

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

FILIFE RODRIGUES DA SILVA

**PONDERAÇÃO E RETROCESSO: A TEORIA DE
ROBERT ALEXY NO BRASIL**

**Pouso Alegre - MG
2018**

FILIFE RODRIGUES DA SILVA

**PONDERAÇÃO E RETROCESSO: A TEORIA DE ROBERT
ALEXY NO BRASIL**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Rafael Lazzarotto Simioni

**Pouso Alegre - MG
2018**

FILIPPE RODRIGUES DA SILVA

PONDERAÇÃO E RETROCESSO: A TEORIA DE ROBERT ALEXY NO BRASIL

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação ___/___/___

Banca Examinadora

Professor Rafael Lazzarotto Simioni
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Professor
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Professor
Faculdade de Direito do Sul de Minas

**Pouso Alegre – MG
2018**

Àquele que do barro me fez homem
Àquelas que em meus pés calçaram asas
Àqueles em quem achominhas raízes
Àquela que de amor me tinge o ser

AGRADECIMENTOS

Ao Grande Eu Sou, quem me criou com toda sorte de dons para eu chegue aonde quiser e para engrandecimento do Seu Nome.

A Bruna, minha esposa amada, que acompanhou e apoiou cada minuto dessa longa e intensa jornada.

A meu pai e minha mãe, Alan e Lia, exemplos de caráter e pilares da minha formação, sem os quais nada disso seria possível.

Aos meus irmãos, Ismael, Samuel, Mariana e Stephanie, e também meus avós, sr. José e dona Maria, pessoas que simplesmente preenchem minha vida de alegria sem fim.

Ao Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni, não apenas orientador, mas também incentivador, guia e mestre que não poupa esforços até que nossos olhos vejam o que os dele próprio veem.

Aos Profs. Drs. Edson Vieira da Silva Filho e Leandro Corrêa de Oliveira, que mesmo sem saberem foram responsáveis por minha emancipação intelectual até os dias de hoje.

Aos Profs. M.^e. Ricardo Alves de Lima e M.^a Renata Nascimento Gomes, que sempre foram parâmetros para mim durante a graduação.

A Sra. Maria Aparecida Silva Mariosa, amiga de hoje e de sempre.

Amarás, pois, ao Senhor teu Deus de todo o teu coração,
e de toda a tua alma, e de todo o teu entendimento,
e de todas as tuas forças; este é o primeiro mandamento.
E o segundo, semelhante a este, é: Amarás o teu próximo como a ti mesmo.
Não há outro mandamento maior do que estes.
(Bíblia Sagrada - Marcos 12:30-31)

RESUMO

SILVA, Filipe Rodrigues. Ponderação e retrocesso: a teoria de Robert Alexy no Brasil. 2018. 123f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2018.

Este trabalho está inserido na linha de pesquisa da argumentação e da hermenêutica jurídica, permeando o (neo)constitucionalismo, o âmbito dos direitos fundamentais e de opções teóricas feitas pelo Brasil, mais especificamente em relação à ponderação de Robert Alexy. Foi realizada uma reconstrução temporal e histórica sobre o assunto, visualizando superações (ou não) de paradigmas filosóficos, teóricos e jurídicos até chegar à situação jurídica contemporânea, dando ênfase na complexidade da defesa *versus* afastamento de direitos fundamentais com base em decisões judiciais. Isso tudo observando as escolhas teóricas de Robert Alexy, com escopo em progressos e retrocessos que alcançam todas as esferas do Direito, não só no delineamento dos direitos fundamentais, da concepção normativa, mas especificamente da positivação da ponderação no novo Código de Processo Civil, lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 no art. 489, §2º. Concluiu-se que houve má recepção da teoria da ponderação no país, que tais recepções são causa de alta relativização de direitos fundamentais também que a teoria em si possui um déficit de racionalidade estruturante (ainda que baseada em um procedimento inteligível e lógico). Por fim, que sua má recepção no Brasil faz da positivação no código processual umequívoco que dá abertura para retrocessos intensos ao Estado Democrático de Direito que exacerbam o solipsismo e a arbitrariedade, mas também que não há obrigatoriedade alguma do judiciário em relação ao dispositivo em questão dependendo do referencial teórico que o possua.

Palavras-chave: Ponderação. Argumentação e hermenêutica. Solipsismo. Discricionariedade. Arbitrariedade. Retrocesso.

ABSTRACT

SILVA, Filipe Rodrigues. Balancing and retrocession: Robert Alexy's theory on Brazil. 2018. 123f. Conclusion Course Work (Bachelor in law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2018.

This work is inserted in the line of research of juridical argumentation and hermeneutical, permeating the (neo)constitutionalism, the scope of fundamental rights and theoretical options made by Brazil, more specifically in relation to the Balancing of Robert Alexy. A temporal and historical reconstruction had been carried out on the subject, visualizing philosophical, theoretical and juridical paradigm-shattering (or not) until arriving at the contemporary legal situation, emphasizing the complexity of the defense versus the removal of fundamental rights based on judicial decisions. This all, observing the theoretical choices made by Robert Alexy, looking for progress and retrocession that reach all spheres of law, not only in the delineation of fundamental rights, but also in the conceptualization of the balancing in the new Code of Civil Procedure, Law nº 13.105, of March 16, 2015, in article 489, §2º. It was concluded that there was a bad reception of the theory of balancing in the country, that such receptions are cause of high relativization of fundamental rights and also that the theory itself has a deficit of structuring rationality (although based on an intelligible and logical procedure). Lastly, the fact that its poor reception in Brazil makes positivization in the procedural code a misnomer that opens the door for intense Democratic State of Law retrocession which exacerbates solipsism and arbitrariness, but also that there is no obligation for judiciary powder about the legal device in question depending on the theoretical reference that it has.

Key words: *Balancing. Argumentation and hermeneutics. Solipsism. Arbitrariness. Discretion. Retrocession.*

BVerfGE – O Supremo Tribunal Federal Alemão

CPC – Código de Processo Civil

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

TPD – Teoria Pura do Direito

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DAS ORIGENS DA PONDERAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	14
1.1 Raízes históricas	14
1.1.1 Direito Romano - <i>Ratio e occasio legis</i>	14
1.1.2 Phrónesis	15
1.1.3 Prudentia	17
1.1.4 Diferenças conclusivas entre a Phrónesis e a Prudentia	19
1.2 A ponderação de interesses no séc. XIX	20
1.2.1 Superação metodológica pela Jurisprudência dos Interesses	21
1.2.2 Ponderação de interesses	24
1.2.3 Conclusões	26
1.3 A ponderação de valores e ponderação de bens no sec. XX	27
1.4 Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito (TPD)	29
1.5 O neoconstitucionalismo e a ponderação de princípios	32
1.5.1 Desenvolvimento histórico	32
1.5.2 Sobre a vinculação de particulares a direitos fundamentais	36
1.5.3 Enquadramento da ponderação no novo paradigma constitucional	40
2 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY	42
2.1 A Teoria procedimental de Robert Alexy	42
2.1.1 Regras, Princípios e a máxima da proporcionalidade	42
2.1.2 Princípios como mandado de otimização e regras como determinações	43
2.1.3 Distinto caráter prima facie entre regras e princípios	46
2.1.4 A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade	50
2.1.5 Os juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito	54
2.2 O art. 489, §2º e o sentido do dever de ponderação	57
2.2.1 Argumentos a favor	58
2.2.2 Argumentos contrários (por vezes, não tanto assim)	60
3 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	63

3.1	Verdade e consenso - O problema do solipsismo judicial	64
3.1.1	Hermenêutica e ponderação de princípios	64
3.1.2	Intepretação, aplicação e pré-compreensão na hermenêutica	66
3.1.3	Aplicação e decisão	67
3.1.4	Críticas à hermenêutica e a possibilidade de uma teoria da decisão jurídica	68
3.1.5	Metodologia e intepretação jurídica	71
3.1.6	Pós-positivismo e discricionariedade	75
3.1.7	Intepretação e autonomia do direito	78
3.2	O déficit da recepção da teoria da ponderação na jurisprudência brasileira.....	80
3.2.1	Um erro cometido antes mesmo de se ponderar	81
3.2.2	Uma perspectiva cultural (ou comportamental)	83
3.2.3	Discussões já travadas	86
3.2.3.1	Trivisonno e Oliveira.....	87
3.2.3.2	Oliveira e Morais da Rosa	88
3.2.3.3	Novamente, Trivisonno e Oliveira	90
3.2.3.4	Fausto Santos de Morais.....	91
3.3	A ponderação de princípios e o retorno a Hans Kelsen	92
3.4	O problema do panprincipiologismo.....	94
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
	REFERÊNCIAS	120

INTRODUÇÃO

Francisco Rezek, em ocasião do 20º Congresso Jurídico da FDSM, convidado a abrir o evento que trazia como tema os 30 anos da Constituição no Brasil, asseverou que no momento em que os poderes executivo e legislativo encontram-se em fragilidade, o judiciário tende a se mostrar um poder mais forte. Ocorre que o cenário político atual é exatamente esse e o poder de juízes e ministros potencializou-se exponencialmente.

Entretanto, simultaneamente, vive-se no Brasil uma grande insegurança jurídica advinda justamente do judiciário. Tal realidade é altamente preocupante, pois observa-se a hipertrofia poder volátil, discricionário e com decisões completamente díspares muitas vezes proferidas sobre assuntos teoricamente idênticos. Advogados das mais diversas esferas demonstram um sentimento de jogo de sorte, do qual normalmente não se sabe o que esperar. Todavia, há pontos específicos que podem ser tratados sobre a discricionariedade judicial e um deles é base dos próximos capítulos.

Explicando melhor, há temas nevrálgicos do mundo jurídico, no campo das ideias, das construções teóricas e filosóficas e da fundamentação judicial constitucionalmente esperada, que são base para deslinde do que o direito é e do que deve ser. No contexto neoconstitucional, vislumbrando o patamar normativo em que a Constituição foi colocada são necessárias também novas leituras e interpretações da norma.

O grande movimento das teorias argumentativas após Hans Kelsen trouxe diversas visões substanciais e procedimentais sobre como resolver as questões práticas no direito, ou seja, como trazer a realidade fática ao direito e às decisões judiciais. A visão de Robert Alexy sobre o que são as normas, regras, princípios e como devem ser interpretados para completude do direito é uma delas. Ocorre que sua proposta de ponderação - balanceamento e escolha de uma norma-princípio em detrimento de outra - tornou-se referência de ampla utilização nos discursos jurídicos brasileiros, tomando o vocabulário de juristas do *Oiapoque ao Chui*.

Ocorre que as teorizações argumentativas de Robert Alexy passam atualmente por intensas críticas de diversos vieses diferentes, principalmente observando suas características de relativização de direitos fundamentais, de que sua proposta de racionalidade tem na verdade um déficit facilmente visualizável e de promover ampliação da (ou retorno à) discricionariedade do decisor.

A discricionariedade como abertura decisional ainda está um passo atrás da arbitrariedade em si, aquela que um ou outro magistrado (ou magistrada) ainda ousa avocar sentindo-se herói da nação, ou na certeza de ser ou estar acima do próprio direito. Independente de decisões teratológicas nesse sentido, o anseio e empenho sobre o tema do ativismo judicial e da discricionariedade ‘dentro da lei’ é nascedouro dessa obra, que se impõe contra uma realidade judicial confusa que parece ser alimentada por ponderações (dentro ou fora do referencial alexyano).

Em meio a isso, no uso da ponderação, observa-se que desde o campus acadêmico até às cadeiras ministradas, são raras, *p.e.*, menções a qualquer dos juízos de adequação ou necessidade essenciais ao desfecho proposto por Robert Alexy com a proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras, sua teoria, que deveria trazer racionalidade às decisões judiciais e que já é questionada no modelo original, tem evidência clara de utilização com critérios equivocados (ou sem critérios) no Brasil. Assim, não é difícil encontrar julgado com a ponderação sendo aplicada de forma indiscriminada, em qualquer conflito de norma principiológica analisado pelo Estado.

Porém, o assunto fica ainda mais intenso com a determinação expressa no Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, em seu art. 489, §2º, que institui a ponderação como método de decisão judicial para colisão de normas. E simplesmente... normas.

Originalmente, os únicos fatos que podem alcançar a última etapa, a ponderação em si, são conflitos de intensa carga substancial, que demandam um estudo altamente apurado e que não apresentam outra saída além da escolha de um direito fundamental em detrimento do outro. Mas a resolução de ‘conflito’ de regras tem outra resolução extremamente aquém disso, como critérios de temporalidade ou especialidade. Ou seja, o novoinstituto parece permitir que haja

'colisões' de regras¹, o que, como será aprofundado amiúde, trata-se claramente de um imbróglio.

Por esses e outros motivos, o que se segue é mais uma perspectiva pormenorizada sobre a teoria de Robert Alexy e várias nuances de como sua má aplicação no Brasil causa, em tese, uma distorção do resultado esperado por seu idealizador, furtando do procedimento o seu principal objetivo - trazer racionalidade às decisões e fundamentá-las de forma coerente -, e causa retrocessos jurídicos em relação aos mecanismos de justificação de resposta do Estado.

A pesquisa e as respostas direcionam-se assim a questões sobre o impacto que a teoria de Robert Alexy possui atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. Também, análises de como sua tese foi, é, e ainda será absorvida por aqueles que exercem o Direito no Brasil, verificando indícios das consequências atuais e futuras destes acontecimentos. Com estudo aprofundado sobre perspectivas históricas, teóricas e filosóficas, apresentam-se críticas e defesas das teses até o ponto de uma conclusão de o que isso tudo significa para a concretização do Estado Democrático de Direito.

¹ Dizer colisão de regras é na verdade um enorme equívoco dentro da teoria de Robert Alexy, vez que a palavra empregada pelo autor para demonstrar supostas dissonâncias entre essa espécie de normas seria o conflito de regras (não colisão de regras). A palavra colisão deve ser usada na verdade em situações de dissonância entre princípios e cada um dos termos, conflito e colisão, revela uma realidade diferente de critério para soluções normativas. Importante deixar isso bem claro pois emprego do equívoco nesse trecho é justamente uma crítica à utilização indiscriminada e atécnicamente da ponderação, assunto que permeia a crítica da obra que se segue.

1 DAS ORIGENS DA PONDERAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Raízes históricas

1.1.1 Direito Romano - *Ratio e occasio legis*

A história do direito, em meio a tantos paradigmas filosóficos, jurídicos e teóricos que já influenciaram a sociedade, revela a constante busca de juristas e magistrados pela interpretação de normas que seja pautada em equidade, justiça, racionalidade, e tantos outros parâmetros que resolução dos conflitos sociais que levem a respostas coerentes com o projeto de civilização que atenda a anseios de justiça. Assim, para deslinde do que fora proposto para esta obra, se faz necessário visualizar as raízes da ponderação expondo primeiramente a influência da *ratio legis* e da *occasio legis* na leitura jurídica, em vista de uma melhor compreensão deste contexto histórico e de como o direito contemporâneo ainda lança mão destes mecanismos em sua aplicação atual.

Pois bem, Interpretar (aqui) trata-se de dar sentido a uma norma, de dizer como uma disposição imperativa e abstrata do Estado é (ou deve ser) aplicada a um caso concreto. A *ratio legis* trata-se de interpretar a norma conforme sua finalidade, conforme aquilo para o qual havia sido pensada, ou seja, o bem comum. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *p.e.*, traz expressamente em seu art. 5^o que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Isso significa que o juiz deve atender-se ao fim para o qual a norma foi desenvolvida, que trata-se da causa determinante da inclusão dela no sistema.³

² BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

³ COLUCCI, Maria da Glória. Métodos de interpretação no direito. Disponível em: <<http://rubicandarascalucci.blogspot.com.br/2014/07/metodos-de-interpretacao-no-direito.html>>. Acesso em: 07 nov. 2017

A *occasio legis*, por sua vez, atribui-se à interpretação histórica, aquela que observa a intenção do legislador no momento da produção da norma.

