Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio

Dilemas da crise do direito

Lenio Luiz Streck

Sumário

1. Considerações preliminares: o papel da crítica e o poder simbólico de um voto de Ministro da Suprema Corte. 2. No princípio, era o pamprincipiologismo. 3. Agora, o inverso: o uso hipossuficiente dos princípios. 4. Sempre, ainda a confusão acerca do que dizem Dworkin e Alexy. 5. De como o que está por trás da tese adotada pelo Ministro é a distinção estrutural entre regra e princípio. 6. Os efeitos colaterais decorrentes do uso hipossuficiente dos princípios. 7.Considerações finais.

1. Considerações preliminares: o papel da crítica e o poder simbólico de um voto de Ministro da Suprema Corte

Exercer a crítica no Direito é uma tarefa difícil. Principalmente em *terrae brasilis*. Por aqui, normalmente é *magister dixti*. Mormente se quem disse é Ministro de Corte Superior. Não conseguimos construir ainda uma cultura em que as decisões judiciais – em especial as do Supremo Tribunal Federal – sofram aquilo que venho denominando de "constrangimentos epistemológicos". O que é "constrangimento epistemológico"? Trata-se de uma forma de, criticamente, colocarmos em xeque decisões que se mostram equivocadas. No fundo, é um modo de dizermos que a "doutrina deve voltar a doutrinar" e não se colocar, simplesmente, na condição de caudatária das decisões tribunalícias. Lembro

Lenio Luiz Streck é Pós-Doutor e Doutor em Direito. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

da decisão do então Min. Humberto Gomes de Barros (AgReg em ERESP n. 279.889), do Superior Tribunal de Justiça, na qual ele dizia: "Não me importa o que pensam os doutrinadores", importando, para ele, apenas o que dizem os Tribunais... Imediatamente divulguei contundente artigo dizendo a Sua Excelência que "importa, sim, o que a doutrina pensa" (STRECK, 2011a). Lançava, então, um repto à comunidade jurídica: a doutrina tem a função de doutrinar. Criticava, também, a cultura de repetição de decisões (ementários, etc.) que se formou no Brasil.

Temos de construir as bases para um pensamento crítico que denuncie equívocos como o voto que abordarei na sequência, da lavra do Min. Luiz Fux. A crítica que exporei não tem a pretensão de ser algo do tipo *J'accuse*, de Émile Zola, em que este fazia contundente manifesto contra a injustiça cometida contra o Cap. Dreyfus. Tem, sim, o objetivo de lançar as bases para a formação de um contraponto a um tipo de dicotomia que começa a se formar na doutrina e na jurisprudência do Brasil: de um lado, a expansão do uso dos princípios (*pamprincipiologismo*); de outro, o seu uso restritivo, cuja tese consta no referido voto do Min. Luiz Fux.

O valor de transcendência de cada decisão do Supremo Tribunal é indiscutível, assim como seu valor simbólico. Ou seja, na medida em que o direito possui DNA – tese que exponho com detalhes em *Verdade e Consenso* (STRECK, 2011b) –, de cada decisão, mormente se for do Supremo Tribunal Federal, extrai-se um princípio. Veja-se um exemplo: o STF concedeu *Habeas Corpus*, invocando algo que não consta no Código Penal: a teoria da *actio libera in causa*. Ou seja, seguisse o STF suas próprias decisões, portanto, respeitasse o STF a origem do direito fruto de suas decisões, teríamos (ou teremos?), a partir de agora, algo inusitado: nunca mais se conseguirá acusar alguém por dolo eventual na hipótese em que o autor dirija embriagado e atropele (e mate). A tese do voto[1]: somente se pode acusar alguém por dolo eventual se ficar demonstrado que o agente "se embriagou com o propósito de cometer um crime". Prova, pois, diabólica. Impossível de se fazer. A velha *actio libera in causa* não é um princípio. E tampouco é uma regra.

Assim, a crítica epistêmica é dirigida a um caso bem recente, a não passar desapercebido pela doutrina. Trata-se do caso da "Lei da Ficha Limpa" (ou "Ficha Suja", como queiram). A tese aqui exposta é a de que o Ministro Luiz Fux se equivocou. Tomo, pois, a coragem de contestar o voto, epistemicamente.

2. No princípio, era o pamprincipiologismo

Contextualizarei. De há muito, ocupo-me em minhas pesquisas da questão que envolve a determinação do conceito de princípio. Mais especificamente, minhas preocupações giram em torno do problema da decisão judicial e da existência ou não do chamado "poder discricionário dos juízes" no momento da solução dos chamados "casos difíceis" (STRECK, 2011b).

Na esteira da construção dessa busca pela determinação do conceito de princípio, deparei-me, mormente nos anos mais recentes, com situações inusitadas. Certamente, a mais pitoresca de todas é aquela que

[1] Trata-se de *Habeas Corpus* (STF, HC 107.801-SP, Primeira Turma, Redator do acórdão: Min. Luiz Fux, Brasília, 6 de set. 2011) em que se questiona a pronúncia por homicídio qualificado na direção de veículo automotor a título de dolo eventual em decorrência de embriaguez alcoólica. A ordem foi concedida, desclassificando o homicídio para a modalidade culposa, aplicando a teoria da *actio libera in causa*, uma vez que não se comprovou o "elemento volitivo" (*sic*). Nos termos do acórdão: "A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo. (...) *In casu*, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, *não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte*" (grifo nosso).

nomeei (em diversos textos e, especialmente, em: *Verdade e Consenso*, 2011b) de *pamprincipiologismo*, uma espécie de patologia especialmente ligada às práticas jurídicas brasileiras e que leva a um uso desmedido de *standards* argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou regrado pela produção democrática do direito, no âmbito da legislação (constitucionalmente adequada). É como se ocorresse uma espécie de "hiperestesia" nos juristas que os levasse a descobrir, por meio da sensibilidade (o senso de justiça, no mais das vezes, sempre é um álibi teórico da realização dos "valores" que subjazem o "Direito"), a melhor solução para os casos jurisdicionalizados.

