendo por recorte teórico os livros de Direito Processual Civil, verificou a existência de 157 princípios devidamente conceituados.

Além de Streck, Luigi Ferrajoli (2012, p. 47), em trabalho realizado em coautoria com Streck e outros, denomina a profusão de princípios como "bolha terminológica", notadamente por entendê-la como uma das consequências do neoconstitucionalismo, a que o autor chama de constitucionalismo argumentativo.

Assim, a criação de tantos princípios

> Pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses "princípios") é transformada em discursos com pretensões de correção [...] caminho perigoso para um retorno à "completude" que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na "ausência" de "leis apropriadas" [...] o intérprete "deve" lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um "princípio" aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo (STRECK, 2014a, p. 545).

Nesse aspecto, citem-se como exemplo os denominados "princípios" do livre convencimento motivado, da verdade real, da confiança do juiz na causa – que tem sido utilizado para o não provimento de recursos – do ativismo judicial, dentre outros, os quais possuem nítidas pretensões de correção.

Destaca-se, por oportuno, este último "*princípio*" aplicável ao Processo Coletivo, sobre o qual autores do porte de Fredie Didier (2010, p. 124) chegam a dizer que são expressões deste princípio a atuação do juiz no controle das políticas públicas, os poderes de flexibilização procedimental e o aumento dos poderes instrutórios do juiz.

O problema do uso indiscriminado dos princípios pode gerar grave insegurança jurídica e enfraquecimento da autonomia do direito, já que qualquer resposta passa a ser possível, uma vez que os recursos podem ser julgados improcedentes pelo argumento de que o juiz de primeira instância está mais próximo dos fatos e, por isso, a apelação será improvida (isto é, o princípio da confiança do juiz na causa pode ser utilizado tanto para condenar quanto para absolver). Do mesmo modo que se permite, com base na verdade real, a aplicação do art. 156, inciso I, do CPP, dando ao juiz a prerrogativa de determinar provas de ofício mesmo que na fase do inquérito policial, em clara violação ao sistema acusatório.

Desse modo, é necessária uma reflexão crítica do modo como os referidos "*princípios*" são utilizados em alguns julgados, uma vez que permitem alto grau de subjetividade ao julgador. Além disso, o que determina os princípios são as vivências fáticas, uma vez que toda carga principiológica será formada a partir da ideia de comum-unidade. A "*resposta adequada à Constituição*" será auferida na medida em que o preceito esteja legitimado pela aplicação do princípio (constitucional) que o institui.

7. OS PRINCÍPIOS NA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: LINHAS DE UMA PROVÁVEL INTRODUÇÃO DO MUNDO PRÁTICO NO DIREITO

A discricionariedade é um ponto presente tanto na Teoria Pura de Kelsen quanto no Conceito de Direito de Hart, já que, enquanto no primeiro o intérprete teria a prerrogativa de proceder à escolha de um dos sentidos jurídicos da norma, no segundo haveria, nos casos difíceis, a possibilidade de o aplicador do direito atuar por meio da discrição judicial, já que quando não há uma regra aplicável diretamente ao caso concreto o juiz pode criar direito novo.

Além disso, percebeu-se também em Alexy que os princípios permitem uma abertura interpretativa, uma vez que ele aceita a tese da abertura textual do direito de Hart e Kelsen, haja vista que um de seus problemas centrais foi o de explorar essa dimensão, a qual seria a porta de entrada – no interior do discurso jurídico – "*para elementos morais ou questões de justiça presentes naquilo que ele chama de discurso prático geral*" (STRECK, 2014a, p. 382).

A persistência, ainda, de parcela da doutrina civilista (DINIZ, 2012, p. 36) em apontar diversos princípios (constitucionais) como sinônimos dos princípios gerais do direito, bem como a indeterminação do conceito dos princípios – e de seu papel – têm contribuído para o enfraquecimento da autonomia do direito e para a profusão desenfreada de "*princípios*" que permite que qualquer decisão jurídica possa ser "*correta*" (constitucionalmente adequada ou, melhor dizendo, em consonância com a Constituição), já que estaria justificada por um "*princípio*".