As circunstâncias históricas se revelam de grande valia na interpretação da Lei, podendo ser analisados documentos históricos, mas, sobretudo, os denominados “trabalhos preparatórios”, resultantes de atividades e debates desenvolvidos pelos que se incumbiram de sua elaboração. As atas de comissões, pareceres e pronunciamentos no Poder Legislativo constituem subsídios para a contextualização da Lei. Igualmente, publicações, seminários congressos, textos em jornais e revistas, que precederam a aprovação da Lei, contribuem em muito à pesquisa da *occasio legis*.⁴

Em síntese, a partir desse modelo de interpretação os juízes, no modelo romano:

[...] lançavam mão da interpretação lógica para verificar se a letra da lei correspondia ao seu espírito (para isso, orientavam-se por princípios como os seguintes: deve-se atentar para a finalidade da lei – *ratio legis* –, para os antecedentes que a motivaram – *occasio legis* –, e para o sentido que sempre se lhe atribuiu; bem como repelir a interpretação que conduza a sentido absurdo ou inaplicável).⁵

1.1.2 Phrónesis

Na ética nicomaquéia, uma das obras mais relevantes de Aristóteles, mais precisamente no livro VI, encontram-se estudos sobre a *phrónesis*, que trata-se de uma qualidade individual, uma virtude intelectual que age nas ações humanas. Seria a *phrónesis* a faculdade de raciocinar corretamente, mas através de um procedimento racional de busca dos meios (viáveis e convenientes) para realizar um determinado fim universal.

O seu objeto gira em torno de boas ações, sob o nome de *eupraxia*, tratando-se da meta do raciocínio prático.⁶ Mas esta virtude intelectual visa

⁴COLUCCI, Maria da Glória. *Métodos de interpretação no direito*. 2014. Disponível em: <<http://rubicandarascalucci.blogspot.com.br/2014/07/metodos-de-interpretacao-no-direito.html>>

⁵ ALVES, José Moreira. *Direito Romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/>> . Acesso em: nov. 2017. p. 83.

⁶ SILVA, Roger Michael Miller. *Fins e meios: uma discussão sobre a phronesis na Ética Nicomaquéia*. 2005. 148f. Dissertação (mestrado em Filosofia). Pontifícia universidade católica do rio de janeiro, Rio

primordialmente à realização mais elevada do homem, ou seja, alcançar a *eudaimonia*, a felicidade do homem, aquele bem que é um fim supremo em si mesmo.⁷

Phrónesis é uma virtude assim como a *sophia*, mas é englobada por esta. A *sophia*, mais precisamente a filosofia prática, trata de um conhecimento universal, que dá diretrizes para que o indivíduo com sensatez e discernimento (conceitos mais contemporâneos, mas não tão completos, da *phrónesis*) possa tomar suas decisões.

Por sua vez, a *phrónesis* trata das ações particulares, das decisões que só podem ser tomadas dentro de uma contingente individualidade. Somente com base em conhecimentos prévios, alcançados por meio da educação, da prática e dos hábitos é possível ao indivíduo encontrar a *mesótes*, ou seja, a melhor escolha entre o excesso e a deficiência. Para compreensão mais profunda daquilo que é a *phrónesis* é preciso visualizar aonde ela atua, e trata-se da *práxis*, do agir propriamente dito, que tem seu fim em si mesma, da ação bem sucedida.

Realizar a *práxis*, no sentido aristotélico, exige em primeiro lugar um tipo de captação do fim como algo diretamente referido à *eudaimonia*, e com uma especificação à *eudaimonia*, de modo que *práxis* seja, na verdade, *eupraxia*, mesmo quando o ato particular só se relacione com *eudaimonia* por meio de uma especificação⁸

Ou seja, a *práxis* busca o bem agir, a boa ação (*eupraxia*) e é aperfeiçoada quando esta boa ação é alcançada. O fim último da *práxis* é a *eudaimonia*, e a *phrónesis* é a virtude intelectual capaz de - dentro do conhecimento universal apresentado pela *sophia*, buscar a melhor escolha (*mesótes*) entre o excesso e a deficiência para alcançar essa *eudaimonia*. Assim, a *phrónesis* age na *práxis*, é o

de Janeiro, 2005. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/acesoConteudo.php?nrseqoco=17516>>. Acesso em: 10 nov. 2017. p. 8-9

⁷SILVA, Roger Michael Miller. *Fins e meios: uma discussão sobre a phronesis na Ética Nicomaquéia*. 2005. 148f. Dissertação (mestrado em Filosofia). Pontifícia universidade católica do rio de janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/acesoConteudo.php?nrseqoco=17516>>. Acesso em: 10 nov. 2017. p.24. Segundo o autor, elementos que em tese seriam ou levariam à *eudaimonia*/felicidade (prazer, prosperidade e até a própria virtude) na verdade estão enraizados na felicidade mesma, não tratando-se necessariamente de condições para seu alcance.

⁸PERINE, Marcelo. *Quatro lições sobre a ética de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2006. Disponível em:<https://books.google.com.br/books?id=RdJUma_0kgIC&pg=PA35&lpg=PA35&dq=eupraxia+phronesis&source=bl&ots=OvZ5ss4blO&sig=3uibeCu0VKN60r_OivH3_Albpig&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwii1PbjrpvXAhVJgJAKHbIPAF0Q6AEIJzAA#v=onepage&q=eupraxia%20phronesis&f=false> Acesso em: 10 nov. 2017

raciocínio prático sobre as boas ações visando o melhor fim, a felicidade, a *eudaimonia*.

A *práxis* tem a teoria de que o conhecimento intelectual específico, girando então em torno da prática, e está presente na *práxis* em razão do próprio exercício do agir.⁹

Essa breve explanação será importante para observar adiante que:

[a] hermenêutica, por sua vez, enquanto dinâmica dos momentos da compreensão (Verstehen), da interpretação (Auslegung) e da aplicação (Applikation), não se contenta apenas com o saber técnico (téchne) dirigido à análise dos fatos, mas, ao contrário, por ter uma profunda relação com o saber ético, pois é a manifestação do ser que conhece inserido no mundo, requer ao mesmo tempo o saber ético, a *phrónesis* [...]¹⁰

1.1.3 Prudentia

Chamada de mãe das virtudes cardeais, formada por uma área cognoscitiva e outra preceptiva, a *prudentia*, ou prudência, trata-se de ações contingentes, singulares, variadas e as quais requerem decisões do indivíduo.¹¹ Guiada pela experiência, é o saber discernir aquilo que, no "aqui e o agora" - como dizia São Tomás de Aquino -, será produtivo, enriquecedor, e aquilo que irá ser destrutivo. A *prudentia* trata de saber o que é bom e decidir realizar esse bem.

É importante realizar um breve relato sobre o que São Tomás de Aquino expôs em relação a estas partes da prudência em sua dimensão prescritiva (o medo de enfrentar o peso da decisão, que tende a paralisar os imprudentes) e outra cognoscitiva (a capacidade de compreender a realidade).

⁹VAZ, Henrique C. de L. *Ética e Cultura*. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=R0Bs_leKfooC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 10 nov. 2017

¹⁰ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. apud. CABRAL, Mário André Machado; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira Moreira. gadamer, reviravolta hermenêutica e direito. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*.v. 29, n. 1 (2009): jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/search/search?simpleQuery=Rui+Verlaine+Oliveira+Moreira&searchField=authors>>. Acesso em: 20 ago. 2018

¹¹ KELLER, Mauro de Medeiros. *Prudência e Direito: Pressupostos para a Compreensão Prudencial do Direito e da Justiça (parte I)*. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur16/mauro.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2017

Mas como a dimensão essencial da prudência é preceptiva (dos três atos próprios desta virtude, a saber: deliberação, juízo e decisão, é o último que performa o agir prudencial), a razão requer outras três coisas: ordenar as ações ao fim, atender às circunstâncias e evitar os obstáculos. A elas correspondem os três últimos requisitos da prudência: **providência, circumspecção e cautela**.¹²

Tratando desta segunda dimensão, há partes *quasi integrais* que a compõe, quais sejam a *memoria*, *adocilitas*, a *intellectus*, a *solertiae ratio*. A *memoria* liga-se a um saber pessoal e coletivo referente ao acúmulo de experiências, que por sua vez, não é senão memória acumulada. Essa parte enuncia que o querer saber e saber com afeto são características desse conhecimento pessoal e coletivo que aproxima a ordem intelectual da moral.¹³ Pieper chega a alegar que "o falseamento da recordação em oposição à realidade, mediante o sim ou não da vontade constitui a mais típica forma de perversão da prudência".¹⁴

A *adocilitas* está ligada à disposição de abertura e acolhimento para aprender das opiniões e sentenças daqueles mais experientes, além também das verdades que podem ser provadas. Trata-se de outra parte dessa virtude que aperfeiçoa a prudência.

A *intellectus* trata de um contingente operável, a *solertia*, de aquisição de uma reta opinião a partir de absorção do meio; e a *ratio* refere-se ao raciocínio sobre casos particulares e incertos.

Em síntese, a prudência é a capacidade de discernir entre aquilo que irá ser construtivo, enriquecedor e aquilo que será destrutivo. Por meio das virtudes da prudencia o indivíduo detém discernimento para decisões em meio a tantas difíceis escolhas de sua existência.¹⁵

¹² LAUAND, Jean. *Saber Decidir: a Virtude da Prudentia*. Disponível em: <http://www.hottopos.com/notand11/jean_mauro.htm> Acesso em: 15 nov. 2017

¹³ LAUAND, Jean. *Saber Decidir: a Virtude da Prudentia*. Disponível em: <http://www.hottopos.com/notand11/jean_mauro.htm> Acesso em: 15 nov. 2017

¹⁴ PIEPER, Josef Das Viergespann, München, Kösel, 1964, p 29. Apud LAUAND, Jean. *Saber Decidir: a Virtude da Prudentia*. Disponível em: <http://www.hottopos.com/notand11/jean_mauro.htm> Acesso em: 15 nov. 2017

¹⁵ PIEPER, Josef Das Viergespann, München, Kösel, 1964, p 29. Apud LAUAND, Jean. *Saber Decidir: a Virtude da Prudentia*. Disponível em: <http://www.hottopos.com/notand11/jean_mauro.htm> Acesso em: 15 nov. 2017

1.1.4 Diferenças conclusivas entre a Phrónesis e a Prudentia

Em síntese, a *phrónesis* é aquela parte da alma ligada à razão prática, virtude intelectual atuante nas ações humanas, mas que é desenvolvida de forma singular mediante fatores como a educação, como conhecimentos prévios, ou seja, a com a própria experiência.

(Em contrapartida, a prudentia, é o ato de decidir bem, é também virtude da inteligência que impede ação eivadas de preconceitos, invejas, egoísmos, etc). Não obstante uma extensa discussão entre as vertentes da *prudentia* e da *phrónesis*, e sobre o que realmente seria cada uma, é interessante observar que *prudentia* é base da jurisprudência, ou seja, pode se dizer que é direcionamento do direito em meio à contingência. Cada uma das virtudes cardeais parece estar vinculada ao que se busca com uniformização de entendimento pelos tribunais, guiando a compreensão jurídica, sua linguagem e suas matéria para resolução e compreensão das complexidades sociais.

Sobre a *phrónesis*:

[p]rimeiramente, há certo consenso de que ela seja uma sorte de conhecimento, por ser uma virtude intelectual assim como a sophia. Permanece a pergunta, então: sobre o que é esta forma de conhecimento? Ela nos assegura a retidão dos fins e dos meios, ou somente dos meios?¹⁶

Mas o que está ligado a ela, pelo menos nessa análise singela, é a reflexão entre fins e meios, que para uns é conhecimento dos meios, e para outros, do fim (sem o qual não se pode escolher os meios). Em última análise está ligado à essa apreensão daquilo que é reto, daquilo que se faz necessário para o alcance da *eudaimonia*, ou seja, do bem e da boa escolha.

¹⁶SILVA, Roger Michael Miller. *Fins e meios: uma discussão sobre a phronesis na Ética Nicomaquéia*. 2005. 148f. Dissertação (mestrado em Filosofia). Pontifícia universidade católica do rio de janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=6269@1>. Acesso em 20 ago. 2018

1.2 A ponderação de interesses no séc. XIX

A Ponderação em Alexy teve (uma) raiz no movimento jurídico dominante da primeira metade do século XX, a Jurisprudência dos interesses, que buscou redirecionar o Direito e a resposta estatal dos conflitos à promoção da vida plena e do bem-estar social. Isso ocorreria aproximando a justificação à realidade social (razão prática) em articulação com as análises formais dos conceitos (razão teórica).

Seguindo uma breve linha temporal de desenvolvimento desta Jurisprudência dos interesses, deve-se observar primeiramente a Escola da Exegese que, no início do séc. XIX, manteve a episteme jurídica na estrita obediência ao texto legal, à subsunção do caso concreto à análise sintática da lei.¹⁷ Esse raciocínio - constituído pós-revolução francesa e que fora um salto histórico quanto a posituação do pensamento do povo a seu tempo -, tornou-se obsoleto por não adequar-se a realidade frente à complexidade das relações sociais com as quais o Direito passava a se deparar.

Com o tempo se percebeu-se a necessidade de uma aproximação do Direito ao mundo das coisas e não meramente de uma construção metodológica que guiava, teoricamente, a produção de conhecimento. E simultaneamente, distanciando-se de uma abertura completa ao mundo prático como ocorreu no Movimento do Direito Livre (que despreendeu-se totalmente das amarras do texto legal). Essa vertente se consolidou com Savigny e sua Escola Histórica do Direito, que manteve sua episteme na proposta de entender o Direito como acontecimento histórico e cultural por uma metodologia formal de sistematização e dogmatização da história do direito.¹⁸

Esse anseio de mais razão prática e menos razão teórica aparece na Escola histórica, em que o escopo é um Direito mais voltado à vida real e ao sentimento moral. Com Puchta¹⁹ houve uma transformação do direito e do pensamento advindo da escola histórica de Savigny, redirecionando a interpretação do direito de um

¹⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 114)

¹⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 114)

¹⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 114)

acontecimento histórico e cultural para uma jurisprudência dos conceitos. Assim, uma relação formal entre proposições jurídicas conceituais substituiu o ajuste ou mediação que seria responsabilidade da interpretação e decisão jurídica. A jurisprudência dos conceitos foi muito relevante para a construção do Direito Processual.²⁰

Um conceito sempre é uma relação formal, isso aproximou muito a jurisprudência dos conceitos da Escola da Exegese, às tornando quase que idênticas, além de que cometeu erros semelhantes aos que a Escola Histórica cometeu e buscou corrigir.²¹ A questão é que os conceitos engessavam o direito a uma intertextualidade de relações abstratas de significação que não davam abertura ao mundo prático.

Através então de Jhering - com a Jurisprudência Pragmática e a visão de 'finalidade do direito' - e Bentham - por meio de sua vertente utilitarista em busca do benefício social -, unidos a demais professores do Nordeste da Alemanha, deu-se ensejo à crítica às visões exegética e histórica do direito.

Por fim, houve a substituição dos conceitos pelos interesses, que fogem dos elementos teóricos para colocar no centro da investigação aquilo que constitui as relações do mundo prático por meio da finalidade real do direito.