"Positivação dos valores": assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a "criação" (*sic*), em um segundo momento, de todo tipo de "princípio" (*sic*), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a "pedra filosofal da legitimidade principiológica", da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para resolver os casos difíceis ou "corrigir" (*sic*) as incertezas da linguagem.[2]

Veja-se, nesse sentido, o incontável elenco de "princípios" utilizados largamente na cotidianidade dos tribunais e da doutrina – a maioria deles com nítida pretensão retórico-corretiva, além da tautologia que os conforma. Podem ser citados: *princípio da simetria* (menos um princípio de validade geral e mais um mecanismo *ad hoc* de resolução de controvérsias que tratam da discussão de competências); *princípio da precaução* (nada mais, nada menos que a institucionalização de uma tautologia jurídica; afinal, por que a "precaução" – que poderíamos derivar da velha prudência – seria um "princípio"?); *princípio da não surpresa* (não passa de um enunciado com pretensões performativas, sem qualquer normatividade; de que forma uma demanda é resolvida utilizando o princípio da não surpresa?); *princípio da confiança* (trata-se, nada mais, nada menos, do que a possibilidade de o direito manter a sua força deontológica, o que, registre-se, é muito bom; mas a historicidade do direito já não demanda essa compreensão do intérprete?); *princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente* (interessante nesse *standard* retórico é a expressão "absoluta"); *princípio da afetividade* (esse *prêt-à-portêr* nada mais faz do que escancarar a compreensão do direito como subsidiário a juízos morais; daí a perplexidade: se os princípios constitucionais são deontológicos, como retirar da "afetividade" essa dimensão normativa?); *princípio do processo tempestivo* (mais uma amostra de uma "principiologia" *ad hoc* e sem limites, que confunde meros argumentos ou pontos de vista com princípios jurídicos); *princípio da ubiquidade* (um simples exame na legislação ambiental e na Constituição, assim como em regulamentos dos mais variados acerca da preservação do meio ambiente, aponta para a existência de diferentes modos de proteção ao meio ambiente, inclusive no que tange à relação entre causa e efeito, para dizer o menos); *princípio do fato consumado* (ora, se, por vezes, uma situação já consolidada deve ser mantida – fazendo soçobrar a "suficiência ôntica" de determina regra –, isso não transforma a "consumação" de um fato em padrão que deva ser utilizado "em princípio"; *fosse* válido esse "princípio", estaríamos diante de um incentivo ao não cumprimento das leis, apostando na passagem do tempo ou na ineficiência da justiça); *princípio do deduzido e do dedutível* (basta aqui lembrar que de há muito a filosofia –

[2] Por certo que há contribuições significativas para produção de um espaço onde possa ser construída uma adequada compreensão dos princípios constitucionais no horizonte de uma reconstrução histórico-institucional do direito. Nesse sentido, vale referir, de forma exemplificativa: Nelson Nery Jr., Georges Abboud, Ovídio Baptista da Silva, Dierle Nunes, Francisco Motta, André Cordeiro Leal, Marcelo Cattoni, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Flaviane Magalhães de Barros, Maurício Ramires, Alexandre Morais da Rosa, João Maurício Adeodato, Ingo Sarlet e Rafael Tomaz de Oliveira.

inundada que foi pela linguagem – superou o "dedutivismo"; numa palavra: admitida, *ad argumentandum tantum,* a "validade" do aludido princípio, ficaria ainda a pergunta – nos demais raciocínios/interpretações não se fariam "deduções"?); *princípio da instrumentalidade processual* (trata-se de uma clara herança da filosofia da consciência e de uma leitura equivocada das teses de Von Büllow); *princípio da alteridade* (em termos normativos, em que circunstância essa alteridade, representada pelo "colocar-se no lugar do outro", pode resolver o problema da aplicação de um preceito constitucional?); *princípio da cooperação processual* (aqui, cabe a mais singela pergunta: e se as partes não cooperarem? Em que condições um *standard* desse quilate pode ser efetivamente aplicado? Há sanções no caso de "não cooperação"? Qual será a ilegalidade ou inconstitucionalidade decorrente da sua não aplicação?); *princípio da confiança no juiz da causa* (serve para justificar qualquer decisão: para manter alguém preso e para soltar); *princípio da humanidade* (esse *standard* dispensa comentários pela sua simploriedade); *princípio do autogoverno da magistratura* (trata-se de uma clara tautologia em relação à autonomia administrativa e financeira assegurada pela Constituição ao Poder Judiciário); *princípio da situação excepcional consolidada* (está no *Top Five* do pamprincipiologismo que assola o direito de *terrae brasilis*; cabe a pergunta: um fato consumado supera uma prescrição normativa? Quem vai eleger as circunstâncias excepcionais? O Judiciário? Pensando-se num caráter de "universalização do princípio" ou na sua importância hermenêutica, surge, ainda, a seguinte indagação: quando se poderia reconhecer a normatividade da situação excepcional consolidada? Não poderia ela sempre ser reconhecida quando se pretende uma desoneração da força normativa da Constituição?); *princípio da felicidade* (nesse ponto, o direito brasileiro se torna insuperável: por esse *standard*, a Constituição garante o direito de todos serem felizes...); *princípio lógico do processo civil* (se isso é um princípio, a pergunta que se põe é: o que não é um "princípio"?); *princípio da elasticidade ou adaptabilidade processual* (mais um "princípio" ensejador do protagonismo/ativismo judicial); *princípio da inalterabilidade ou da invariabilidade da sentença* (um breve exame do Código de Processo Civil aponta claramente para essa garantia; parece evidente que uma sentença, depois de publicada, não pode ser alterada, então, por que esse princípio daria essa "segurança" ao utente?); *princípio da adequação* (em que circunstância esse princípio poderia ser aplicado com caráter de normatividade? E como ele seria/será aplicado? A "escolha" é do juiz? E de que modo se poderia recorrer da violação do aludido princípio?).

Efetivamente, a lista é longa. Diria, interminável. Poder-se-iam acrescentar outros, como: da rotatividade; lógico; econômico; da gratuidade judiciária; da aderência ao território; da recursividade; do debate; da celeridade; da preclusão; da preferibilidade do rito ordinário; da finalidade; da busca da verdade; da livre admissibilidade da prova; da comunhão da prova; da avaliação da prova; da imediatidade; da sucumbência; da invariabilidade da sentença; da eventualidade; da ordenação legal; da utilidade; da inalterabilidade; do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; da elasticidade; da adequação do procedimento; para citar apenas esses.

Entretanto, o pamprincipiologismo é apenas uma das faces do problema. Vejamos, agora, a outra.