Por conseguinte, considerando que os princípios representam o elevado grau de legitimidade que o direito assumiu, mormente no paradigma do Estado Democrático de Direito e que podem contribuir para a redução do grau de discricionariedade dos magistrados (por dizerem o caminho legítimo de aplicação de uma regra), pretende-se lançar luzes sobre o conceito de princípio e seu papel a partir dos aportes teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito.

Nessa perspectiva, a partir da Filosofia Hermenêutica de Heidegger e da Hermenêutica Filosófica de Gadamer, bem como da teoria integrativa de Dworkin, a Crítica se situa dentro do giro ontológico-linguístico provocado pela Filosofia, isto é, em um contexto histórico-linguístico em que o sujeito se vê imerso, que fornece e molda um horizonte de sentido, em que a linguagem aparece como condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento (GADAMER, 2001, p. 452).

A partir dessas imbricações, a Crítica Hermenêutica do Direito visa a superar os dualismos "*existentes*" entre: compreender, interpretar e aplicar; sujeito e objeto; casos fáceis e casos difíceis; questões de fato e questões de direito, para citar apenas algumas. Ademais, o grande dilema contemporâneo é o de construir as condições necessárias para que a jurisdição constitucional não se sobreponha ao próprio direito, na medida em que o direito não deve ser e nem é aquilo que os Tribunais dizem que ele é (STRECK, 2009, p. 13).

Em Streck (*2014a*, p. 568), a diferença (e não a cisão) entre regras e princípios parte da descoberta do caráter unificador destes, os quais representam o marco de institucionalização da autonomia do direito. Isso porque as regras não acontecem sem os princípios, que atuam

como condições de possibilidade para concretização do direito. Enquanto as regras regem o caso ao apontar para o que deve e não deve ser feito, os princípios fazem com que a solução dada ao caso seja dotada de autoridade (apontam o caminho legítimo de aplicação da regra).

Quando se diz que os princípios institucionalizam o mundo prático no direito, refere-se à diferença ontológica que implica a pergunta sobre o modo como os princípios acontecem (HEIDEGGER, 2006, p. 37) – eles se darão na abertura do "*ser-aí*" enquanto ser-no-mundo (GADAMER, 2007, p. 92). Isso porque será através dos princípios "que o debate envolvendo o *ethos*, a liberdade, a interpretação e outros problemas que se relacionam mais diretamente à condição humana, são retomados pelo mundo (OLIVEIRA, 2008, p. 186)".

Tal perspectiva faz com que o conceito de princípios na Crítica Hermenêutica do Direito se distancie de um conceito semântico – definido pela abstração ou generalidade e pela colisão em abstrato – que permite um sequestro do mundo prático. Assim, a igualdade (virtude soberana) será um princípio não pelo fato de que determine que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, mas sim porque servirá para dizer o caminho legítimo de determinação das regras, já que, afinal, todo caso jurídico carrega em si a ideia de igualdade.

Desse modo, a legitimidade de uma decisão judicial estará auferida na medida em que demonstre que a regra por ela aplicada é instituída por um princípio (STRECK, 2014a, p. 553). As regras regem o caso, determinando o que deve ser feito, ao passo que os princípios dizem o caminho legítimo de aplicação de uma regra. Assim, se não há regra sem princípio nem princípio sem regra, há, por conseguinte, um fechamento interpretativo.

Um exemplo prático deixa essa questão mais clara. De acordo com o artigo 155 do Código Penal, aquele que subtrai, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, incorre no crime de furto. Ao se aplicar a regra sem um princípio que a institucionaliza, estaríamos permitindo que subtrações sem violência de objetos insignificantes fossem punidas pelo Direito Penal. Assim, a subtração de um pote de manteiga por alguém seria considerado furto.