1.2.1 Superação metodológica pela Jurisprudência dos Interesses

Quatro proposições foram estipuladas para deslocamento do fundamento do direito para a ideia da finalidade:

a) a definição de finalidade do direito como valores fundamentais; b) o reconhecimento da insuperabilidade formal das lacunas do direito; c) a decisão

²⁰ Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1993. p. 456. Apud SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p

²¹ Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1993. p. 456. Apud SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p

como centro das preocupações e objeto principal da ciência jurídica; e d) o uso de critérios extrajudiciais na decisão judicial.²²

É importante salientar que a abertura das decisões ao mundo prático levaria a um retrocesso àquela “consciência do juiz” do Movimento do Direito Livre, e aqui observa-se um dos diferenciais da Jurisprudência dos interesses, em que o magistrado estaria adstrito ao texto da lei (herança da Jurisprudência dos conceitos e da Escola da Exegese), assim, havendo alguma abertura para críticas e correções das decisões judiciais.

Caberia então à interpretação, argumentação e a decisão jurídica estipularem os interesses como escopo, que constituem a razão prática como fundamento do direito. Acompanhado Castanheira Neves:

A Jurisprudência do Direito se torna transistemática e transconceitual, porque referida a um elemento prático que não se deixa sistematizar, tampouco conceituar, e que é fundamental para a compreensão do próprio sentido do direito positivo.²³

A interpretação confere então ao texto positivado o sentido da proteção jurídica que motivou a lei. Essa abertura interpretativa possui, na Jurisprudência dos Interesses, o escopo de correção do Direito, no sentido de adequar o texto legal às expectativas trazidas pelos interesses supostamente protegidos. Essa justificativa de interpretação corretiva era dada na própria fundamentação, no intuito de que não houvesse a abertura indiscriminada das decisões judiciais, como aconteceu no Movimento Direito Livre²⁴.

Se a interpretação do texto é corretiva, a interpretação jurídica dos conflitos de interesses é reconstrutiva, balizando os interesses nos casos concretos para reconstrução das descrições sociológicas em termos prático-normativos²⁵, mesmo que isso fosse realizado de maneira seletiva, separando os interesses em quais mereciam proteção e quais não.

²²SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p.109)

²³ NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra, 1995. v. 2, p. 215. apud SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p.99)

²⁴SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 118)

²⁵SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 119)

De maneira circular, a interpretação dos interesses reconhecidos observa a realidade dos interesses do caso concreto, enquanto o interesse dos fatos concretos é emanado dos interesses reconhecidos pela lei²⁶. Na época, interesses fáticos eram tratados como problemas de formulação (interesses em conflito), e os jurídicos, problemas normativos (quanto a valorações de tais interesses conflitantes).²⁷

Importante observar que a interpretação construtiva não se mantinha presa apenas aos casos com lacunas. Os fatos não eram apenas subsumidos a norma, eram também reconstruídos na forma de interesses protegidos ou não. Quando esta interpretação circular deparava-se com um interesse ilegítimo, não protegido, ocorria então o afastamento de sua aplicação, vez que seu resultado estaria contrário à finalidade do direito (ocasião em que não houve lacuna)

Tendo em vista esta distinção de problemas era perceptível a diminuição das possibilidades hermenêuticas, vez que a interpretação se voltava para formulações sociológicas já pré-estabelecidas pela fonte positivista da época. Aqui a Jurisprudência dos Interesses indicava a necessidade de uma ponderação prática para formação valorativa dos preceitos jurídicos²⁸ mas acabou se mantendo presa ao erro da Jurisprudência dos Conceitos, engessado os interesses a determinações positivistas.

O texto da lei é formalização daquilo que convencionou-se como um direito, *é decisão valorada de um conflito de interesses*²⁹; todavia, a lei em si traz uma carga interpretativa do direito, para um julgamento em conformidade, ou não, com os interesses envolvidos. Isso traz uma realidade de construtividade do direito, em que a interpretação da lei poderia levar, com bons argumentos, até mesmo a julgamentos contrários ao que o texto expressamente diz - desde que os interesses que se pretendesse proteger fossem atendidos -, e mesmo assim não significando interpretação *contra legem*.

²⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 120)

²⁷ A jurisprudência dos conceitos trabalhava apenas com problemas de formulações.

²⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. Ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 71. apud SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. p. 121.

²⁹ NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra, 1995. v. 2, p. 215. apud SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. p.123

Estas interpretações - da lei, logo após dos interesses, para então aplicação de uma subsunção lógica ao caso concreto - eram utilizadas apenas em casos sem lacunas. Nos casos em que os interesses jurídicos não estavam bem determinados era então aplicada à argumentação sobre a finalidade do direito para a concretização da ponderação dos interesses, definindo qual dos interesses legitimamente merecedores de proteção deveriam prevalecer. A finalidade do direito teria seu escopo no bem-estar social, hoje visto como a vida digna.

Importante para demonstrar o elemento que distingue a Jurisprudência dos Interesses da escola finalística de Jhering – sendo que as distinções das escolas da Exegese, do Direito Livre, a Histórica e da Jurisprudência dos Conceitos já foram abordadas -, que se trata da distinção entre objeto (os interesses) e critério (finalidade) da decisão jurídica.

O objeto da decisão são os conflitos de interesses (em que a lei por si só já define quais devem ser juridicamente protegidos e quais não), e o critério de decisão vem da finalidade do direito “fica então estabelecida como um critério supralegal e transjurídico de orientação para as decisões jurídicas decidirem entre os interesses que são objetos da decisão”.³⁰

O ponto chave é observar que os interesses do caso concreto seriam subsumidos ao texto da lei, mas com a orientação à finalidade do direito, ou seja, a decisão transcenderia o texto da lei para alcançar os interesses nela enraizados. Haveria então um conflito de interesses, não de leis.

1.2.2 Ponderação de interesses

Em suma, a ponderação dos interesses nesse cenário relaciona-se à escolha de um interesse legítimo em detrimento de outro também legítimo, assim definidos pela fundamentação teórica da Jurisprudência dos Interesses como valores de orientação, de ordem prática e decorrente da finalidade do direito. Aquele

³⁰SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 126)

que se enquadra de melhor maneira à realização da finalidade do direito em colisão é o que deve prevalecer, e esta decisão é feita por meio de argumentação.

Nesse momento não há como explicar com clareza o critério utilizado para a argumentação desta finalidade, porém há indícios de que a fundamentação para o alcance da finalidade, bem pela visão do alcance da plenitude de vida que constitui esta teoria, é de caráter teleológico, de simplesmente alcançar os fins necessários para o bem-estar social.

A crítica aqui ocorre pois a abertura destas decisões sem um instituto corretivo, e tendo em vista que os interesses seriam estipulados justamente pelo Estado por meio do legislativo, cria dúvidas sobre quais interesses levaram a estipulação dos interesses. Assim, com esta abertura para decisões segundo a finalidade daquilo que foi estipulado pelo legislador como interesse legítimo pode levar a decisões judiciais políticas, trazendo novamente à baila a discussão sobre a legitimidade das decisões.

Quando então existiam lacunas a Jurisprudência dos interesses aplicava a interpretação corretiva/decisão como forma de integração³¹. Vale frisar que a lacuna tratava-se de uma ausência legislativa de proteção a algum interesse do caso concreto, que segundo o critério de finalidade não eram encontrados na história dos motivos da lei.

A definição destas lacunas era realizada pelo próprio julgador, porém, para que não houvesse a abertura total do sistema à consciência do juiz como no Movimento do Direito Livre, havia o direcionamento das decisões à finalidade do direito, além de adstrição aos interesses legitimamente merecedores de proteção. E é aqui que entre a ponderação de interesses, maneira pela qual se decidia por um interesse em detrimento de outro, ambos igualmente protegidos.

Aqui a ponderação trata da conjugação entre a interpretação histórica da lei e a interpretação sociológica dos interesses envolvidos no caso concreto³². Assim, havendo conflito de interesses do autor e do réu, faz-se a subsunção dos fatos à definição jurídica e caso ambos se enquadrem em interesses legitimamente protegidos abre-se a possibilidade da decisão de um em detrimento do outro.

³¹SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 128)

³²SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 132)

Todavia, para que isto seja feito recorre-se ao critério da finalidade do direito, buscando aquele interesse que atenda melhor a tal finalidade, e aqui entra a necessidade de argumentação.

Não há aqui uma teoria da interpretação, e seguindo a visão do professor Simioni, haveria três momentos propícios à argumentação na Jurisprudência dos interesses: A definição de quais interesses seriam reconhecidos pela lei em abstrato (que ocorria de basicamente seguindo a vontade política do Estado); a redução dos interesses apenas a definição binária de autor e réu (que, presume-se, era realizado seguindo referenciais teóricos da sociologia da época); e a justificação da escolha de um a outro interesses (que seria basicamente teleológica, no sentido de melhor alcance do bem estar social representado pela finalidade do direito).

1.2.3 Conclusões

Em suma, a Jurisprudência dos interesses trouxe grande avanço metodológico na aproximação direito à razão prática e mantendo, ainda, o julgador adstrito ao texto legal. Mesmo havendo críticas sobre a raiz destes interesses que viriam meramente de conflitos sociológicos de interesses anteriores, o que até mesmo leva Hans Kelsen ao desenvolvimento de uma ciência pura do direito no século seguinte. Todavia, o essencial da exposição é demonstrar que a teoria da ponderação não é uma criação de Alexy. Ao contrário disso, a ponderação de princípios tem sua raiz da ponderação de interesses, e na ponderação de valores e é continuidade de toda a conceituação desenhada anteriormente.

A visão do prevalecimento de um interesses ou valor em detrimento de outro dependia de uma justificação racional, que conforme fora apresentado acima, não se sustentaram frente à complexidade moderna e pós-moderna, levando então à necessidade de novas justificações e argumentações, até desembocar na teoria da ponderação de princípios, objeto de crítica deste trabalho.

1.3 A ponderação de valores e ponderação de bens no sec.XX

A abertura do direito à razão prática redirecionou a perspectiva do judiciário, levando-o a tomar como fundamento do ordenamento jurídico, além da normatividade de regras e princípios, uma ordem objetiva de valores. Esta concepção germânica é apresentada por Donald Kommers em seu livro *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, aonde diz que na Alemanha existe consenso quanto a sua base jurídica tratar-se de uma Constituição normativa de valores, direitos e deveres.³³

A concepção que Kommers traz é de que os valores, sendo os de ordem democrática os mais importantes, seriam objetivos ordenados constitucionalmente e que deveriam ser alcançados e realizados por todas as áreas do Estado de Direito. Cada direito fundamental possui um valor correspondente. Um direito fundamental carrega uma carga negativa, impeditiva da ação estatal e, ao mesmo tempo, corresponde a um valor que traz uma obrigação positiva de assegurar sua própria integração ao ordenamento jurídico.

Foi apenas na última década que o BVerfG começou a enfrentar uma reação social adversa às suas posições valorativas, especialmente no Caso dos Crucifixos, no qual o BVerfG decidiu, com base em uma ponderação de valores, que era inconstitucional a presença de cruzeiros nas salas de aula. Embora o princípio invocado como orientador dessa operação não tenha sido o da proporcionalidade, mas o da concordância prática [praktische Konkordanz] - que requer a conciliação dos valores conflitantes -, podemos identificar esse princípio com o terceiro subprincípio: a proporcionalidade em sentido estrito. É perceptível o cuidado com que a Corte pesou os interesses em jogo:

O direito fundamental à liberdade religiosa é garantido incondicionalmente, mas essa garantia não implica que não há limites a esse direito. Toda limitação, contudo, deve ser baseada na Constituição. Os legisladores não são livres para restringir a liberdade religiosa na falta de limitações constantes em dispositivos da própria Lei Fundamental. [...] Ao resolver a inevitável tensão entre os aspectos positivos e negativos da liberdade de religião, e buscando promover a tolerância que a Lei Fundamental prescreve, o Estado, ao formar o interesse coletivo, deve esforçar-se para

³³KOMMERS, Donald. *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 2a ed., 1997. p. 37. apud COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. 210 p. 183-184. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/o-controle-da-razoabilidade-no-direito-comparado/capitulo-iii/b-jurisprudencia-do-tribunal-constitucional-federal-/2-jurisprudencia-dos-valores/d-jurisprudencia-dos-valores-e-o-problema-da-legitimidade-o-caso-dos-crucifixos>>. Acesso em: 02 ago. 2018

produzir um compromisso aceitável. [...] A exposição de cruces em salas de aula, no entanto, excede [essas orientações e limites constitucionais].³⁴

Além disso, também é possível visualizar o manuseio da chamada ponderação de bens,³⁵ a qual Canotilho, afirma ter sido embrionariamente desenhada para a limitação do poder estatal. Há autores ainda que defendem a proporcionalidade como princípio implícito e basilar do Estado Social de Direito³⁶.

Sarmento busca demonstrar que a ponderação de bens está relacionada a violação de direitos com base estritamente no caso concreto, o que distancia o direito de qualquer deontologia normativa.

Na doutrina espanhola, Ignacio Villaverde Menéndez procura estabelecer uma diferença entre ponderação de bens e delimitação de direitos. Segundo o autor, é um engano pensar que possa haver conflito entre direitos fundamentais, ou colisão de direitos, havendo, na realidade, uma colisão entre o direito e seus limites. Ao contrário, pela técnica da ponderação de bens, tudo ficaria remetido ao caso concreto, em que o julgador sopesaria as duas condutas, atribuindo-lhes o valor mais qualificado ou importante, conforme escolher [...] A título de exemplo, o doutrinador indaga se é possível torturar um ser humano (uma pessoa detida), que sabe o local onde um artefato explosivo ceifará a vida de milhares de pessoas, quando a tortura é proibida pelo artigo 15 da Constituição espanhola? Pois bem, na ótica da ponderação de bens, esse conflito não se pode resolver em abstrato, e a ponderação poderia justificar a tortura e o emprego de maus-tratos com o fim de salvar a vida de milhares de pessoas inocentes, devendo, portanto, numa “justa” ponderação, prevalecer o direito de inocentes perante os direitos do preso.³⁷

Assim, percebe-se que ambos os delineamentos teóricos foram também modelos de ponderação, de métodos de escolha de um direito ou uma

³⁴ KOMMERS, Donald. The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Durham: Duke University Press, 2a ed., 1997. p. 37. apud COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. 210 p. 183-184. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/o-controle-da-razoabilidade-no-direito-comparado/capitulo-iii/b-jurisprudencia-do-tribunal-constitucional-federal/-2-jurisprudencia-dos-valores/d-jurisprudencia-dos-valores-e-o-problema-da-legitimidade-o-caso-dos-crucifixos>>. Acesso em: 02 ago. 2018

³⁵ VIDAL, Marcelo Furtado. Princípio da proporcionalidade, ponderação de bens e direitos humanos fundamentais trabalhistas. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 8, n. 15. Jan./Jun. 2006. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/15/artigos/01.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³⁶ TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne. Princípio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo. Valencia: Tirantlo Blanch, 2004, p. 34. apud VIDAL, Marcelo Furtado. Princípio da proporcionalidade, ponderação de bens e direitos humanos fundamentais trabalhistas. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 8, n. 15. Jan./Jun. 2006. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/15/artigos/01.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³⁷ VIDAL, Marcelo Furtado. Princípio da proporcionalidade, ponderação de bens e direitos humanos fundamentais trabalhistas. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 8, n. 15. Jan./Jun. 2006. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/15/artigos/01.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2018.

pretensão jurídica em detrimento de outro(a), e também que não eram capazes de dar respostas suficientemente convincentes para solucionar complexidades sociais ou para proceder à concreção do direito e de seus anseios.

Mas o principal para este momento é visualizar ainda que a tal procedimento não é criação de Robert Alexy, que a ponderação, ou proporcionalidade em sentido estrito, já é metodologia jurídica de longa data e que traz questionamentos sobre sua aplicação há desde o direito romano.

1.4 Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito (TPD)

Hans Kelsen foi responsável por uma visão divisora de águas no direito. No intuito de afastar o direito de influências externas e de justificações metafísicas jusnaturais desembocou naquilo que sem entende como mais próximo de uma ciência do direito.