3. Agora, o inverso: o uso hipossuficiente dos princípios

Com efeito, no julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADIn 4578, o STF parece ter inaugurado uma forma nova de esse fenômeno se manifestar. Ao lado do *uso inflacionado* do conceito de princípio, o voto do Min. Luiz Fux produziu uma espécie

de *retração* que, mais do que representar uma contenção ao *pamprincipiologismo*, manifesta-se como um subproduto desse mesmo fenômeno. Trata-se de uma espécie de "uso hipossuficiente" do conceito de princípio. Já não se sabe o que é mais grave: o *pamprincipialismo* ou a *hipossuficiência* principiológica.

O que seria esse "uso hipossuficiente do conceito de princípio"? Explico: ao invés de nomear qualquer *standard* argumentativo ou qualquer enunciado performático de princípio, o Judiciário passa a negar densidade normativa de princípio àquilo que é, *efetivamente,* um princípio, verdadeiramente um princípio, anunciando-o como uma regra. Aliás, nega-se a qualidade de princípio àquilo que está nominado como princípio pela Constituição!

O que ocorreu, afinal? O julgamento em tela trata da adequação da Lei Complementar nº 115/2010 (a chamada Lei da "Ficha Limpa") à Constituição. Nesse momento, não me preocupa tanto o mérito da ação, mas aquilo que é feito com a Teoria do Direito. Qual é a serventia da Teoria do Direito? Não se trata de uma questão cosmética. Pelo contrário, é da Teoria do Direito que se retiram as condições para construir bons argumentos e fundamentar adequadamente as decisões. Quero dizer: tem-se a discutir o que foi feito da Teoria do Direito dos últimos 50 anos, a tanto ocupar a questão do conceito de princípio e que, agora, no voto do Ministro Fux (ADC 29/DF, ADC 30/DF, ADI 4578/DF), parece não ter muita serventia. Vejam-se as palavras do Ministro:

> "A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII da Constituição deve ser reconhecida, segundo lição de Humberto Ávila, como uma *regra*, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação penal até que transitada em julgado decisão penal condenatória. Concessa venia, *não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo*" (grifo nosso).

Não se vislumbra no enunciado normativo (presunção da inocência) um conteúdo principiológico? Permito-me discordar. A posição exarada pelo ilustrado Ministro sugere claramente uma passagem ao largo de toda a discussão a travar-se no âmbito teórico para saber o que é, efetivamente, um princípio. E o faz com apelo a um argumento de autoridade, baseado numa concepção isolada, no contexto global da teoria e da filosofia do direito, a qual não pode ser tida como dominante. Aliás, a vingar a tese do ilustre jurista citado pelo Ministro, a igualdade – virtude soberana de qualquer democracia, como aparece em Dworkin (1985, 2000) e, numa perspectiva mais clássica, no testemunho de Alexis de Tocqueville sobre a democracia americana – não seria um princípio, mas, sim, um simples postulado! Na verdade, parece difícil sustentar que o próprio Prof. Ávila (2009) concorde com a tese apresentada no aludido voto. Não sei se ele nega(ria) densidade de princípio à presunção da inocência.

Quanto a esse particular, reflitamos: em primeiro lugar, o conceito de regra e princípio em Ávila (2009) não está adstrito à chamada distinção forte, que leva em conta aspectos lógico-estruturais dos modelos normativos. Separando texto de norma, o chamado critério de distinção holística leva em conta diversos elementos, o que permite a Ávila (2009) sustentar a possibilidade de que um único texto produza, ao mesmo tempo, regras e princípios, bem como que esses não estejam necessariamente ligados a um texto. Quando o Ministro Fux afirma, citando Ávila, que a presunção da inocência não é um princípio e, sim, uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória, deixa de lado diversos aspectos da teoria analí-

tica de Ávila (2009). Em primeiro lugar, confunde texto com norma. O excerto por ele trazido é um texto que, embora permita a identificação de uma regra, também permitiria a identificação de um princípio. A identificação da regra estaria relacionada a uma dimensão "imediatamente comportamental", enquanto que a dimensão "finalística" permitiria a identificação de princípios. A metodológica, por sua vez, identificaria um "postulado". Na decisão, inclusive, verifica-se que, independente da regra, há, ali, um princípio. Refiro-me, especificamente, à utilização daquilo que Ávila (2009) chama de "postulados" da "razoabilidade" e da "proporcionalidade". Nesse caso, há de se atentar ao fato de que a diferença – não existente em Alexy (2009), por exemplo – entre ambos está no fato de a "razoabilidade não implicar relação meio-fim", ao contrário da "proporcionalidade". Interessante notar que o Ministro se vale dos dois "postulados" para estruturar sua argumentação. Todavia, jamais saberemos se a "proporcionalidade" (ou, até mesmo, a "razoabilidade") foram corretamente utilizadas, uma vez que a estrutura interna deste discurso, mesmo considerando sua depuração analítica (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), não garante o controle de sua utilização, pois, como no modelo original concebido por Alexy, o peso e todas as escolhas relacionadas deveriam estar sob o controle de regras argumentativas. No particular, tanto a decisão do Min. Luiz Fux quanto a matriz analítica de Ávila (2009) não parecem atender a esse controle.

Dizendo de outro modo, a afirmação de que a presunção de inocência seria uma regra (*sic*) e não um princípio é tão temerária que uniria dois autores completamente antagônicos, como são Robert Alexy e Ronald Dworkin, na mesma trincheira de combate. Ou seja, ambos se uniriam para destruir tal afirmação. Isso porque a grande novidade das teorias contemporâneas sobre os princípios jurídicos foi demonstrar que, mais do que simples fatores de colmatação das lacunas (como ocorria nas posturas metodológicas derivadas do privativismo novecentista), eles são, hoje, *normas jurídicas vinculantes*, presentes em todo momento no contexto de uma comunidade política. Tanto para Dworkin quanto para Alexy – que, certamente, são os autores que mais representativamente se debruçaram sobre o problema do conceito de princípio – existe uma diferença entre a *regra* (que, evidentemente, também é norma) e os *princípios*.

Só para lembrar: cada um dos autores (Dworkin e Alexy) construirá sua posição sob pressupostos metodológicos diferentes que os levarão, no mais das vezes, a identificar pontos distintos para realizar essa diferenciação. No caso de Alexy (2006), sua distinção será *estrutural*, de natureza *semântica*; ao passo que Dworkin (1986) realiza uma distinção de natureza mais fenomenológica (1986).