Ocorre que, ao se aplicar a diferença ontológica à distinção entre princípios e regras, percebe-se que o preceito do artigo 155 do Código Penal passará a ser lido da seguinte maneira: "*Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, desde que haja relevante lesão ao bem jurídico tutelado*". Como os princípios dizem o caminho legítimo de aplicação de uma regra - eles fecham a interpretação -, permite-se uma blindagem à discricionariedade judicial, pois o artigo 155 do Código Penal só será aplicado nos casos de afastamento do princípio da

insignificância, porquanto não há crime sem relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, o que faz com que haja a exclusão da tipicidade material.

Assim, a indevida distinção estrutural produzida pela teoria da argumentação jurídica de Alexy, no sentido de que as regras são aplicadas por subsunção e os princípios por ponderação, acaba por sucumbir o caráter de transcendência dos princípios, na medida em "*não há regras – legítimas – que não estejam, desde logo, suportadas por princípios*" (OLIVEIRA, 2008, p. 212). No fundo, quando se diz que entre regra e princípio há (apenas) uma diferença, uma distinção de natureza "*ontológica, no sentido da fenomenologia hermenêutica – no original, OntologischeDifferentz), é porque regra e princípio se dão, isto é, eles acontecem (na sua norma) no interior do círculo hermenêutico*" (STRECK, 2014a, p. 19).

Desse modo, ao contrário da teoria argumentativa alexyana em que os princípios, devido ao seu alto grau de abstração e generalidade, apresentam uma abertura interpretativa, em Streck (2014a, p. 570) é justamente o contrário, porquanto a aplicação de uma regra será sempre guiada por seu princípio instituidor. E isso se faz em especial ênfase nos tempos atuais de extraordinária e complexa globalização pandêmica (COSTA; SILVA, 2020, p. 96).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em seis etapas, problematizamos o conceito de princípio e sua utilização na prática jurídica brasileira em um sentido transcendental (como algo que sempre acontece no mundo concreto), fato que impossibilita qualquer relação aprisionadora entre sujeito e objeto. Viu-se que o célere debate entre Hart e Dworkin teve como pano de fundo o papel dos princípios na redução dos espaços de discricionariedade judicial, de sorte que, mesmo nos casos em que não haja uma resposta na legislação, o juiz tem o dever de decidir por princípios.

Percebeu-se também que predomina no direito brasileiro, quer na doutrina, quer na jurisprudência, a concepção de que os princípios são mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que, em caso de eventual conflito, demandarão um procedimento racional de decisão: a ponderação.

No entanto, a ideia da colisão em abstrato e da abertura interpretativa dos princípios possibilita que sejam utilizados argumentos exógenos ao direito na justificação das decisões, o que faz com que haja um grande risco à autonomia do direito.

Além disso, outro aspecto peculiar refere-se à utilização do conceito de princípio, que, conforme o sentido atribuído, poderá assumir três significados distintos: a) princípios gerais do

direito; b) princípios jurídico-epistemológicos; c) princípios pragmáticos-problemáticos, fato que faz perceber que os princípios constitucionais não se confundem com os princípios gerais do direito, como parcela dos civilistas parece indicar.

Nesse aspecto, aliás, reside o problema do "*panprincipiologismo"*, que, em razão da proliferação dos mais variados princípios no cotidiano forense, há um consequente enfraquecimento da autonomia do direito, já que na falta de um princípio aplicável o intérprete estaria autorizado a lançar mão da ampla carga principiológica.

Por outro lado, há um salto qualitativo na Crítica Hermenêutica de Streck quando introduz a diferença ontológica heideggeriana na relação entre princípios e regras. Apesar de entre eles haver uma diferença, acontecem em uma unidade que é a antecipação de sentido: não há princípios sem regras nem regras sem princípios, uma vez que estes apontam o caminho legítimo de aplicação daquelas (os princípios são transcendentais). Texto e norma não podem ser compreendidos isoladamente, na medida em que o preceito será compreendido a partir do princípio que o institui, do mesmo modo que o princípio será compreendido em sua regra.