Vivenciou a realidade trazida pela jurisprudência dos interesses, teoria abordada no item 1.2, que possui diversas críticas centrais, como a fragilidade na justificação de quais eram/seriam os interesses relevantes juridicamente, a configuração de conflitos distantes da realidade devido à redução fática de um interesse (abstrato) em detrimento de outro, ou ainda, o modelo de ponderação desses interesses pautado na finalidade do direito (que diante da abertura argumentativa poderia resultar no risco de uma decisão judicial “[...] ultrapassar os próprios limites da juridicidade para tornar-se uma decisão política”).

Aquém de interpretações baseadas em conceitos metafísicos, na historicidade ou finalidade do direito, da reverência à consciência do justo, de conceituações ou interesses, Kelsen então desenvolve o que seria o novo paradigma jurídico do séc. XX.

Kelsen introduz a dinâmica ao direito. Explicitou e fundamentou o processo de criação, modificação e derrogação jurídica do direito válido. Ele desbancou a Escola da Exegese ao traçar uma distinção importante entre o texto da lei e o sentido da norma jurídica. Também distinguiu o direito da ciência do direito, superando a Jurisprudência dos Conceitos. Elegeu como unidade analítica a norma jurídica, colocando a Jurisprudência dos Interesses no lugar da sociologia do direito. E por meio da ideia de ordenamento jurídico e da sua fundamentação lógico-formal, estruturou um

sistema simbólico de referência para as operações de interpretação e decisão jurídica que destronou a ideia, até então em voga não só no movimento do Direito Livre, de que a consciência do juiz era a própria materialização do ideal de justiça.³⁸

Com isso entrega nas mãos do juiz a responsabilidade pela adequação do contexto fático a um dos vários sentidos possíveis da norma - não podendo mais direcionar tais dificuldades teóricas às mãos do legislador -, devendo ainda determinar a norma individual por analogia (na moldura abstrata de possibilidades) e não mais por lógica através em silogismos normativos formais.

Assim, a decisão jurídica nessa ciência do direito não se trata meramente de um juízo de subsunção de um fato concreto a uma norma jurídica geral e abstrata. A decisão escolhe tanto um entre vários sentidos possíveis do direito quanto uma entre várias narrativas possíveis do fato concreto, e assim, cria tanto o direito quanto o fato. Ela é continuidade do processo de criação de normas jurídicas, o que exige muito mais do que uma fundamentação baseada apenas na norma jurídica, apenas na lei.

Ocorre que mesmo trazendo tamanha evolução ao mundo jurídico, sua teoria foi alvo de diversas críticas, das quais no momento importa atentar especificamente ao que Simioni se refere como autologia, recursividade, ou autoimplicação da teoria.³⁹

Esses termos se referem à característica que a TPD tem de, na busca por tornar o direito uma ciência e descrever o direito pelo afastamento de influenciadores externos, como, *p.e.*, preceitos morais, éticos ou políticos, estava dizendo ela mesma, estava ao mesmo tempo constituindo um novo paradigma jurídico. A teoria, que não era Estava constituindo a norma de forma e com características normativas⁴⁰. Uma metalinguagem pura construindo a linguagem impura, e assim, justamente pela linguagem ser contaminada de influências externas, seria essa uma tarefa impossível.

³⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 221)

³⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 224)

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. Apud SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 225)

“Em outras palavras, a linguagem descritiva da ciência da ciência influencia a constituição do sentido da linguagem normativa do direito, ao mesmo tempo em que é por ela influenciada. Há uma relação circular entre os dois níveis lingüísticos [que] demonstra o quão constitutiva da realidade do seu objeto é uma pretensão, como a de Kelsen, de uma ciência rigorosamente pura e estritamente descritiva da realidade do direito”.

[...]

Ou seja, a teoria pura é tão contaminada pelas diversas formas de comunicação da sociedade quanto o seu objeto: as normas jurídicas.⁴¹

Ocorre que essa autoimplicação, que descreveu/constituiu o direito, mas que cindiu com influenciadores como a moral, a política ou a natureza, não consegue controlar as decisões judiciais que são proferidas por juízes que trabalham e estão adstritos justamente a esse âmbito do mundo prático. E aqui há um ponto central.

Para que a TPD não seja/fosse maculada pela inafastável influência externa, Kelsen optou por redirecionar o âmbito da razão prática para a argumentação jurídica, o que pode “[...] continuar a trabalhar o direito como um conjunto de normas jurídicas, mantendo intacta a estrutura interna da estática e da dinâmica do sistema jurídico”.⁴²

Assim, o que se observa é que a normatividade analítica da TPD não foi superada, e que as teorias argumentativas agora vêm para dar bases à justificação da escolha de uma entre as várias respostas possíveis definidas na moldura da decisão judicial. “[E]ssa abertura da decisão jurídica para as questões de razão prática inaugurou a possibilidade de se estabelecer novas problematizações sobre a relação entre direito e sociedade”⁴³.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições do direito. São Paulo: Ícone, 1995. Apud SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 226)

⁴² SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 228)

⁴³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 229)

1.5 O neoconstitucionalismo e a ponderação de princípios

Por constitucionalismo entende-se o movimento jurídico estruturante das nações, que teve origem no séc. XVIII com o objetivo de instituir bases sólidas de sociedade, comprometendo-se a direcionar esforços ao cumprimento de anseios do povo, por meio de direitos positivados em uma Carta da qual tanto se emana poder estatutário quanto se impõe seus limites mesmos. Todavia, nessa breve conceituação não é possível demonstrar quais tamanhos retrocessos a humanidade vivenciou na busca por uma sociedade mais pacífica e emancipada. Assim, a evolução histórica do pensamento filosófico, jurídico e teórico merece destaque.

1.5.1 Desenvolvimento histórico

Acontecimentos críticos na Europa, principalmente ocorridos na 2^o guerra mundial com a Alemanha nazista e com o fascismo na Itália, demonstram déficits filosóficos e teóricos que legitimaram atrocidades por meio de modelos estritamente positivistas da época e que careciam de uma substância que até então estava alheia ao direito.

O ministro Barroso do STF esclarece do que se trata então o neoconstitucionalismo, movimento que vem justamente (buscar) tratar os déficits deste modelo clássico e que não impediram retrocessos sociais. Brilhantemente trata do assunto expondo que acontecimentos como os citados acima desencadearam uma reaproximação entre direito constitucional e democracia. A constituição alemã, Lei Fundamental de Bonn no pós-guerra, tornou-se modelo para demais constituições europeias que aderiram a tal referencial teórico, além das instituições de Tribunais Constitucionais.

As constituições passam a ter força normativa, e provavelmente seja esse o fator impulsionador de toda a discussão que se segue, tanto pelo que representa como avanço teórico, como pelas dificuldades em manusear ferramentas constitucionais com precisão e efetividade. Dessa forma, a Constituição de 1988 é marco histórico para direcionamento social do Brasil, para gerenciamento das

instituições e para respeito à dignidade da pessoa humana que é basilar nessa Carta.

“Uma Constituição não é só técnica.⁴⁴ Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser *celebrado*”.

Ocorre então uma superação de paradigmas jurídicos essenciais para se chegar a esse momento. Em relação à filosofia, o jusnaturalismo aproxima Lei e razão, de sorte que se manifesta a filosofia do Direito. Como o positivismo equiparou o direito à Lei, afastou a filosofia e legitimou estranhamente os regimes fascistas do séc. XX conforme já exposto, no pós-positivismo se tem justificativa para o retorno dos valores aos direito.

O pós-positivismo, assim:

[...]busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.⁴⁵

Em âmbito *teórico* as constituições ganham força normativa, caráter que se torna mais real no Brasil a partir dos anos 80. A visão de ‘supremacia do Poder Legislativo’ é superado pela supremacia da Constituição, pelos direitos fundamentais e pelo controle constitucional dos tribunais. A interpretação ganha novos horizontes, mantendo os modelos tradicionais aplicados ao direito, mas que insuficiência ao atender a vontade constitucional.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta

⁴⁴BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.240.p. 1-42, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em nov. 2017

⁴⁵BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.240.p. 1-42, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em nov. 2017.

constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Segundo Barroso, a partir de então a interpretação se direciona a cláusulas gerais de direito, à força normativa dos princípios e às colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. É neste ponto que a discussão dessa obra se toma corpo. Dessa forma:

[...] (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Deixando de serem tratadas como meras disposições políticas, as constituições passam então a ser fonte axiológica que irradia todo o ordenamento jurídico, e tanto afetam as relações Estado-particular, nos poderes, como têm relevantíssimos efeitos entre particulares.

Ressalte-se que a constitucionalização do direito não está ligada a uma inclusão de normas infraconstitucionais no texto constitucional, mas de uma ascensão à constituição de normas dela distintas (cível, penal, tributária), e que incorporadas ao seu texto passam a ter caráter subordinante de suas próprias fontes pela matéria constitucional. Da mesma forma, a constituição passa a ter supremacia não só formal, mas material, dela emanando o modo de se interpretar os ramos do direito a partir de sua abertura principiológica.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Ney, em comentários ao art. 3º do CPC/2015, assim se manifestam:

“3. Liminares emMS. As vedações impostas pela lei infraconstitucional à concessão de liminares em MS podem ou não ser constitucionais, pois devem ser analisadas caso a caso e o texto normativo aqui comentado deve ser interpretado conforme a Constituição (verfassungskonformeAuslegungdesGesetzes). Caso possa ser revertida a situação jurídica de fato, a vedação será inconstitucional. Sendo possível, v.g., a compensação tributária condicional, a entrega condicional de bens

oriundos do exterior, a reclassificação condicional de servidores, etc., não se pode vedar a concessão de liminar que antecipe o resultado da pretensão mandamental”.⁴⁶

Com todos esses pontos torna-se visível também a subordinação dos poderes estatais à constituição e da coparticipação do judiciário na criação da norma através da legislação negativa por meio de tantos instrumentos de interpretação baseados na constituição⁴⁷ pelos controles difuso (por juízes e Tribunais) e concentrado (pelo Supremo Tribunal Federal).

Mas é importante um adendo quanto ao direito civil, pois que em seu modelo inicial trazia o Código Civil (de Napoleão) como diploma dotado de normatividade nas relações entre particulares, redirecionando à Constituição, fruto da revolução francesa, a atuação estatal. Assim, o paradigma do Estado social leva a um maior intervencionismo do Estado nas relações entre particulares até desencadear no modelo contemporâneo em que as constituições alcançam patamar normativo superior ao dos diplomas cíveis.

Desta maneira, com o amplo alcance que a Constituição de 1988 conquistou no ordenamento jurídico, Barroso apresenta dois impactos entre as matérias constitucional e cível relevantes ao presente estudo. O primeiro em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da república⁴⁸ através do qual se cria imperativos de proteção ao mínimo existencial e de redirecionamento do escopo jurídico, que de uma visão meramente patrimonial desloca-se os fins existenciais humanos.

E o segundo ponto trata-se da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas.

⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.188. apud CASSONE, Vittorio, ROSSI, César, J., CASSONE, Teixeira, M. E. 2017. *Processo Tributário - Teoria e Prática*. 15. ed. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597012729/>>. Acesso em 24 ago. 2018.

⁴⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – ADI ou ADIn (art. 102, I, a, CF/88); Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva – ADIn Interventiva (art. 36, III, CF/88); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADIn por Omissão (art. 103, § 2º); Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON ou ADC (art. 102, I, a, in fine, CF/88); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1º, CF/88).

⁴⁸ BRASIL. *Constituição Federal/1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 jan. 2018. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

1.5.2 Sobre a vinculação de particulares a direitos fundamentais

Roberta Camineiro Baggio, doutora em direito pela UFSC, acompanhada de Stanley Souza Marques, hoje doutor em direito pela UFMG, apontam que essa vinculação resulta em diversos desdobramentos, que potencializam a discussão sobre qual é/deve-ser a real leitura dos direitos fundamentais na esfera privada.

Historicamente, a distância entre cidadãos e Estados, setores privado e público, gerava o entendimento de que os direitos fundamentais possuíam objetivo único de limitar a intervenção estatal na esfera particular. A complexidade da sociedade, entretanto, trouxe novas realidades, em que se manifestava a necessidade de um maior controle das relações com objetivo de manutenção das mesmas. O Estado então passa (em tese) a ser submisso aos valores que emanam dos direitos fundamentais - quando na verdade pairava-se o sentimento de que eram inimigos destes -, e a sociedade a ser compreendida de maneira mais pluralista na busca de seus interesses.

Seguindo a abordagem de José Carlos Vieira de Andrade, há ainda um terceiro fator. O Estado-Administração figura (ainda) "na vida social metamorfoseado em diversas figuras jurídicas" e, cada vez mais comum, "na veste" de sujeito privado, "as entidades privadas passam a exercer tarefas de interesse colectivo ou determinam em termos fundamentais os comportamentos de indivíduos em diversas áreas sociais". Diante disso, esvazia-se a distinção rígida entre entidades públicas e privadas 'e, em consequência, a diferença entre o direito público e o direito privado como critério de relevância dos direitos fundamentais.⁴⁹

O autor Virgílio Afonso da Silva é intenso participante da construção jurídico-teórica nacional em suas obras e atuações, e que além de completar seu doutorado na Alemanha em Direito Constitucional tornou-se livre-docente com a tese *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. O eminente jurista traz uma resenha relevantíssima sobre as obras de Daniel Sarmento e Wilson Steinmetz que discorrem especificamente sobre a vinculação de particulares a direitos fundamentais, alegando que "[...]a questão que

⁴⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, 2010. apud BAGGIO, Roberta Camineiro, MARQUES, Stanley Souza. Vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais: breves considerações da Filosofia Constitucional DOI 10.12957/dep.2013.5856 245 - Revista Direito e Práxis Vol. 4, n. 7, 2013, p. 245. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/5856/6390>>. Acesso em: 20 abril. 2018

está por trás do problema é bastante simples: os direitos fundamentais, que originalmente foram pensados para regular as relações entre os indivíduos e o Estado, devem produzir efeitos nas relações das quais este não participa, ou seja, nas relações entre particulares?”⁵⁰

A relação é difícil, pois os direitos fundamentais tendem a suprimir a autonomia da vontade privada, e para que sejam realmente horizontalizados é necessária uma solução. Basicamente o assunto envolve a necessidade (ou não) de uma intervenção para regular situações de violação de direitos fundamentais entre particulares.

Sarmiento afirma que as desigualdades fáticas são ponto chave para tal relação. Leciona que quanto maior a desigualdade maior deverá ser a tutela do direito fundamental em detrimento da autonomia. Virgílio Afonso, no então, faz críticas apontando que:

[...] (1) Sarmiento usa o conceito como sinônimo de desigualdade material; (2) O conceito é estanque, já que tende a pressupor que sempre que houver desigualdade material entre as partes envolvidas deverá haver maior proteção dos direitos da parte materialmente mais fraca; (3) Isso ignora o jogo de forças no interior da relação, que pode ser muito mais importante do que a condição material dos envolvidos e não estar a ela necessariamente vinculado.⁵¹

Ainda em Sarmiento há o critério existencial, que estaria em dissonância com o econômico, havendo um maior poder da autonomia privada no primeiro caso. Aqui há uma espécie de ideal que visa compelir a os comportamentos individuais em realidades que emanam de direitos fundamentais.