4. Sempre, ainda a confusão acerca do que dizem Dworkin e Alexy

Para além da crítica que aqui estabeleço, penso que há outro problema do ponto de vista de Dworkin que merece ser considerado, relacionado, com certeza, a uma confusão entre Dworkin e Alexy. A questão diz respeito àquilo que Dworkin (1986) chama de *sense of appropriateness*.

Vou explicar isso melhor: para Dworkin (1986), nem toda norma, pelo simples fato de ser válida, é aplicável a todo e qualquer caso, independentemente da compreensão que se tenha desse caso. Adequabilidade é pertinência da decisão possível ao caso. Ou seja, ainda que numa disputa argumentativa sejam construídas concepções concorrentes sobre como um caso deva ser em princípio decidido (a tal fase interpretativa, como diria Dworkin (1986), embora até mesmo o reconhecimento de decisões judiciais anteriores e mesmo normas legais numa fase pré-interpretativa já é interpretar), exige-se uma coerência de princípio

– como exigência de integridade –, ou seja, reconstruir a história institucional na sua melhor luz.

Assim, quando o Min. Luiz Fux diz que a presunção de inocência é uma regra, ou seja, aplicável em todo e qualquer caso, a fim de supostamente reforçar a normatividade de um princípio, o que ele faz é exatamente o contrário, pois se esquece de que a reconstrução do caso é constitutiva – e não algo meramente externo, subsumível – da decisão a ser corretamente tomada.

Na verdade, ele toma a suposta subsunção como sendo um salto hermenêutico não explicitado argumentativamente. E exatamente porque o modo com que o caso é compreendido fica à sombra de uma discussão sobre o reconhecimento da validade de uma norma e não da sua adequabilidade ou pertinência a um caso concreto. Algo que exige uma coerência de princípio e não uma mera referência a um dispositivo legal ou constitucional ou mesmo a uma decisão judicial anterior. Afinal, mesmo uma decisão judicial anterior somente pode ser considerada um precedente retrospectivamente, nunca prospectivamente, pois não se podem prever todas as hipóteses em que um entendimento jurisprudencial é adequado à solução de casos futuros – problemática que até mesmo Alexy (1983, 2006) reconhece, embora ele veja essa questão como ônus ou inversão de ônus argumentativo.

Enfim, tentar reforçar, reafirmar ou pretender confirmar normatividade a uma norma tratando-a como regra e não como princípio a exigir a consideração dos elementos do caso é correr o risco de, numa situação de imprevisão, justificar inclusive a discricionariedade (que conduz à arbitrariedade). É confundir questões de validade com de adequabilidade, decidindo em abstrato (como se isso fosse possível) um caso concreto. É tentar saltar a linha de Rodes sem justificar o seu ponto de vista normativo, sem fundamentar, enfim, as proposições jurídicas, ou seja, as "diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que o Direito lhes permite, proíbe ou autoriza" (DWORKIN, 1986). Aliás, sem reconhecer sequer de que tipo de divergência se trata, se quanto aos fundamentos, a tal divergência teórica, ou quanto ao que ocorreu, a divergência empírica. Isso porque não há dúvida de que a presunção de inocência é historicamente reconhecida no Direito brasileiro – o que se trata é de se saber, primeiro, qual o sentido normativo a ser atribuído a essa história (uma questão de princípio e de integridade) e, segundo, se ela foi ou não observada num determinado caso (uma questão de adequabilidade).

Numa palavra: tanto as posições de Dworkin quanto as de Alexy estão concordes no sentido de que um dos fatores a diferenciar os princípios das regras diz respeito ao fato de que sua não incidência (ou aplicação) em *um determinado caso concreto* não exclui a possibilidade de sua aplicação em outro, cujo contexto fático-existêncial seja diferente daquele que originou seu afastamento. As regras, por outro lado, se afastadas de um caso, devem, necessariamente, ser afastadas de todos os outros futuros; exigência decorrente de um princípio, que é a igualdade de tratamento. Isso mesmo: a igualdade, que não é uma regra, mas, sim, um princípio.

Para Dworkin (1985, 1986), os princípios representam uma comunidade, vale dizer: uma comunidade política se articula a partir de um conjunto coerente de princípios que justifica e legitima sua ação política. Por isso o Direito pós-bélico (Losano) – o que surge depois da Segunda Guerra – é um novo paradigma. Só não entende isso quem deseja retornar ao século XIX, ao tempo do "império das regras"; aliás, ao tempo do positivismo primitivo-exegético-sintático.

Ora, os princípios possuem uma "dimensão de peso" – como aparece em *Taking Rights Seriously* (DWORKIN, 1977) –, o que significa dizer que, em determinados casos, um princípio terá uma incidência mais forte do que noutro (ou noutros). Isso não impe-

de que, num outro caso com circunstâncias distintas de aplicação, aquele princípio – afastado anteriormente – volte com maior força, dependendo da construção que se faz, com base na reconstrução da cadeia da integridade do direito. É o que tenho chamado de DNA do Direito.

Além de Dworkin, Alexy ressalta essa peculiaridade dos princípios (sequer mencionarei Habermas, radical no sentido de que os princípios são normas, sendo, portanto, deontológicos). Para Alexy, tão citado e tão pouco lido (e menos ainda compreendido) e adepto da distinção semântico-estrutural entre regras e princípios, os princípios valem *prima facie* de forma ampla (mandados de otimização). Circunstâncias concretas podem fazer com que seu âmbito de aplicação seja restringido. Os princípios – que, em algumas passagens da sua *Theorie der Grundrechte* (2006), Alexy (2006) equipara com os próprios direitos fundamentais – encontram-se em rota de colisão, e os critérios de proporcionalidade derivados da ponderação resolvem essa aparente contradição, fazendo com que, em um caso específico, um deles prevaleça. Lembre-se: o resultado da ponderação dos princípios colidentes é uma regra que Alexy (2006) chama de "norma de direito fundamental adscripta" (que, na prática cotidiana da aplicação do Direito, ninguém faz). E lembre-se ainda de que, nos termos da teoria alexyana, essa regra deve servir para resolver casos similares àqueles que ensejaram a ponderação dos princípios colidentes.

5. De como o que está por trás da tese adotada pelo Ministro é a distinção estrutural entre regra e princípio

O que deve ficar claro é que a legitimidade de uma decisão será auferida no momento em que se demonstrar que a regra por ela concretizada é instituída por um princípio. Desse modo, tem-se o seguinte: não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática.