Com efeito, os princípios, ao contrário da teoria da argumentação, operam um fechamento interpretativo, conduzindo à obtenção de respostas corretas – nem a única, nem a melhor, mas adequadas à Constituição, que somente ocorrerão quando for respeitada a coerência e a integridade do direito e a aplicação de uma regra ao caso em análise esteja justificada por um princípio (constitucional) instituidor.

Isso porque os princípios (constitucionais) apresentam espaços argumentativos que permitem o controle das decisões judiciais. Eles retiram seu conteúdo normativo de uma vivência intersubjetiva emanada dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade, sendo, pois, faticizados (vivenciados) pelos participantes da comunidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. J. Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. *Constitutional rights, balancing and rationality*. Ratio Juris, v.16, n. 2, p. 131-140, 2003.Avaliablefrom: <https://is.muni.cz/el/1422/jaro2008/CM218Zk/um/3479707/Alexy_-_Balancing.pdf>. Acessed in: Aug. 8th, 2018.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Etudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, Regis Willyan da Silva; CARVALHO JR., Rovilson Marques de. Tutelas Constitucionais ao objeto da relação contratual: perspectivas e desafios. In: *Direitos Fundamentais em Perspectiva*: Tensão entre Efetividade e Justiça. Hamilton da Cunha Iribure Júnior; Gustavo Silva Xavier (orgs.). 1. ed. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

COSTA, Lilian Reis da; SILVA, Douglas de Morais. Vias alternativas para a resolução de conflitos: esfera das tutelas constitucionais. In: *Direitos Fundamentais em Perspectiva*: Tensão entre Efetividade e Justiça. Hamilton da Cunha Iribure Júnior; Gustavo Silva Xavier (orgs.). 1. ed. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v. 4. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. I.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESSER, Josef. *Principio y Norma em la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Trad.: Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luis; TRINDADE, André Karam (orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva:* Heidegger em retrospectiva. 2. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007.

_____. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Factidad y validez*: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso. Trad.: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2001.

HART, H. L. A. *O conceito de direito.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*: Parte I. 15. ed. Trad.: Marcia Sã Cavalcante Schuback. São Paulo: Vozes, 2006.

IRIBURE JR., Hamilton da Cunha. Democracia, equidade e a questão do mínimo conteúdo da norma jurídica de Direitos Fundamentais. In: *Direitos Humanos, Propriedade Intelectual e Sustentabilidade*. Victor Tejerina Velázquez; Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez; Michele Cristina Souza Achcar Colla de Oliveira (orgs.). Curitiba: Juruá, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: Maria Celeste Cordeiro Santos. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção*: uma revisão crítica da aplicação da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2017.

NEVES, A. Castanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Thomas de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio*: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RITTER, Letícia Mousquer. *O papel do juiz no Estado Democrático de Direito*: perspectivas epistemológicas da função judicial no século XXI. Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

SHAPIRO, Scott J. *The "Hart-Dworkin" Debate. A Short Guide for the Perplexed*: The Social Science Research. Network Electronic Paper Collection, 2007. Avaliable from: <https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf >. Acessed in: April. 8th, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras*:* mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1*, 2003: 307-630. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em 11 de abril de 2021.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. Ainda e sempre o problema da relação “princípio-regra”: uma análise em tempos pós-positivistas. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs). *Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.

_____. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “O Problema da Discricionariedade dos Juízes”*. Anima – revista eletrônica do curso de Direito da OPET, Curitiba, 1. ed., v. 1, p. 383-413. 2009.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luis; TRINDADE, André Karam (orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Verdade e Consenso*: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014a.