Steinmetz⁵², por sua vez, é adepto de Alexy e da proporcionalidade como método de compatibilização entre direitos fundamentais e autonomia privada, por

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*. v. 1 n. 1. p. 173 – 180. Maio. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35274/34067>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

⁵¹ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: lumen juris, 2004. apud SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*. v. 1 n. 1. p. 173 – 180. Maio. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35274/34067>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

⁵² STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004. apud SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*. v. 1 n. 1. p. 173 – 180. Maio. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35274/34067>>. Acesso em: 08 jul. 2018

entender ambos como princípios (mandados de otimização). Sua maneira de sopesá-los está baseada em precedências *prima facie*, expostas há pouco, todavia desenvolvendo e desenvolve quatro deles relacionadas justamente à igualdades/desigualdades fáticas, abrindo caminho para as máximas da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Já preliminarmente Virgílio Afonso supera as questões fáticas apontando a mesma visão sobre as tese de Sarmento. Ocorre que quanto ao sopesamento, em uma crítica superficial apenas sobre a máxima da *necessidade*, o autor já encontra certos impasses. Alega que caso haja mesmo uma aplicação desse jaez em relações particulares, em uma situação conflitante será investigada justamente se cláusulas ou manifestações foram realmente necessárias. Isso implica em compelir acordos ou vontades de particulares a ambientes sempre necessários em face de direitos fundamentais, ou seja, em uma perfeita balança sem oneração a qualquer lado, tornando a relação entre esses ainda mais desgastante e de difícil permanência. Exemplo seria justamente a manutenção de um reality show, aonde bem provavelmente as violações à intimidade (art. 5º, X⁵³ da CR/88) seriam alto óbice à autonomia privada e a um cenário apropriadamente necessário.

Baggio e Stanley apontam não ser possível simplesmente enquadrar os direitos fundamentais nas relações privadas, pois diferentemente do Estado, todos os particulares são titulares desses direitos, e pela questão já discutida da autonomia da vontade. Apresentam então três dos principais modelos defendidos como possíveis para vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. O da vinculação indireta, em que é há uma prevalência do direito fundamental à igualdade no intuito de “inviabilizar qualquer efeito absoluto de direitos fundamentais nas relações de natureza privada, mantendo incólume a autonomia do direito privado”⁵⁴. Aqui os direitos fundamentais irradiariam seus valores a todo o ordenamento jurídico, depositando nas mãos do legislador a tarefa de equilibrar tais direitos com a

⁵³ BRASIL. Constituição Federal/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018. Art. 5º, inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁵⁴BAGGIO, Roberta Camineiro, MARQUES, Stanley Souza. Vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais: breves considerações da Filosofia Constitucional DOI 10.12957/dep.2013.5856 245 - Revista Direito e Práxis Vol. 4, n. 7, 2013,(p. 245)

proteção da autonomia privada, abrindo brecha ao decisionismo judicial em casos de lacunas (com base nesses valores).

Na vinculação direta os direitos fundamentais também irradiam sobre as relações privadas, todavia possuem uma autonomia normativa, como direitos constitucionais facultativos, com a necessidade de sopesar autonomia privada e direitos fundamentais no caso concreto. Expondo Steinmetz, dizem que este não vê possibilidade de que:

[...] toda norma de direito ou garantia fundamental te[nha] aplicação imediata sempre, em toda e qualquer situação concreta, com plenitude de efeitos. Isso pois defende que há certos direitos e garantias cuja plenitude de efeitos - o grau ótimo de satisfação - requer, necessariamente, a interposição legislativa, reafirmando preceito da constituição federal brasileira no art. 5º, inc. LXXI. E além disso, como já dito, posiciona-se à favor da ponderação como método de decisão quanto à colisão dos direitos fundamentais.⁵⁵

Há ainda o modelo da State Action Doctrine, em que os direitos fundamentais não têm efeitos quando fora de uma relação com o Estado. Os autores alegam um esforço da corte norte americana em equiparar certas ações privadas às ações estatais. Baggio e Stanley fazem então uma confrontação entre as concepções do liberalismo igualitário, segundo John Rawls, e do comunitarismo, de Michael Walzer, e como cada vertente apresenta sua leitura teórica sobre a os direitos fundamentais.

Mesmo não sendo o objetivo dessa obra vale expor rapidamente a conhecimento de que na primeira, pontos muito característicos são o pluralismo, a diversidade de concepções individuais sobre vida digna, a primazia dos direitos fundamentais, que “[s]ustent[am] uma concepção de justiça imparcial face às diferentes concepções individuais acerca da boa vida, através da qual viabilizar-se-ia a autodeterminação moral de todos os cidadãos”.⁵⁶

⁵⁵BAGGIO, Roberta Camineiro, MARQUES, Stanley Souza. Vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais: breves considerações da Filosofia Constitucional DOI 10.12957/dep.2013.5856 245 - Revista Direito e Práxis Vol. 4, n. 7, 2013,(p. 245). – aonde cita: STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Org.). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 126.

⁵⁶BAGGIO, Roberta Camineiro, MARQUES, Stanley Souza. Vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais: breves considerações da Filosofia Constitucional DOI 10.12957/dep.2013.5856 245 - Revista Direito e Práxis Vol. 4, n. 7, 2013, (p. 245)

E de que já na segunda, o pluralismo também é visível, porém com ênfase nas identidades sociais. *“Diferentemente da defesa liberal igualitária pela imparcialidade da concepção de justiça, recorrem, a partir de uma metodologia particularista, a uma concepção de justiça atrelada aos valores compartilhados por uma específica comunidade política”*.

1.5.3 Enquadramento da ponderação no novo paradigma constitucional

Voltando então os olhos a Alexy e sua ponderação dentro deste paradigma neoconstitucional, Simioni assevera que o autor alemão busca a “[...] aproximação dos critérios de validade formal das decisões jurídicas e os critérios de correção moral da justiça”.⁵⁷ Basicamente o neoconstitucionalismo apresenta as constituições como programas que devem ser seguidos, e aqui Alexy desenvolve sua teoria de argumentação e fundamentação jurídica.

Em Kelsen o fundamento do direito é redirecionamento, do jusnaturalismo e sua concepção metafísica, para o sistema do direito e o conceito de norma fundamental. Ocorre um distanciamento das normas de ordem jurídica daquelas de ordem prática, dando ao direito a capacidade de fundamentar-se em si mesmo, tendo como justificativa exclusivamente a competência do órgão jurisdicional. A questão é que, estando o juiz vinculado unicamente ao direito positivado, e distante da justiça moral, tornou-se indiferente o caráter das decisões (justas, corretas ou, adequadas) desde que fossem proferidas pelo detentor da competência.⁵⁸

A forma de reaproximação da razão teórica à razão prática nas decisões isso foi feito destinando a razão teórica à interpretação jurídica, e a razão prática à argumentação jurídica. Kelsen clareia a realidade de que a decisão além de criar a aplicação de norma ao caso concreto também cria o fato. “[A] decisão escolhe tanto uma entre várias narrativas possíveis do fato concreto, quanto um entre vários

⁵⁷SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 233)

⁵⁸SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 235)

sentidos possíveis do direito. A decisão, portanto, cria tanto o fato como o direito. Ela é uma continuidade do processo de criação de normas jurídicas”.⁵⁹

Por fim, o neoconstitucionalismo é movimento que justamente vem superar déficits do movimento constitucional clássico. Assim, alguns dos avanços de tal modelo são a superação do positivismo clássico que se mostrava distante de uma realidade democrática, a atribuição normativa à constituição já com a instituição de seu controle pelo poder judicial, a proteção a direitos fundamentais e a busca pelo equilíbrio entre normas através de modelos de interpretação jurídica baseados na constituição.

Para suprir o anseio neoconstitucional de reaproximação do direito àqueles elementos que o formam - os princípios morais, os valores éticos, os elementos deontológicos e axiológicos -, sem, contudo voltar ao jusnaturalismo, ou ainda, perder as conquistas do neopositivismo, Alexy propõe um redirecionamento à argumentação.⁶⁰

⁵⁹SIMIONI, Rafael Lazzarotto, Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 237)

⁶⁰SIMIONI, Rafael Lazzarotto, Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p. 238-239)

2 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

2.1 A Teoria procedimental de Robert Alexy

Hans Kelsen teve protagonismo histórico quanto à busca por respostas legítimas e seguras dentro de um teoria do direito realmente pura, e evidenciou claramente o método para que esta se mantivesse imaculada de influências externas ao próprio direito. Isso foi feito com o direcionamento da razão prática ao âmbito da argumentação jurídica, em que as decisões do órgão competente, trajadas da moral, concepções políticas e da vontade subjetiva do julgador, dariam conta da faticidade ausente na TPD.

A teoria de Alexy vem então para racionalizar tais decisões, justamente pela percepção de que essa abertura decisional viria carregada de discricionariedade, criando assim um procedimento coerente para suprir o anseio de correção dessa escolha de uma entre as várias respostas corretas dentro da moldura criada pelo direito puro.

Vale então demonstrar detalhadamente a visão do autor alemão, suas nuances e a (suposta) racionalidade que é atribuída ao seu procedimento, para que, assim, seja possível um olhar crítico em relação ao proposto nesta obra: a verificação de seus possíveis retrocessos no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente pela positivação da ponderação no atual Código de Processo Civil.

2.1.1 Regras, Princípios e a máxima da proporcionalidade

Regras e princípios então são normas, porque ambas dizem o que deve ser, podem ser formulados por expressões deônticas básicas do dever como permissão e proibição. Sua diferenciação teórico-estrutural entre regra e princípio é base da teoria da fundamentação dos direitos fundamentais e pode auxiliar na compreensão dos efeitos de possíveis afastamentos e colisões de tais direitos, aplicação em dimensão horizontal, perante terceiros e na repartição de competências nos tribunais

constitucional. É ponto de partida para a resposta sobre a possibilidade dos limites da racionalidade dos direitos fundamentais.⁶¹

Há alguns critérios tratados por autores diversos (Alexy cita Esser, Larenz, J. Wolff) que poderiam ser diferenciadores entre essas espécies de norma, como, *p.e.*, a “generalidade” (princípios são altamente genéricos, já as regras possuem baixa generalidade como critério mais visível), a “determinabilidade dos casos de aplicação”⁶², “caráter explícitos de seu conteúdo axiológico”, e etc., que ganham suas nuances – no modelo original- pela atuação do *BVerfGE*.⁶³

Mas, a partir desses critérios Alexy apresenta três teses sobre a distinção regra-princípio:

- a) de que todas as possibilidades de distinção em duas classes a partir desses critérios estariam fadadas ao fracasso, isso pela impossibilidade de combinação de mais de um critério na mesma definição, mediante a gradação de cada critério e pela heterogeneidade entre as espécies;
- b) outra, afirmando que existe tal distinção, mas que será apenas pautada na gradação de cada norma, ou seja, tese que foca no critério de generalidade;
- c) e por fim, também de que é possível tal distinção, mas que além da relevância do grau de generalidade há ainda grau “qualitativo” importante, e esta é a tese que apoia.

2.1.2 Princípios como mandado de otimização e regras como determinações

Princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Podem ser satisfeitos em graus variados, e dentro do binômio possibilidade fática-possibilidade jurídica esta última é definida pelos princípios e regras colidentes. Já as regras devem ser satisfeitas ou não, são determinações.

⁶¹ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.(p. 86)

⁶²ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.(p. 88)

⁶³BVerfGE é sigla para a palavra alemã *Bundesverfassungsgericht*, tradução de Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

A distinção é mais visível a partir da forma de solução dos juízos concretos contraditórios inconciliáveis. O conflito de regras tem resolução por cláusulas de exceção. A validade social e importância da norma demonstram possibilidade de graduação, a validade jurídica não. “Se não houver exceção que invalide uma norma em detrimento de outra é possível a observação de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*”.⁶⁴

Já a colisão (de princípios), na escolha de um em detrimento de outro, não há invalidação de princípios ou introdução de cláusula de exceção, mas “[...] precedência de um sobre o outro em determinadas condições”⁶⁵, estas últimas que são definidoras das soluções opostas⁶⁶. Não há prioridade ou caráter absoluto dos princípios, mas a realização de um sopesamento. Busca-se quais princípios nivelados abstratamente têm precedência no caso concreto, e os princípios só têm pesos diferentes nos casos concretos. As regras assim estão na dimensão da validade, e os princípios na dimensão do peso, sendo essa distinção pinçada por Alexy na teoria de Ronald Dworkin⁶⁷.

Dois casos são tratados na obra *A teoria dos direitos fundamentais* para melhor visualização. O primeiro é o de um senhor acusado judicialmente na esfera penal, mas que corre risco de infarto ou derrame caso compareça a sua audiência devido à pressão da situação. A colisão aqui se dá entre o Princípio da aplicação adequada do direito penal *versus* Proteção à vida ou integridade física.

Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.⁶⁸

Relações *incondicionadas*, *abstratas*, *absolutas* de precedência foram afastadas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão segundo Alexy, pois nenhum tem precedência em si mesmo sobre o outro. E ainda subsistiu a possibilidade de

⁶⁴ Na tradução do latim: ‘Lei posterior derroga lei anterior’ e ‘Lei especial derroga geral’.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 93)

⁶⁶ Mas aqui entendo que Alexy não trata de soluções opostas no sentido de irracionalidade nas decisões, mas de que as condições fáticas dão redirecionamento o procedimento de sopesar.

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 94)

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 96)

precedência *condicionada, concreta, relativa* entre princípios, o que leva a discussão sobre quais seriam tais condições, demanda resolvida através da metáfora do peso, que só é verificada no caso concreto.

Concluindo-se que o interesse do acusado tem no caso concreto peso maior que o interesse estatal então a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade. No caso citado há duas conclusões, a uma que o enunciado que tratava da possibilidade de dano grave ao acusado o privaria da audiência, condição utilizada para dar precedência do princípio de interesse deste último sobre os do Estado, formulando o enunciado como regra para tais casos. A duas que em casos futuros que se enquadrem em tal hipótese seria proibida decisão contrária com base nos Direitos Fundamentais.

Por conseguinte, de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de preferência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente⁶⁹, [e assim], [a]s condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.⁷⁰

Desta forma, a “lei de colisão”, fundamento da teoria dos princípios, define que nestes inexistem relação absoluta de precedência e que não possuem referência a ações quantificáveis e, “[a]o mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores”.⁷¹

O segundo é o caso *Lebach*, cidade alemã onde foram mortos, durante o sono, quatro sentinelas do exército de um depósito de armas alemão com simultâneo roubo de armamento. Um dos condenados estaria prestes a ver sua liberdade prisional enquanto a emissora de televisão ZDF pretendia exibir documentário sobre o assunto. Esse (quase ex-) prisioneiro seria citado de forma pessoal, o que o motivou a manifestar-se perante a justiça alemã para proteção de seu direito fundamental à proteção à personalidade, o qual fora negado no Tribunal

⁶⁹ALEX Y, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 90)

⁷⁰ALEX Y, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 91)

⁷¹ALEX Y, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 100)

Estadual Tribunal e no Superior Estadual, ajuizando então reclamação constitucional contra ambas as decisões.

Na primeira etapa constatou-se então a colisão do princípio da proteção à personalidade *versus* o direito de informação por radiodifusão. A colisão não se soluciona com base na validade, mas do sopesamento, em que nenhum dos princípios podem “pretender uma precedência geral”⁷², isso na verdade, é encontrado através do caso concreto. A segunda etapa então é observar precedências de caráter geral, que neste caso foi dado à liberdade de informar, todavia, sendo de caráter geral, não necessariamente seria justificativa final para o afastamento do princípio em colisão (proteção à personalidade), pois nem toda a notícia deve é permitida. Na terceira etapa, a decisão, fatores como o interesse atual que já havia se perdido, a importância da ressocialização do autor e a proteção da personalidade, tiveram precedência sobre a liberdade de informar. Assim, do ponto de vista dos direitos fundamentais, a liberdade de informar é proibida.⁷³

São normas de direito fundamental as estabelecidas pela constituição e as normas atribuídas. Essas últimas o são quando é possível atribuição por fundamentação referida a Direitos Fundamentais, ao mesmo tempo sendo regra, subsumível como norma positiva.