Norma é um conceito interpretativo. Portanto, deve-se ter presente que a normatividade emerge de um quadro factual constituído por regras e princípios. O problema, então, aparecerá ao pretender deduzir os princípios e as regras de um conceito semântico de norma. Quando a expressiva maioria da doutrina distingue – a partir de Alexy – regras e princípios desde o critério estrutural, a partir da ideia de que regras são mandados de definição e princípios são mandados de otimização (e outras distinções criteriológicas), está-se apenas dando uma solução epistemológica para o problema, e não uma solução hermenêutica.

Explicando mais detalhadamente: a distinção estrutural oferece uma resposta sistemática, mas não resolve a questão da concretização propriamente dita. Isso porque deita raízes na velha questão presente a partir do neopositivismo lógico e sua superação pela filosofia da linguagem ordinária. A agravante – que corre em prejuízo à teoria da argumentação que amadrinha e distinção lógico-estrutural – reside na relevante circunstância de que a filosofia da linguagem ordinária apostou na pragmática como um salto para além da plenipotenciariedade das análises sintáticas e semânticas (lembremos que, para o neopositivismo lógico, somente eram científicos os enunciados que passassem pelo filtro da sintaxe e da semântica, desconsiderando totalmente a pragmática), enquanto as teorias da argumentação aposta(va)m, ao mesmo tempo, nas concepções neopositivistas e na filosofia da linguagem ordinária. Ou seja, as teorias da argumentação, nos casos simples, contentam-se com as análises sintático-semânticas (é o caso da subsunção); e quando estão em face de um caso difícil, apelam para a pragmática. Mas somente apelam para esse nível quando o primeiro

não responde às demandas significativas. Ora, a filosofia da linguagem ordinária, ao se dar conta das demandas resultantes desse terceiro nível da semiótica (relação dos usuários com os signos), considerou como estando superado o neopositivismo exatamente porque este se contentava com os dois primeiros níveis (sintático e semântico). A teoria da argumentação jurídica, por sua vez, trabalha, ao mesmo tempo, com as concepções neopositivistas pragmatistas (filosofia da linguagem ordinária), porém faz isso desconsiderando que o neopositivismo não realizava a análise semântica no mesmo nível da linguagem objeto. Ou seja, para o neopositivismo, haveria a necessidade de uma metalinguagem para certificação dos resultados das contradições lógicas da linguagem objeto.

O problema é que, ao ser feita a distinção estrutural, os princípios acabam adquirindo algo que lhes tira a "razão principiológica", isto é, alça-se-lhes a meta-regras, o que faz com que, no fundo, o princípio apenas ingresse no sistema para "revolver insuficiências ônticas" das regras, como ocorre, por exemplo, com a teoria da argumentação jurídica. Afinal, como é sabido, para teoria da argumentação jurídica o problema das regras se resolve por subsunção e o dos princípios, pela ponderação. Isso também se aplica à diferença entre axiologia e deontologia e é por isso que me permito insistir neste ponto: princípios não são valores. Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia, que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras.

Normas serão, assim, o produto de uma dimensão deontológica própria do Direito, já que ele se articula a partir de regras e princípios. Se admitimos ou se estamos de acordo que a noção de pré-compreensão conforma a atividade interpretativa; se estamos de acordo que o novo paradigma de direito tinha que fazer uma ruptura com aquela autonomia formal e se estamos de acordo que os catálogos de direitos fundamentais e demais compromissos com a sociedade democrática (justa e solidária) foram inseridos nas constituições, o modo de fazer isso é compreender que isso só se dá a partir da faticidade, isto é, do mundo prático. Princípios, nesse sentido, são o modo pelo qual toda essa normatividade adquire força normativa para além das suficiências das regras.

Do mesmo modo, não é correto falar em uma axiologia principiológica, mas, sim, em uma deontologia dos princípios, visto que são os princípios que instituem as bases para a normatividade do direito. *Os princípios não autorizam a criação de novas normas jurídicas, ou seja, não necessariamente "criam direito novo", mas são, eles mesmos, já a normatividade do Direito*. São eles os marcos que permitem a compreensão da história institucional do Direito – por isso eles expressam de modo complexo o momento hermenêutico do Direito. A possibilidade de inovação surge apenas no contexto de uma ruptura com o elo que constitui a integridade do Direito, mas que se reconhece legitimada pelo todo conjuntural da história institucional.

A proposta de *diferenciação hermenêutica* – e não *distinção/cisão estrutural* – entre regras e princípios aqui defendida parte da descoberta, que tem raízes na teoria integrativa dworkiniana, do caráter unificador dos princípios: eles são o marco da institucionalização da autonomia do Direito. As regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam como determinantes para concretização do Direito e em todo caso concreto eles devem conduzir para determinação da resposta adequada. *As regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos.* Elas "regram" o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios autorizam essa determinação; eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermeneuticamente – vem do reconhecimento da *legitimidade.* O problema da

resposta adequada/correta, nesse caso, só é resolvido na medida em que seja *descoberto o princípio que institui (legitimamente) a regra do caso*. Não é em vão que a tese da (única) resposta correta proposta por Dworkin (1985) (com a qual concordo apenas em parte) só se constitui em uma teoria da decisão em face da introdução dos princípios no Direito, ou, se se quiser, em face da ruptura com a descrição positivista do Direito como um modelo de regras. De todo modo, os princípios não resolvem – em termos lógico-objetivos – o caso, mas constituem a legitimidade da solução, fazendo com que a decisão seja incorporada ao todo da história institucional do Direito.

6. Os efeitos colaterais decorrentes do uso hipossuficiente dos princípios

Do que foi dito, fica clara a fragilidade do argumento exposto pelo ilustre Ministro da Suprema Corte de *terrae brasilis*, a quem tomo a liberdade de indagar, a partir da breve exposição sobre o melhor da doutrina mundial a respeito de regras e princípios; doutrina recepcionada no Brasil por tantos juristas e tribunais, o seguinte:

1 – se a presunção de inocência é mesmo uma *regra*, como é possível dizer que ela pode ter sua aplicação restringida no caso de condenações confirmadas pelo Tribunal (e os casos de competência originária, seriam o quê?) e, ao mesmo tempo, valer para aqueles que foram condenados pelo juiz singular apenas?

2 – se ela é uma regra, não deveria então também ser afastada nesses casos?