Foi o que aconteceu no caso Lebach. Diante disso, pode-se afirmar: como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido. Nesse sentido, mesmo que todas as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas tivessem a estrutura de princípios - o que, como ainda será demonstrado, não ocorre-, ainda assim haveria normas de direitos fundamentais com a estrutura de princípios e normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras.⁷⁴

2.1.3 Distinto caráter *prima facie* entre regras e princípios

Os Princípios estão ligados à realização na maior medida possível de algo, não contêm mandamento definitivo, mas *prima facie*, assim, não possuem extensão

⁷²ALEXANDER, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 101)

⁷³ALEXANDER, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 103)

⁷⁴ALEXANDER, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

de seu conteúdo em face de outros princípios e podem ser afastados por razões antagônicas. Os próprios princípios não determinam sua extensão em face de colisões. Tal caráter pode ser fortalecido por meio argumentativo.

As regras possuem determinação da extensão de seu conteúdo jurídico e fático, faz-se exatamente o que elas ordenam, a não ser por impossibilidades fáticas. Estão ligadas a não proibição/permissão da inclusão de cláusula de exceção, ou seja, permissão de que sejam criadas exceções à aplicação das regras. Quando se cria exceção a uma regra ela perde seu caráter definitivo e adquire um caráter *prima facie*, que é diferente do aplicado aos princípios. A regra então só será superada quando o princípio que a sustenta tiver peso menor que outro princípio. É necessário também superação dos princípios formais (que fortalecem o caráter *prima facie* das regras, pondo fim à validade das regras enquanto regras. O caráter *prima facie* das regras baseia-se na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas ou de prática reiterada, ainda assim, mais forte que a dos princípios.⁷⁵

Princípios são razões *prima facie*, enquanto regras são razões de caráter definitivo. Se princípios fossem meras razões para regras eles não poderiam servir como razões diretas para decisões concretas. Na verdade, regras podem ser razões para outras regras e princípios também podem o ser para decisões concretas, além de razão para regras. Decisões pressupõe identificação de direitos definitivos, e sempre que um princípio for razão decisiva para um juízo concreto do dever-ser será fundamento de uma regra com caráter definitivo. Por fim, regras e princípios são razões para normas e com isso, também para ações, e aqui se faz importante observar a posição do próprio Alexy quando afirma que:

O conceito semântico de norma é desenvolvido para essa tarefa. Se se compreendem regras e princípios como razões para normas, a relação de fundamentação fica limitada a objetos de uma categoria, o que facilita seu manejo e, sobretudo, sua análise lógica.⁷⁶

Essa particular leitura do autor será importante mais adiante na exposição de críticas sobre o método de buscar no texto o sentido, como se a regra ou o

⁷⁵ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.(p. 106)

⁷⁶ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.(p. 107)

princípio já fossem detentor do mesmo. Isso porque a vertente hermenêutica busca dar significação aos entes à partir da linguagem normativa.

Princípios são relativamente genéricos até adentrarem o mundo fático e normativo, momento que se chega a um sistema *diferenciado de regras*. Essa afirmativa é relativamente correta quando comparada a demais normas que não são princípios. Outras características dos princípios são o conteúdo axiológico inerentes a ele, o que os torna mais facilmente identificáveis que o da regra; também são fundamentação para regras, e ainda, direcionam o direito num modelo de fundamentação do geral para o especial. Mas há outro ponto importante na visão de Alexy que refere-se à positivação dos princípios, pois:

[...] a contraposição dos princípios, enquanto normas “desenvolvidas”, às normas “criadas” deve-se à desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de positivação detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o direito.⁷⁷

De certa forma o autor afirma não ser obrigatória a utilização da principiologia que defende para a teoria dos direitos fundamentais, mas apresenta certas críticas objeções a essa teoria dos princípios e sua conceituação, quais sejam:

a) ser possível resolver certas colisões com invalidação de princípios: trata-se aqui de princípios muito fracos e até mesmo de observar que um princípio antagônico sempre será preterido. Mas é necessário reunir conceito de contradição normativa em sentido amplo para demonstrar dois conceitos de contradição normativa de conflito de regras e colisão de princípios *lato senso*: I - validade: âmbito das regras, definindo o que deve permanecer no ordenamento. Todavia abre-se postulação de validade nos princípios, referindo-se àqueles antagônicos, que sustentariam mandamentos contrários ao ordenamento jurídico e, assim, não seriam válidos. II - interior do ordenamento: sempre serão colisões de princípios, e dentro

⁷⁷ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 109)

do ordenamento só existem princípios válidos, assim, pressupõe-se que princípios são sempre válidos.⁷⁸

b) haver princípios absolutos: princípios extremamente fortes que nunca cedem. Se existissem teriam precedência em qualquer caso, até contra o princípio que estabelece que as regras sejam seguidas, não conhecendo nenhum limite jurídico/fático, assim a teoria da colisão não seria aplicável⁷⁹. Princípios absolutos de interesse coletivo afastariam Direitos Fundamentais. De interesses individuais, em caso de colisão, fariam com que todos os outros absolutos cedessem, o que demonstra não ser conceito compatível com direitos individuais ou não poderem ser garantidos a mais de um sujeito. Para isso observe-se ainda que:

c) a norma da dignidade parece ser absoluta, mas na verdade o que tem é um caráter de princípio e de regra ao mesmo tempo, e de possuir amplo grau de precedência por um grupo de condições⁸⁰, chegando ao ponto de nem se analisar sobre sua prevalência, mas sobre se foi violada ou não, demonstrando o caráter de regra. Todavia sua abertura dá margem à apreciação. O caso concreto dita como deve ser analisada a norma quanto à dignidade. Se o tribunal não enxergar violação da dignidade por motivação à depreciação humana, e sim para proteção da ordem democrática, *p.e.*, a proteção do Estado terá precedência.⁸¹ “Se o nível dos princípios a dignidade tem precedência, então ela foi violada no nível das regras”⁸² Enfim, se houver violação da dignidade humana ela será tratada como regra, se houver necessidade alheia a essa dignidade, princípio colidente, será princípio;

d) e ainda, que:

[...] o princípio da dignidade humana é sopesado diante de outros princípios, com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade humana. Isso é feito com base em correções a (...) tampouco é violada se a execução da pena for necessária em razão da permanente periculosidade

⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 110)

⁷⁹ Criticamente, pode-se dizer então que o que sustenta a aplicação de regras é um princípio de que as regras devem ser seguidas ou não.

⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 111)

⁸¹ Essa talvez seja uma das justificações para os casos atuais de total desnaturamento de institutos processuais (ou de inovação judicial, legislação positiva) como nas conduções coercitivas, praxe em processos advindos da nomidada operação lava jato e afins.

⁸² Em última análise isso significa que os precedentes à favor desse princípio torna sua aplicação, em detrimento de outros princípios, uma regra.

do preso e se, por essa razão, for vedada a graça".⁸³ Com essa formulação fica estabelecido que a proteção da "comunidade estatal", sob as condições mencionadas, tem precedência em face do princípio da dignidade humana. Diante de outras condições a precedência poderá ser definida de outra forma.

e) a amplitude do conceito: que enquadra-se tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos. Assim, se princípios que se referem àqueles alcançam necessariamente estes, há também a necessidade da criação ou manutenção de situações que satisfaçam critério que possam ir além da validade ou satisfação de pretensões individuais. Afirma o autor que para Dworkin as normas de interesses coletivos seriam como políticas, e os princípios seriam apenas os de caráter individual, negando que tal distinção seja correta.⁸⁴

2.1.4 A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade

A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. [...] Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais [...] decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Com citação, importantíssima para o deslinde deste trabalho, Alexy afirma que princípios são mandados de otimização e que o sopesamento decorre da relativização em face de possibilidades jurídicas, e ainda, que este ocorre quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com outra antagônica.⁸⁵

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre dos princípios em face de possibilidades jurídicas, às máximas da necessidade e adequação, de possibilidades fáticas. "As condições sob as quais um princípio prevalece sobre o

⁸³ Alexy cita decisão do BVerfGE apud ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 113)

⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 116)

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 117)

outro constituem o suporte fático de uma regra, a qual expressa as condições jurídicas do princípio prevalente.”⁸⁶

Garantias estabelecidas por Direitos Fundamentais estão relacionados a princípios, e precedência pelo resultado de sopesamentos refere-se a regras. Aponta que seria necessária uma análise pormenorizada de cada caso sopesando todos os interesses em jogo.

O autor aponta que um modelo puramente de princípios não possibilitaria um respeito à constituição escrita, isso com base na carta alemã, que possui hipóteses distintas de possíveis restrições de direitos, dando tal abertura ao texto que lhe tiraria a rigidez.

Já um modelo puro de regras apresenta normas livres de sopesamento, que trazem garantias de segurança social, mesmo que carentes de complementação. Pensando em direitos fundamentais garantidos sem reserva, não há restrição alguma a qualquer liberdade. Se possuir apenas reserva simples, à disposição do legislador - que deverá respeitar apenas exigências formais -, esvazia-se de seu conteúdo essencial, além de não vincular mais o legislador. Com reservas, direitos fundamentais tornam-se pouco garantistas. O modelo estrito de regras com reserva qualificada, que dá parâmetros mais sofisticados para impedir a garantia de proteção aos direitos fundamentais relacionados à intervenção do Estado em casos mais intensos, todavia, torna-se insuficiente justamente em casos mais simples, não justificando atuações incisivas.

Alexy alega que o único critério aceitável é o sopesamento. Alega ainda que nos Direitos Fundamentais sem reserva, quando deparados com casos complexos são “expressão de determinadas relações de preferência entre princípios, e que casos de restrição de Direitos Fundamentais exige que sejam atendidas as máximas para sopesamento”.⁸⁷ Assim, ambas as perspectivas já não encontram suporte no modelo puro.

O modelo puro de regras fracassa em todas as três formas de regulação dos direitos fundamentais consideradas acima. É possível supor que esse modelo é insuficiente também para as outras formas de regulação encontradas na Constituição alemã. O modelo puro de princípios foi

⁸⁶ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 117)

⁸⁷ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 136)

rejeitado porque ele não leva a sério as regulações adotadas pela Constituição. Quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis, deve-se considerar a possibilidade de uma forma mista ou combinada, ou seja, de um modelo combinado. Um tal modelo é o modelo de regras e princípios, que surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras.⁸⁸

Dessa forma, afirma que de direitos fundamentais emanam normas com simultâneo caráter de regras e de princípios, com algumas particularidades. Assim, “Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo”.⁸⁹ Alexy afirma ser o Tribunal Constitucional o responsável por dar maior precisão ao texto constitucional, reduzindo a abertura semântica dos direitos fundamentais, isso a partir de sua *práxis* jurisprudencial. Assim, a ciência dos Direitos Fundamentais passa a se tornar uma ciência da jurisprudência constitucional. Todavia, percebendo que as decisões desse Tribunal passam a trazer polêmicas e ainda mais discussões sobre tais direitos fundamentais, se faz necessária uma maior racionalidade e fundamentação às questões relacionadas aos direitos fundamentais, momento em que sua teoria dos direitos fundamentais encontra espaço para atuar.

A teoria dos princípios está localizada no âmbito da deontologia (dever ser), e a teoria dos valores no da axiologia (o âmbito do bom). Alexy traz referências importantíssimas sobre a Constituição de Weimar (com a visão pós-guerra e abertura valorativa de caráter normativo), sobre o Tribunal Constitucional alemão, principalmente no caso Lüth, e sobre três concepções evidenciadas como ideais da época e que foram utilizadas neste julgado.

O caso Lüth⁹⁰ envolveu Veit Harlan, um cineasta alemão que fora grande impulsionador de ideais nazistas através de filmes como *Jud Süß* em 1941, que denegria intensamente a imagem do povo judeu. Eric Lüth, judeu que presidia o Clube de imprensa apoiou um grande boicote dos judeus ao filme “*Amada Imortal*” que Veit Harlan lançaria na época, o que resultou em um fracasso de lançamento.

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 136)

⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 145)

⁹⁰ MARMELSTEIN, George. *50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra*. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em : 19 ago. 2018

Harlan ingressou em na justiça alemã no intuito de ver restituído o prejuízo causado pelo boicote, tendo sucesso nas instâncias ordinárias.

Lüth inconformado com a vitória do cineasta apoiador do nazismo e recorreu à Corte Constitucional, aonde deu-se uma decisão paradigmática e basilar do fortalecimento de direitos fundamentais sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais e, como alguns defendem, a necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos.

Essa linha é apoiada por Alexy cujo assevera que a Lei fundamental teria estabelecido um ordenamento valorativo objetivo, não uma mera sessão de valores neutros, mas que realmente teriam caráter normativo. Traz também que os direitos fundamentais estariam, em primeira linha, destinados a assegurar a liberdade do indivíduo frente ao Estado, mas que esse sistema, baseado na dignidade da pessoa humana, deveria servir como base para todos os âmbitos do direito, e assim demonstrando a horizontalidade dos direitos fundamentais.⁹¹

E, como foi fundamentado na decisão *Lüth*, tal ordenamento valorativo seria qualificado com uma “hierarquia valorativa”, justificando a necessidade de uma ponderação. Alexy expõe em sua teoria os critérios para realização da ponderação de valores (princípios). Apresenta as diversas críticas à teoria, mas argumenta sobre a racionalidade que o procedimento traz às decisões.

Tratando sobre a existência de uma ordem hierárquica de valores, demonstra a dificuldade de definir quais valores (princípios) nesta ordem abstrata, que deve ser completa e fechada, são relevantes ou não do ponto de vista dos direitos fundamentais. Isso porque, conceitos como liberdade, igualdade e dignidade, quando tratados com alto nível de generalidade não criam problemas para se abarcar uma ampla listagem de valores; porém, quando a discussão passa a tratar de maior especificidade a dificuldade aumenta, o que diminui a força do sistema.

⁹¹ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p. 155)

2.1.5 Os juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para uma maior objetivação do trabalho, vale agora uma análise pormenorizada da teoria alexyana e de sua proposta para racionalização das decisões judiciais por meio das etapas para a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Cada uma dessas etapas são essenciais para que a regra da ponderação de Alexy seja alcançada sob pena 'des'racionalizar o método caso não sejam seguidas uma a uma. E para que isso seja possível é importantíssima a caracterização das normas e de suas nuances, o que será feito à seguir.

Enquanto as duas primeiras se encarregam de esclarecer as possibilidades fáticas, a última será responsável pela solução das possibilidades jurídicas do conflito, recebendo do autor o nome de lei do sopesamento (ou da ponderação) que tem a seguinte redação: "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro".⁹²

O juízo ou máxima da adequação está referenciado em questões fáticas. Trata-se de "otimização sobre possibilidades fáticas", diante de qual, se um meio exigido por um princípio normativo é empregado para atingir um fim, mesmo que seja adequado, quando interferir em outros princípios normativos criará uma situação deve sofrer restrições, ser proibido. Nas palavras de Simioni:

A máxima da adequação razoável estabelece uma referência empírica, uma referência à adequação fática. Uma referência à relação de adequação entre os meios necessários para atingir a finalidade exigida por um princípio jurídico. Trata-se em outras palavras, de uma otimização sobre as possibilidades fáticas da relação entre os meios e os fins exigidos por princípios.⁹³

Nesse sentido, a adequação por si só não tem poder de afastar uma norma principiológica, mas apenas demonstrar a possibilidade de utilização de determinados meios para que os fins desejados. Quando há então uma colisão

⁹² STRECK, Lenio Luiz. *Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!* Conjur, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 20 nov. 2017

⁹³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. p 284-285

entreo princípio que fundamentaria tal meio e um outro princípio ocorre uma inadequação, uma não adequação, que redireciona a escolha para um meio que não afete outros princípios. Essa substituição pode não ser possível, abrindo caminho para um juízo de necessidade daquele meio, de forma que interfira minimamente nos princípios normativos em discussão.