Note-se que o argumento é tão preocupante que melhor ficaria se fosse dito que a presunção de inocência é (mesmo) um princípio: se justificada sua restrição no caso de condenações confirmadas pela segunda instância, conservar-se-ia intacta sua aplicação no âmbito do juiz singular! Todavia, nos termos em que foi formulado no voto, como pode uma regra valer num caso e não valer no outro? Haveria ponderação entre regras, como querem – de forma equivocada – alguns de nossos doutrinadores? Rebaixada à condição de regra, a presunção da inocência entraria em um "processo" de ponderação[3]? E disso exsurgiria que tipo de resultado? Uma "regra da regra"? Mais: afinal, se a ponderação é a forma de realização dos princípios e a subsunção é a forma de realização das regras (isso está em Alexy, com todos os problemas teoréticos que isso acarreta), falar em ponderação de regras não é acabar com a própria distinção entre regras e princípios tornando-os, novamente, indistintos[4]?

Parece-me que o imbróglio teórico gerado pelo voto do Ministro Fux bem representa um verdadeiro "leviatã hermenêutico", isto é, uma guerra constante (lembremos Hobbes) de todas as correntes de aplicação, estudos e interpretação do Direito entre si, a gerar uma confusão sem precedentes, *onde cada um aplica e interpreta como quer o Direito*, desatentos ao fato de que todo problema de constitucionalidade é um problema de poder constituinte. No fundo, mais uma vez venceu o pragmati(ci)smo, derrotando a Teoria do Direito.

Ainda, outras indagações: a) se a presunção de inocência não é um princípio, o devido processo legal também não o é?; b) e a igualdade: seria ela uma regra?; c) na medida em que cada juiz deve obedecer à "regra" da coerência em seus julgamentos, isso quer dizer que, daqui para frente, nos julgamentos do Min. Fux, a "regra" (*sic*) da presunção da inocência pode, em um conflito com um princípio, ou até mesmo com uma regra, soçobrar?; d) uma outra regra pode vir a "derrubar" a presunção da inocência?; e) o que dirão os processualistas-penais de *terrae brasilis*, quando confrontados com essa "hipossuficientização"

[3] Não me deterei em críticas à ponderação alexyana. No conteto, parece bem representativa a crítica de Friedrich Müller (2011, p. 289 et seq): para ele, a ponderação é irracional e favorece o decisionismo.

[4] A defesa da ponderação de regras é feita no Brasil por Humberto Ávila (2009).

do princípio da presunção da inocência, conquista da democracia?

A questão a se discutir aqui não diz respeito ao mérito do julgamento do caso "Ficha Limpa". Nem quero discutir as possibilidades de restrição ou não do direito fundamental à presunção de inocência. A questão é simbólica (lembremo-nos de Cornelius Castoriadis). O que representa, no plano do futuro do Direito em *terrae brasilis*, o exposto no voto do Ministro Luiz Fux? Quais são os efeitos simbólicos disso? Lembremo-nos, aqui também, de Pierre Bourdieu, quando fala do poder de violência simbólica dos discursos.

Nada se deve objetar a que algumas teses sejam construídas de forma pragmati(ci) sta. Essas teses podem fazer sucesso no mundo jurídico. Mas não hão de subjugar décadas de discussões e avanços produzidos na Teoria do Direito. Talvez a maior conquista nesse (e desse) Direito pós-Auschwitz tenha sido, efetivamente, a principiologia constitucional, pela qual ingressa o mundo prático no Direito, com a institucionalização da moral no Direito (não nos esqueçamos de Habermas). Por isso, não se pode vir a dizer que a presunção da inocência não seja um princípio. Por mais "valor" pragmático que isso possa vir a ter. O Direito não sobrevive de pragmati(ci) smos. Direito não é um conjunto de casos isolados. Portanto, o "problema" não é a decisão de um determinado caso, mas, sim, como se decidirão os próximos. Definitivamente, não há grau zero de sentido!

Portanto, o problema é de ordem teórica: maus argumentos podem construir más decisões. E isso é algo que deve ser evitado. Daí o valor da Teoria do Direito. Ou para que ela serve? Indago: por que (e para que) existem tantos Programas de Pós-Graduação em Direito no Brasil? Existem mais de mil e quinhentas teses de doutorado – parcela delas pagas com bolsas custeadas pelo povo e orientadas por prestigiosos professores – sustentando que "princípios não são (ou não podem ser) regras", ou trabalhando essa distinção entre regras e princípios (particularmente, nem concordo com a distinção semântico-estrutural entre regra e princípio, mas isso é assunto para outro momento; para mim, princípios são normas; são, sempre, deontológicos; portanto, não são mandados de otimização!). Deve haver mais de três mil teses de mestrado, feitas no Brasil e no exterior, sustentando essa "questão dos princípios".

De todo modo, é possível dizer que um dos grandes equívocos de algumas teorias jurídicas é o de acreditar que as regras se aplicam por subsunção e os princípios, por ponderação. Como demonstrado, a sustentar isso está a distinção estrutural "regra-princípio". A tese esposada pelo Min. Luiz Fux se encaixa nesse contexto. Consequentemente, disso defluem alguns problemas: primeiro, quem acredita nisso admite que uma regra possa prever todas as hipóteses de aplicação, isto é, acredita que uma regra (lei) pode conter a norma (sentido, que advém de sua concretude). Pior, acredita que uma regra subsiste sem norma, repristinando, com isso, o positivismo sintático-legalista-exegético (aliás, o que é isto, o positivismo jurídico?)[5]. Se-

[5] Permito-me explicar isso melhor: de há muito as minhas críticas têm tido como alvo o positivismo pós-exegético, isto é, aquele positivismo que superou o positivismo das três vertentes (exegese francesa, pandectística alemã e jurisprudência analítica da *common law)*. Ou seja, o positivismo é uma postura *científica* que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O "positivo" a que se refere o termo *positivismo* é entendido aqui como sendo os *fatos* (lembremos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de "empirismo lógico"). Evidentemente, *fatos*, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento. Por isso, sempre considerei muito simplista reduzir a crítica do direito a uma simples superação do deducionismo (subsuntivismo) legalista (e os nomes que a isso se dê). Portanto, tenho apontado minhas baterias contra a principal característica do positivismo pós-exegético, qual seja, *a discricionariedade*. Curiosamente, juristas das mais variadas facções diziam (e isso ainda acontece): se você é contra a discricionariedade dos

gundo, se isso fosse crível, portanto fosse a presunção da inocência uma regra, ela teria que ser afastada na base do "tudo ou nada". Isso quer dizer que, em princípio, não se presume que alguém seja inocente... Poderá haver uma regra (lei) que afaste a presunção da inocência, desde que com ela se contraponha. Terceiro, se os princípios se aplicam por ponderação, antes de serem aplicados – e esses somente se aplicam em caso de colisão (pelo menos segundo Alexy) –, é necessário construir a regra da ponderação, que, ao fim e ao cabo, também será aplicada por subsunção. Ou seja, no final das contas, a subsunção não foi vencida. Qual é o efeito colateral de se acreditar em subsunção? É colocar de lado todas as conquistas do paradigma da linguagem. É render homenagem ao ultrapassado esquema sujeito-objeto (embora, registro, a Teoria do Direito venha passando ao largo da filosofia; na verdade, a parcela considerável da Teoria do Direito vê na filosofia apenas uma capa de sentido, como se filosofia fosse lógica).

Definitivamente, é necessário denunciar que, ao menos em *terrae brasilis*, não existiu até hoje nenhuma aplicação da ponderação propugnada por Alexy (2006). Isso tem que ser dito (até mesmo em favor do mestre alemão). Nunca houve a formação da "norma de direito fundamental adscripta". O que se ensina nas faculdades é uma vulgata da teoria alexiana. E o que se aplica é, no máximo, a *Abwägung* defendida por Philipp Heck (1914), em sua *Interessenjurisprudenz*. Não mais do que isso.

juízes, então defende o legalismo, o exegetismo, o juiz "boca da lei"... Ora, convenhamos, essa "entrega" (ou seria "delegação"?) do poder aos juízes (e, portanto, em favor da discricionariedade interpretativa) não é nem um pouco nova, eis que já estava presente no velho Movimento do Direito Livre, na jurisprudência dos interesses e se aprimorou na jurisprudência dos valores (sem considerar os movimentos realistas no interior da *common law)*. Portanto, minhas críticas se dirigem aos dois principais tipos de positivismo: o exegético e pós-exegético. Este último, sem dúvida, é o mais perigoso.

7. Considerações Finais

Sob qualquer tese, perspectiva ou bandeira teórica que se adotem, persiste um problema fulcral na metodologia (ou teoria) do Direito: o problema das condições da interpretação e da aplicação do Direito. Há fortes indicativos de que parcela significativa dos juristas não se apercebeu do problema paradigmático envolvendo o giro ontológico-linguístico. Um dos pontos centrais está no "problema do esquema sujeito-objeto", para o qual a comunidade jurídica não presta a devida atenção.

É ali, no sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*), que reside o ponto de estofo que impede a superação da cisão entre interpretar e aplicar, assim como os diversos dualismos que, desde Platão, tornam os juristas reféns da dicotomia razão teórica–razão prática. Assim, por exemplo – e isso ficará mais claro no decorrer dessas reflexões –, tanto a tese da plenitude/plenipotenciariedade da lei (juiz como "boca da lei" que conforma o positivismo exegético) como a criatividade (sem limites) do intérprete (que se extrai do voluntarismo/decisionismo interpretativo kelseniano) constituem-se em fatores decisivos da fragilização da autonomia do Direito (ou do grau de autonomia alcançado pelo Direito a partir do segundo pós-guerra). Portanto, a problemática reside na discussão das condições *pelas* quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo.

Não custa lembrar que a aposta na discricionariedade (ainda majoritária na doutrina e jurisprudência), com origem bem definida em Kelsen e Hart, tinha o objetivo, ao mesmo tempo, de "resolver" um problema considerado insolúvel, representado pela razão prática "eivada de solipsismo" (afinal, o sujeito da modernidade sempre se apresentou "consciente-de-si-e-de-sua-certeza-pensante"), e de reafirmar o modelo de regras do positivismo, no interior do qual os princípios (gerais do direito) – equiparados a "valores"[6] – mostravam-se como

[6] A referência reiterada aos "valores" demonstra bem o ranço neokantiano que permeia o imaginário

instrumentos para a confirmação/conformação desse, por assim dizer, "fechamento" sistêmico. Ocorre que, com o advento da "era dos princípios constitucionais" (*sic*) – expressão que alcançou lugar comum especialmente no Direito brasileiro –, consequência não apenas do surgimento de novos textos constitucionais, mas, fundamentalmente, decorrente de uma revolução paradigmática ocorrida no Direito, parcela considerável dos juristas optou por os considerar como *um sucedâneo dos princípios gerais do Direito* ou como sendo o "suporte dos valores da sociedade" (o que seria isso ninguém sabe e tampouco houve alguém que se arriscasse a dizê-lo).

Uma adequada discussão das condições acerca do "controle das decisões judiciais" (e da interpretação do Direito em geral) tem uma direta relação com a distinção "regra-princípio", existindo, no meu entender, duas possibilidades de enfrentamento do tema (que levará, ao final, ao problema da relação entre direito e moral).

Assim, a primeira tese é a da "*continuidade*", pela qual o Direito é um modelo de regras e, por isso, os princípios constitucionais que emergem da tradição do segundo pós-guerra são apenas uma (nova) versão, agora sofisticada, do modelo de princípios gerais do Direito já existente ao tempo das metodologias jurídicas que influenciaram o pensamento jurídico no período que sucedeu a codificação. Nesse caso, os princípios representariam uma espécie de "*reforço" da razão prática* para o Direito e seriam acionados pelo julgador no momento em que as regras codificadas não apresentassem uma resposta imediata para a questão.

Evidentemente, essa tese é problemática, uma vez que funda o problema das vaguezas e ambiguidades em uma razão prática ainda prisioneira do solipsismo do sujeito epistemológico da modernidade. Essa problemática é facilmente identificável na teoria da argumentação jurídica (em especial, a de Alexy) que entende que os princípios são mandados de otimização. No fundo, isso implica afirmar uma continuidade (ou sobrevida) dos velhos princípios gerais, agora acrescentados/recheados com predicados morais, tanto é que, em determinados momentos e circunstâncias, a moral ainda se sobrepõe ao direito (pensemos na fórmula Radbruch apoiada por autores do porte e da importância de Alexy).