Nessa etapa, o juízo ou “máxima da necessidade tem a ver, portanto, com a justificação do afastamento de princípios em situação de colisão com os meios necessários para a realização de outros princípios”.⁹⁴ Observa-se aqui se há possibilidade de otimização dos princípios em situação de colisão, se existe um meio termo alcançável para que não haja interferência absoluta de um princípio sobre o outro.

O intuito é de que a finalidade desejada seja alcançada com equilíbrio, buscando uma saída para a satisfação total de um princípio em detrimento ou afastamento total de outro. Daqui nascem princípios como o da reserva do possível que, entre outros, oferece (supostas) soluções a dificuldades de prestação estatal, das quais são exemplos o fornecimento (ou não) de medicamentos de alto valor pela rede pública de saúde –, *p.e.*, compagamento de remédios mais baratos que ofereçam o mesmo efeito –, ou o custeio de procedimentos médicos no exterior – buscando procedimentos mais baratos ou dentro do país –, assuntos estes ligados a altos gastos financeiros.

Normalmente esses princípios estão relacionados à possibilidade ou não de o Estado arcar com tais realidades, “que transforma o conteúdo normativo dos princípios jurídicos em uma questão econômica de concorrência entre necessidades de satisfação do melhor grau possível”.⁹⁵ O problema encontra-se então na impossibilidade de otimizar tais situações. No caso então de necessidades indiscutíveis – de que o remédio X seja a única solução, ou de que somente o procedimento médico Y salve a vida de um indivíduo –, surgem os casos difíceis, em que a única saída, ou a necessidade razoável⁹⁶, leva à escolha de um em detrimento de outro princípio.

⁹⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto, Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p 286)

⁹⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto, Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p 286)

⁹⁶ Cf. SIMIONI, Rafael Lazzarotto, Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. (p 286) – A ideia da necessidade

Alexy vem apresentar, a partir da proporcionalidade em sentido estrito, a definição de qual princípio possui maior necessidade de realização, sendo possível e imprescindível apenas pela a ponderação de princípios. Assim, não encontrando saídas pelas máximas da adequação e necessidade, somente a ponderação poderá justificar a proporcionalidade (em sentido estrito) da situação para o afastamento de um princípio normativo em detrimento de outro, o que é realizado (e isso é importante) pela argumentação jurídica.

Sendo obrigatória na colisão de princípios, “Alexy observa que as máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são regras cujo cumprimento garantem já uma aproximação à exigência da racionalidade”.⁹⁷ Com base na leitura exposta nos itens acima fundamenta-se cada uma das etapas ou máximas exigidas para a efetivação da ponderação de Alexy.⁹⁸

Recorrendo ao simbolismo lógico, o autor vai elaborar, então, a sua “fórmula do peso”, uma equação que representa a máxima da proporcionalidade em sentido estrito e através dela permitir ao intérprete atribuir graus de intervenção e importância (leve, moderado ou sério-forte) a cada um dos princípios a fim de estabelecer qual prevalecerá [...]. A resposta obtida pela ponderação resultará numa *norma de direito fundamental atribuída (zugeordnete Grundrechtsnorm)* que, fruto da resolução dessa colisão, será uma regra aplicada subsuntivamente ao caso concreto (e que servirá para resolver também outros casos).⁹⁹

razoável, portanto, está ligada à ideia de que um meio é necessário enquanto não há outro meio possível, nem juridicamente, tampouco faticamente, para realizar a finalidade exigida por um princípio jurídico. P. 288

⁹⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto, Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. 832p. p 291

⁹⁸ VIDAL, Marcelo Furtado. Princípio da proporcionalidade, ponderação de bens e direitos humanos fundamentais trabalhistas. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 8 , n. 15. Jan./Jun. 2006. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/15/artigos/01.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2018. Em suas palavras: [...] *superprincípio, [que] divide-se em três princípios constitutivos: princípio da conformidade ou adequação de meios (Geeignetheit); princípio da exigibilidade ou da necessidade (Erforderlichkeit) e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit). No primeiro caso, exige-se que a medida adotada para a realização do interesse público seja apropriada à consecução do fim ou fins a ele subjacentes, tratando-se de controlar a relação adequação medida-fim. No segundo, procura-se demonstrar que para alcançar determinado fim, não era possível adotar outro meio menos oneroso. Por fim, realiza-se um juízo de ponderação, ou justa medida, com o fim de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional. Está imbricado no conceito do princípio da proporcionalidade a ideia de ponderação, ou juízo de ponderação*

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veto!* Conjur, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 10 nov. 2017

Assim, demonstra-se brevemente a complexidade daquilo que hoje alega-se ser a ponderação, que caracteriza-se na verdade por um procedimento desenvolvido durante um longo caminhar teórico e que busca atribuir à decisão judicial uma sofisticada racionalidade no manuseio de princípios normativos.

2.2 O art. 489, §2º e o sentido do dever de ponderação

O Direito possui linguagem própria. No ordenamento jurídico palavras representam algo por um motivo, conceituações que caso não sejam levadas a cabo podem desestruturar os instrumentos de organização da sociedade. Ao se dizer, *p.e.*, que pactuou-se um mútuo subentende-se, pelo Código Civil, que ocorreu um empréstimo de coisa fungível¹⁰⁰, com consequências jurídicas de cunho patrimonial, e não simplesmente um acordo de vontades qualquer em que há “reciprocamente entre duas ou mais pessoas ou coisas”¹⁰¹. O mesmo diploma trata do ausente¹⁰² como pessoa desaparecida de seu domicílio sem deixar notícias ou representantes, hipótese em que desencadeiam-se diversas consequências jurídicas como a curadoria, sucessão provisória, etc., não tratando-se meramente de indivíduo que não esteja presente neste ou naquele local.

Assim, observando-setecnicamente a ponderação, e pelo que já se tratou anteriormente, na linguagem inerente ao direito não é possível atribuir tal termo a um processo qualquer de escolha judicial baseado em bom senso, ou meramente ao direcionamento do juiz àquilo que a *phrónesis* propõe, nem na deliberação quanto os interesses em jogo, na consciência do justo, ou, mais objetivamente, como uma palavra à total disposição do decisor.

¹⁰⁰ BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 19 ago. 2018. Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

¹⁰¹ Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/m%C3%BAtu>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹⁰² BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 19 ago. 2018. Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.

Nessa linha, com o advento do novo diploma processual civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015¹⁰³, houve expressa determinação da ponderação como método de resolução de demandas normativas. O novo diploma inovou/retroagiu com a instituição do art. 489, §2º, abrindo amplo campo de discussão sobre o estabelecimento da ponderação como método de resolução de “casos difíceis”.

De todo modo, até aqui o maior interesse foi o de informar, de trazer à baila a teoria da ponderação e o posicionamento de Robert Alexy quanto normas, direitos fundamentais, decisão e argumentação jurídica. Para fechamento desse tópico vale expor brevemente como alguns autores brasileiros se manifestam em relação ao assunto, ou simplesmente, à palavra ponderação, para que se dê o real desfecho da obra.

2.2.1 Argumentos a favor

A doutrina é o pensamento sobre direito. É resultado de trabalho contínuo de juristas de âmbito tanto privado como estatal, que são impulsionados pela complexidade de cada matéria a se aventurarem na definição, conceituação, esquematização e, em alguns casos, apresentações críticas sobre o vasto campo jurídico. Em certas áreas é considerada até mesmo como fonte do direito, o que demonstra a relevância do posicionamento ou não dos autores diante de determinados assuntos.

Dessa forma, não é surpresa a enorme discussão que se seguiu no campo do pensamento jurídico sobre tal dispositivo, que *ipsis litteris* institui:

§ 2º. No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão¹⁰⁴.

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018

¹⁰⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018

Objetivamente para este tópico, vejamos como os processualistas e doutrinadores se posicionam sobre essa realidade em assuntos diversos dentro do direito processual civil.

Zulmar Duarte de Oliveira Jr. apresenta o esquema de silogismo subsuntivo para apuração dos meios e da escolha de provas na decisão judicial, alega a impossibilidade de se alcançar a verdade material no processo. Deve-se ater a verossimilhança entre fatos e provas, vez que a verdade possui alto déficit de sua própria apuração, não havendo nem mesmo uma verdade processual, mas um processo que impõe limitações normativas para apreciação das provas. Salienta então que o direito a prova trata-se de direito fundamental, encontrando guarida em outros como o da ampla defesa, contraditório e principalmente o devido processo legal, entretanto afirma que esse fato:

[...] significa reconhecimento da máxima potencialidade possível (efetividade) [...] o que implica a inviabilidade de criação de obstáculos legislativos irracionais ou não razoáveis que tornem praticamente impossível ou extremamente difícil o seu exercício, sob pena de a vedação legislativa ter de ser considerada inconstitucional.¹⁰⁵

Tratando então de provas ilícitas, observa haver previsão imprescindível de legalidade vide art. 369 do CPC, dispositivo derivado do 5º, LVI da CR/88; mas afirma aceitar a possibilidade de *ponderar a ilicitude das provas com princípios de igual envergadura*.

Para fortalecer a discussão, vale expor palavras do autor Elpídio Donizetti em comentários ao novo CPC:

Além disso, nos termos do § 2º do art. 489, na hipótese de colisão entre normas, “o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. O critério de aplicação e escolha de uma ou de outra norma é um critério fático. A aplicação ou o afastamento de regras e princípios (espécies de normas) serão realizados de acordo com as especificidades do caso concreto.¹⁰⁶

¹⁰⁵CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: RT, 2001. p. 200-201 apud GAJARDONI, Fernando Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, Andre Vasconcelos, OLIVEIRA Jr., ZULMAR, Duarte. Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença - Comentários ao CPC de 2015. Método, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971854/>>. Acesso em: 19 ago. 2018. (p. 218)

¹⁰⁶DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009859/>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

Ora, mas a ponderação, proporcionalidade em sentido estrito, irá aplicar critérios de adequação e necessidade no momento da escolha entre esta ou aquela regra? É cediço que há necessidade de discussão sobre o assunto e esclarecimento da tamanha insegurança que tal artigo trouxe ao ordenamento jurídico.

2.2.2 Argumentos contrários (por vezes, não tanto assim)

Todavia, na contramão da aplicação indiscriminada da ponderação e da relativização de direitos há autores como Bruno Campos Silva¹⁰⁷, que em texto sobre a aplicação do art. 489, §1º do CPC¹⁰⁸ traz à tona a realidade da atuação do judiciário, com exemplo (não surpreendentemente) do próprio que STF posicionando-se contrário à interpretação do texto legal ambiental (Lei 12.651/2012 - Código Florestal)¹⁰⁹ sob argumento da proteção ao 'princípio do não retrocesso'. Ora, adiante será possível verificar que a utilização do próprio status de princípio a este critério ou objetivo social não tem aplicabilidade substancial para resolução de demandas - por nem mesmo tratar-se de um direito fundamental -, ferindo inclusive o próprio direito fundamental à fundamentação vide art. 93, IX da CR/88 cravado do §1º do 489 CPC.

Assim, por citar a necessidade da integridade e coerência do direito e ainda denunciar a relativização direitos pela sobreposição de princípios em detrimento das próprias regras que emanam da legislação, indiretamente critica uma equivocada leitura do que são essas normas, o que conseqüentemente desemboca na discricionariedade.

¹⁰⁷ SILVA, Bruno Campos. *Novo Código de Processo Civil*. Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016. (acompanhado de autores como Ada Pellegrini, Fredie Didier Jr. p.153-159

¹⁰⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018. Art. 489, §1º § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I [...]

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. *Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

Todavia é interessante observar que na mesma obra, Magno Federici Gomes defende tese de Wambier e Talamini, de que no caso de colisão de princípio se faz necessário o balanceamento dos fatores por meio da ponderação, o qual chamam de execução equilibrada (no sistema financeiro habitacional, tema do texto em questão)¹¹⁰, acompanhando ainda tese de Bonavides quando apresenta a ponderação como meio mais eficaz para resolução destas colisões. E ainda, Vitor José Mello Monteiro continua afirmando a necessidade de fundamentação na sentença arbitral à qual se deve demonstrar quais os termos da ponderação foram aplicadas ao caso concreto para escolha de um princípio em detrimento de outro.¹¹¹

Isso tudo fica ainda um pouco no ar sobre o posicionamento dos autor, todavia, há certos juristas que apresentam de forma extremamente esclarecedora alguns pontos sobre a ponderação, os quais serão mais tratados adiante. Todavia, vale expor o seguinte trecho de comentários ao código civil em obra organizada por Lenio Streck, Humberto Theodoro Junior e Leonardo Cunha:

O aludido § 2.º, ao estabelecer que o juiz fará ponderação de normas , é incompatível com o art . 93, IX, da Constituição , além de entrar em descompasso com outros dispositivos do próprio CPC , como o art. 10, o art. 926, que determina que a jurisprudência seja estável, íntegra e coerente , e o próprio art. 489. E que não se invoque a doutrina de Ronald Dworkin , pela simples razão de que nem de longe o balancing quer dizer ponderação . São coisas bem distintas. Por isso, há que se ter muito cuidado , para que o CPC não folclorize a ponderação , mormente se for levada em conta uma alegoria de autoria do Min. Roberto Barroso, considerada, para ele, a saída ideal em situações de conflito de interesses, valores ou normas. Na anedota-alegoria, o Ministro conta que um amigo seu comprou um Opala e resolveu testar a potência do carro . Ao chegar em uma cidade , em alta velocidade , o tal amigo se deparou com um cortejo fúnebre pela frente . Ao ver que não conseguiria frear a tempo , pensou: “vou mirar no caixão” . Guardado o lado anedótico, no fundo é assim que a ponderação à brasileira vem sendo feita . Faz-se uma escolha . Como se decisão fosse escolha . Como se estivesse na esfera do juiz escolher . Como se a lei e os fatos estivessem a sua disposição. Por isso, mira-se no caixão.¹¹²

¹¹⁰ CIANCI, Mirna, DELFINO, Delfino, L., DANTAS, Bruno. (10/2015). *Novo Código de Processo Civil - Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar* V.1, 1. Ed. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637153/>>. Acesso em 24 ago. 2018(p.362-363)

¹¹¹ CIANCI, Mirna, DELFINO, Delfino, L., DANTAS, Bruno. (10/2015). *Novo Código de Processo Civil - Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar* V.1, 1. Ed. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637153/>>. Acesso em 24 ago. 2018(p.467)

¹¹² THEODORO JUNIOR, Humberto. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil* . São Paulo : Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>>. Acesso em: 20 ago. 2018

Tais alegações são apenas introdutórias a toda discussão que se seguirá, acima foi apresentado apenas superficialmente como autores de áreas variadas se manifestam com o termo ponderação e, sabendo ou não da relevância e da carga teórica que apresenta, o posicionamento sobre a ponderação, *balancing*, sopesamento ou proporcionalidade em sentido estrito.

3 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Esta etapa é conclusiva. A partir daqui afunila-se a pesquisa objetivando definir (alguns) pontos impactantes das teorias do jurista alemão Robert Alexy no direito brasileiro. O primeiro capítulo versou sobre as origens da ponderação, demonstrando que a essência do sopesamento (ou balanceamento) não tem origem primariamente em Alexy, mas que o modelo contemporâneo é resultado de superação (ou não) de modelos anteriores como a ponderação romana, a ponderação de interesses, a ponderação de bens e a ponderação de valores. Trata ainda do que representa o movimento alexyano no paradigma (neo)constitucional, e de como suas teorias se se posicionam para resolver o déficit de racionalidade no direito e nas decisões judiciais.