Veja-se que ainda hoje – mesmo no campo da assim denominada crítica do Direito – há setores que acreditam na tese de que "é com os princípios que o juiz deixa de ser a boca da lei" (*sic*), como se os princípios fossem esse componente "libertário" da interpretação do Direito (e da decisão dos juízes). Ademais, a tese da "continuidade" trata de forma equivocada o problema do *non liquet,* ao colocar o dever do pronunciamento judicial como uma "autorização para o juiz decidir como melhor lhe aprouver" (despiciendo lembrar o decisionismo kelseniano e a discricionariedade de Hart).

Como contraponto, proponho a "tese da *descontinuidade*" – que penso ser a mais adequada –, pela qual se entende que os princípios constitucionais instituem o *mundo prático* no Direito (que, como já referi alhures, é distinto da razão prática *stricto sensu*[7]) e essa institucionalização representa um ganho qualitativo para o Direito, na medida em que, a partir dessa revolução paradigmática, o juiz tem o dever (*have a duty to,* como diz Dworkin (1985, p. 119-145)) de decidir de forma correta, proble-

daqueles que pretendem fazer uma dogmática jurídica crítica (STRECK, 2011b).

[7] Vale ressaltar que, na hermenêutica de cunho fenomenológico, a ideia de razão prática se dissolve com a morte daquele que a sustenta: o sujeito solipsista. A fenomenologia hermenêutica supera, no que tange ao problema do conhecimento, o solipsismo monadológico do sujeito moderno. A intersubjetividade (mundo compartilhado) manifesta-se no conceito de significância que se apresenta como o responsável pela formação dos projetos de sentidos e significados articulados no discurso. Isso quer dizer que quando produzimos um enunciado já nos movemos antes compreensivamente nessa estrutura múndica chamada significância.

mática que discuto em *Verdade e Consenso* (STRECK, 2011b), amiúde.

Por certo, *a principal preocupação da Teoria do Direito deve ser o controle da interpretação*, problemática agravada pelo crescimento da jurisdição em relação à legislação. O "caso brasileiro" é paradigmático nesse sentido. Se aos princípios é possível debitar esse crescimento tensional, é igualmente neles que reside o modo de, ao mesmo tempo, preservar a autonomia do Direito e a concretização da força normativa da Constituição. Daí a necessidade de um combate hermenêutico à *pamprincipiologia*, que enfraquece sobremodo o caráter concretizador dos princípios, ao criar uma gama incontrolável de *standards* retóricos-persuasivos (na verdade, no mais das vezes, enunciados com pretensões performativas) que possibilitam a erupção de racionalidades judiciais *ad hoc*, com forte cunho discricionário.

Entretanto, como contrapartida, deve haver um cuidado com o manejo dos princípios, que não podem ser transformados em álibis retóricos e, com isso, fragilizar a autonomia minimamente exigida para o direito nessa quadra da história. Tampouco se pode continuar a utilizar a vetusta cisão entre regras – que seriam aplicadas por subsunção – e princípios, esses "aplicados por ponderação".

Aqui, uma pergunta final: será que algum juiz ou tribunal no Brasil já se preocupou em determinar a regra de direito fundamental *adscripta* quando opera com a ponderação? Será que qualquer um deles já aplicou tal regra a outros casos similares? A resposta é óbvia: não há um caso exemplificativo a retratar esse tipo de aplicação. A própria ponderação é uma ficção. É uma máscara para esconder a subjetividade do julgador[8]. Mas, convenha-se: a solução não está no enfraquecimento dos princípios. O remédio contra os males do *pamprincipiologismo* não é o uso hipossuficiente dos princípios. Ao se jogar fora a água da bacia, há que se verificar, antes, se a criança foi retirada!

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen argumentation*: die theorie des rationalen diskurses als theorie der juristischen begründung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.

_____. *Theorie der grundrechte*. 5. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Luis Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University, 1985.

_____. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University, 1996.

_____. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University, 2006.

_____. *Law's empire*. Cambridge: Belknap, 1986.

[8] Esse fato, aliás, é reconhecido pelo próprio Alexy (2008), no *posfácio* da *Teoria dos Direitos Fundamentais* que compõe a edição da tradução para o português, corroborando, assim, aquilo que importantes adeptos de sua teoria da argumentação, como Prieto Sanchís e Manuel Atienza, já afirmavam/aceitavam de há muito, isto é, que a ponderação estava umbilicalmente ligada à discricionariedade judicial: "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. Nesse caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário" (ALEXY, 2008, p. 611). Ainda, o posicionamento de Humberto Ávila (2009) bem demonstra que, no fundo, essa questão de "dimensão de peso dos princípios", intrínseca à ponderação, trata-se, na verdade, de um retorno à discricionariedade: "não são, pois, os princípios que possuem uma *dimensão de peso*: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser *atribuída* uma dimensão de importância. A maioria dos princípios nada diz sobre o peso das razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1977.

_____. *Sovereign virtue*: the theory and practice of equality. Cambridge: Harvard University, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und geltung*: beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

_____. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

_____. *Verdade e justificação*: ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. *Teoría de la acción comunicativa*: complementos y estudios previos. Madrid: Cátedra, 1989.

HECK, Philipp. *Gesetzauslegung und interessenjurisprudenz*. Tübingen: J.c.b. Mohr, 1914.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Crise de paradigmas*: devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. [S.l.]: [s.n.], 2011a. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/10.pdf>. Acesso em: 17 maio 2012.

_____. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

A cada *dimensão de peso* (*dimension of weight*) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador. Vale dizer, a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas *resultado de juízo valorativo do aplicador*" (ÁVILA, 2009, p. 69). Dessa forma, entre tantas objeções que podem ser elencadas à tese de Ávila (2009), uma é fulcral: se dependemos da subjetividade do juiz, por que razão buscar uma teoria dos princípios e um modo de aplicar o direito de forma racional? Ainda: como é possível sustentar que as regras podem ser aplicadas sem princípios e vice-versa? Ou seja: para Ávila (2009), o sistema jurídico possui regras que se bastam. Regras sem princípios. Daí a pergunta: isso não é, explicitamente, uma volta ao positivismo primevo, de caráter sintático? Kelsen, nesse sentido, avançou em relação a esse nível sintático, trabalhando no plano de um positivismo semântico. De todo modo, assim como Ávila (2009), no plano da aplicação, sucumbiu ao discricionarismo, com a diferença, a seu favor (dele, Kelsen), por colocar a ciência no nível da metalinguagem, deixando claros, para o bem e para o mal, os dois níveis (ciência jurídica = metalinguagem; direito = linguagem objeto).