O segundo capítulo aprofunda tecnicamente a teoria, expondo a funcionalidade (ou seja, o procedimento e as etapas que devem ser respeitadas no intuito de se alcançar racionalidade desenhada pelo jurista); características (qual o enquadramento normativo das regras e dos princípios e como 'devem' afetar o [ou ser utilizados no] direito); critérios (definições, momentos, motivos pelos quais foram estatuídos os juízos exigidos na ponderação); aplicação prática (como a teoria é utilizada efetivamente pelos processualistas brasileiros com exemplos reais); todos os pontos relevantes para que as críticas posteriores sejam fundamentadas.

Neste terceiro e último capítulo será exposta a corrente hermenêutica em contraposição à teoria argumentativa de Alexy, e como esta última fomenta pedâncias até mesmo em sua versão primordial (alheia à realidade Brasil). Além disso, também será demonstrado o distanciamento de paradigmas filosóficos que a ponderação possui, bem como a arbitrariedade que delega a juízes e ministros do judiciário. A partir de critérios objetivos será possível ainda visualizar o déficit de recepção que apresenta no ambiente jurídico brasileiro e a vazia aplicação da proporcionalidade em sentido estrito especificamente pela suprema corte brasileira, o que parece encobrir um caos institucional.

Por fim, verificados os impactos e os retrocessos sociais das teorias de Robert Alexy no Brasil, será formalizada uma crítica desconstrutiva das mesmas,

principalmente quanto à positivação da ponderação no atual código de processo civil (Lei 13105/2015, 489, §2º)¹¹³, demonstrando sua fragilidade obrigacional e fornecendo, inclusive, base teórica processual para a rejeição da aplicação do instituto pelo judiciário.

3.1 Verdade e consenso - O problema do solipsismo judicial

É oportuno abrir aspas à visão do autor Lenio Streck, que além de tratar-se de jurista brasileiro sempar, é também intenso opositor da recepção teórica da ponderação alexyana e da introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, de outras teorias que estariam em dissonância com um sistema doméstico que baseia-se em uma concepção democrática e de busca por um direito coerente.

Em uma breve exposição de seu livro *Verdade e Consenso*, mais especificamente no posfácio dessa brilhante obra, Lenio discorre sobre o sujeito solipsista, aquele que age discricionariamente/arbitrariamente, conduzindo a legalidade conforme sua consciência interpretativa e sendo legitimado para tanto, assunto que será tratado seguir, em um percurso na ordem cronológica do texto do autor, mas com uma leitura aplicada à pertinência do tema em tela.

3.1.1 Hermenêutica e ponderação de princípios

Lenio defende uma teoria substancialista que se baseia no campo da hermenêutica, afirmando ser necessária uma pré-compreensão de significações para uma real compreensão jurídica. A compreensão leva à interpretação que ocorre simultaneamente à aplicação dos institutos. Não se prende à estrita exegese, mas tem como parâmetro o sentido que os sujeitos dão a Lei, a partir do que é construído pela da filosofia (do direito).

¹¹³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018

O objetivo da hermenêutica jurídica é fornecer uma *teoria da decisão judicial*, que esteja desatada da consciência do juiz e que possibilite uma resposta estatal em consonância com o Direito em si. Nesse sentido, não é possível a manutenção do pensamento moderno de que o objeto do direito seria puramente os anseios do sujeito, ou seja, que o Direito seja fruto puramente da razão (prática).

Ao contrário disso, percebe que viradas filosóficas têm (ou deveriam ter) interferência direta no compreender jurídico, citando especificamente o paradigma kantiano, que tirou o objeto do centro do pensamento para observar o mundo a partir do sujeito (que passa a dar significação ao objeto sem necessariamente buscar a essência do que realmente seria). E também a virada ontológica de Heidegger, onde a filosofia passa a perceber o relacionamento dos conhecimentos prático e teórico, que levam a uma pré-compreensão do mundo prático a partir de princípios.

Direto ao assunto, Lenio cita que “[o] sujeito solipsista encontra-se na delimitação do direito como objeto de análise lógico-formal, objeto esse criado pelo próprio produtor do conhecimento”.¹¹⁴ Quando Alexy oferece a resposta judicial, principalmente em *hard cases*, com base em um sopesamento de princípios fundamentais, não o faz meramente articulando textos constitucionais para o melhor enquadramento no mundo prático, mas o faz com base em uma construção própria do que são esses princípios e de como manuseá-los.

“Objetivamente, a escolha (neo)positivista foi de optar por uma ficção epistemológica, quando sabia-se (ou descobriu-se posteriormente) ser impossível o afastamento prático do direito, principalmente com o anseio democrático emergente à época”.¹¹⁵

¹¹⁴STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 p.456

¹¹⁵STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso: em 01 ago. 2018 p.456

3.1.2 Intepretação, aplicação e pré-compreensão na hermenêutica

Permaneceu a questão objetivista-subjetivista. Lenio defende aqui que há equívocos constantes das teorias discursivo-argumentativas, que mesmo após a conquista linguística de Heidegger com o *círculo hermenêutico* - já citada (re)aproximação entre razão prática e teórica (contexto intersubjetivo de fundamentação) com privilégio às “[...] vivências fáticas- não raro observa-se convencionalidade entre defesa da lei formal e a busca pela resposta solipsista, resultando até mesmo na violação constitucional em face da *vontade do intérprete*”.

A conseqüente emancipação da hermenêutica em detrimento da epistemologia - conseqüência da virada linguística heideggeriana - apresenta a percepção de uma ontologia fundamental

[...] no interior da qual o ser é pensado não da perspectiva de um ente absoluto e eterno, mas, sim, nas estruturas precárias e finitas da própria condição humana (a faticidade do Dasein, seu modo-de-ser-no-mundo),deixando paratrás o “plano epistemológico”(nívelcognitivo eperceptivoemque se moviam Husserl e Dilthey).¹¹⁶

O que se quer aqui é o afastamento do método como fundamento para a validade do conhecimento, a percepção de que há estruturas anteriores ao próprio conhecimento, que emanam a compreensão. Isso quer dizer, por exemplo, que uma pré-compreensão do que seriam os princípios constitucionais e porque eles existem são fundamentos para que os sujeitos compreenda a própria constituição em sentido substancial e não meramente escrito.

A hermenêutica então afasta a possibilidade de se pensar o Direito independentemente da maneira do sujeito enxergar o mundo, do próprio ser no mundo.

Por tais razões, assume absoluta relevância o rompimento paradigmático na hermenêutica proporcionada por *WahrheitundMethod*, de Hans Georg Gadamer, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica não mais

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso: em 01 ago. 2018 (p.456)

será uma “questão de método”, passando a ser filosofia. E isso faz a diferença.¹¹⁷

O intérprete sempre atribui sentido, e Gadamer afirma não ser possível a interpretação por etapas, o que significa a impossibilidade de separação entre interpretação e aplicação, o que afasta também “ponderações” em etapas.

A compreensão, que vem de uma fusão de pressupostos anteriores, mostra que o sentido vem antes do conhecimento, e que não interpretamos para compreender, e sim compreendemos para interpretar. “A interpretação, como bem diz Gadamer, é a explicitação do compreendido”.¹¹⁸

3.1.3 Aplicação e decisão

A crítica à hermenêutica filosófica vem de uma suposta falta de normatividade que impediria a aplicação de uma teoria da decisão. Lenio rebate com a justificativa de que essa visão estaria presa uma conceituação de teorias argumentativas, e que a interpretação (nos moldes hermenêutico-filosóficos) já seria conseqüentemente a aplicação do Direito.

Castanheira Neves, que segundo Streck, seria o melhor crítico de uma teoria da validade do Direito, o faz especificamente a sua tese:

Para o positivismo de matriz kelseniana, o vínculo entre verdade e validade dava-se da seguinte maneira: a validade é atributo das normas jurídicas, como prescrições objetivas da conduta; ao passo que a verdade é uma qualidade própria das proposições jurídicas que, na sistemática da teoria pura do direito, descrevem – a partir de um discurso lógico – as normas jurídicas. Ou seja, novamente estamos diante da principal operação epistemológica operada por Kelsen, que é a cisão entre direito e ciência jurídica; (...) normas jurídicas ou são válidas ou inválidas; proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas.¹¹⁹

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso: em 01 ago. 2018 (p.467)

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 (p. 468)

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 p. (469)

Proposições jurídicas descrevem as normas, se elas forem contraditórias à determinação de qual é verdadeira também definirá a validade. Por sua vez, Herbert Hart cria uma visão um tanto diferenciada quando alega que a validade do Direito viria da fundamentação por regras de duas dimensões, as primárias que determinam direitos e obrigações, e as secundárias, que autorizam a criação das primárias. Em sociedades pré-modernas haveria apenas as de primeira dimensão, que teriam base unicamente na *aceitação*, o que segundo Dworkin refere-se ao grau de obediência/obrigatoriedade e reprovação ao descumprimento. Para Hart a validade estaria na compatibilidade entre as regras primárias e secundárias.

Ocorre que na modernidade o sistema jurídico depende da validade, e Dworkin afirma a possibilidade de uma regra de reconhecimento, em Hart, equivalente a norma hipotética fundamental de Kelsen (aquela acima da própria Constituição Federal tendo base o Brasil), serem a resposta à necessidade de fundamento do sistema jurídico.

A diferença desses (modelos positivistas) para o modelo heideggeriano está na busca que este tem por uma verdade mais sofisticada, uma verdade próxima da faticidade. A verdade deve ser buscada no mundo prático e reproduzida no âmbito teórico; o modelo excessivamente teórico que defendem os positivistas clássicos engessa a realidade. Em síntese, nessas teorias, o direito que deveria nascer do mundo prático está distante dele, e a solução fica à disposição da vontade do intérprete.

O que a hermenêutica filosófica quer é reaproximar razão prática e razão teórica, validade e legitimidade, pois seriam indissociáveis em nosso sistema. Afastar, assim, a possibilidade de uma aplicação ser considerada válida e posteriormente ser revogada por um déficit de legitimidade (moral, p.e.). Defende que “há uma cooriginariedade entre validade e legitimidade, tal qual há entre direito e moral”.¹²⁰ Conforme já fora explanado no item 2.1.2, é a partir de critérios de validade que Alexy define a regra aplicável em casos de conflito.

3.1.4 Críticas à hermenêutica e a possibilidade de uma teoria da decisão jurídica

¹²⁰STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 p. (469)

Há uma conexão interna entre compreensão e aplicação, sendo a última cumprida com a interpretação. Lenio diz que as críticas a Dworkin e sua teoria integrativa, p.e., são pautadas no equívoco da separação entre interpretação e aplicação. Ocorre que, segundo a *applicatio* em Gadamer, interpretar é aplicar. A ideia é impedir que seja criada uma teoria abstrata na confiança de que o mundo real se adeque a ela. As teorias argumentativas e epistêmico-processuais esquivam-se do juiz, alegando ser impossível sua atuação livre da razão prática.

Dworkin, por sua vez, alega ser possível essa intervenção do juiz com base na responsabilidade política de cada um, proferindo decisões com base principiológica (não meramente construídas e deixadas à disposição da comunidade jurídica), não política. A figura de Hércules traz a ideia de uma decisor que pode ser controlado; “com Hércules se quer dizer que não é necessário, para superar o sujeito solipsista da modernidade, substituí-lo por um sistema ou por uma estrutura (v.g., como fazem Luhmann e Habermas)”.¹²¹

Lenio afirma que Castanheira Neves teria as crítica mais relevantes à hermenêutica jurídica e às teorias de Dworkin, por isso as seguintes respostas tornam-se tão esclarecedoras. Primeiramente, Castanheira alega não haver uma teoria da decisão na hermenêutica jurídica, o que é rebatido por Lenio com a realidade da *applicatio*, ou seja, compreender seria interpretar e concomitantemente aplicar, não anulando a epistemologia, mas dando legitimação aos processos cognitivos.

Explicitar o compreendido quer dizer que a compreensão ocorre em um nível estruturante (razão hermenêutica), em que o sentido se dá de forma antecipada, em face dos nossos inelutáveis pré-juízos (autênticos ou inautênticos) acerca dos entes intramundanos. A explicitação desse compreendido é a forma de entificação minimamente necessária para que, no plano da intersubjetividade – portanto, superando o cognitivo esquema sujeito-objeto –, consigamos nos comunicar.¹²²

¹²¹STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 p. 469

¹²²Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018.p. 120: *Applicatio* significa impossibilidade de “acoplar” conceitos a coisas. Em outras palavras, não há sentidos à disposição do intérprete que, posteriormente, venham a ser “encaixados” às “coisas-ainda-sem-sentido”. É isso que significa *applicatio*.

Isso quer dizer que a explicitação proveniente da compreensão é base para uma comunicação alheia a métodos que se pré-estabeleçam com uma necessária causalidade, ou uma defesa lógica. Sem uma universalização baseada em silogismos é possível uma compreensão advinda do círculo hermenêutico (comunicação dos mundos teórico e fático) e da diferença ontológica (atribuição de sentido, introdução do mundo prático na filosofia), e por esses dois teoremas dar-se-á validade à hermenêutica. Mais profundamente:

[...] hermenêutico (na diferença ontológica) é o que, de fato, proporciona a ruptura com qualquer possibilidade de decisão entre fato e direito, palavra e coisa (para falar apenas esses dualismos). Graças a esse conjunto de elementos é que Gadamer rompe com qualquer possibilidade de subsunção ou dedução. [...] Daí a ruptura provocada pela hermenêutica, com grande repercussão no direito: para que haja subsunção, deve haver, antes, um conceito “sem coisa” (esseé o império da “razão teórica”, na indevida cisão feita pelo positivismo entre razão prática e razão teórica). O sentido se dá na síntese hermenêutica da coisa mesma (*die Sache Selbst*). Assim, não é possível concordar com a assertiva de que a hermenêutica não dá resposta à questão da validade (normatividade), apenas a enfrenta da maneira possível ao nosso modo-de-ser-no-mundo.¹²³

A segunda crítica de Castanheira trata-se do déficit de metodologia na hermenêutica jurídica (mesmo que Gadamer acuse o método de estar assentado no esquema sujeito-objeto). Gadamer teve uma deficiência na especificação jurídica, mas aqui o necessário é observar a pré-compreensão (que tem o foco no afastamento do inautêntico e é inerente à Constituição) e a indissociabilidade de compreensão de matérias de fato e de direito (justaposição entre interpretar-compreender-aplicar).

A partir disso ressalta-se o compromisso da hermenêutica jurídica com a realização do direito reivindicando respostas corretas. Sintetizando observações de Lenio, a busca extrema pela validade pode dar amplos poderes à metodologia. A hermenêutica está fundada na tradição, o afastamento do método não significa abertura à irracionalidade ou a arbitrariedades e a interpretação sempre se dá em caso concreto (impedindo a cisão fato e direito pelo círculo hermenêutico). Assim,

¹²³STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018. p.479.

não é uma questão de déficit de metodologia, é questão de que a decisão se aperfeiçoa com a interpretação.

Em terceiro, Castanheira acaba concordando que a hermenêutica jurídica e a teoria integrativa de Dworkin seriam sim teorias da decisão, mas que não se importariam com a discricionariedade/arbitrariedade. Nessa alegação ambas seriam relativizadoras de respostas aos problemas jurídicos.

Na verdade “A validade é o resultado de determinados processos de argumentação em que se confrontam razões e se reconhece a autoridade de um argumento”.¹²⁴O que deve ser observado nessa vertente de pensamento é que a autoridade decisória apresentar-se-á incompatível com a arbitrariedade, sendo o juiz totalmente passível de inspeccionamento principiológico.

Insista-se: quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípio e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente à disposição da “comunidade jurídica” como enunciados assertóricos ou categorias (significantes primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem constar no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito, não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes etc. – ele deve decidir por princípios). É preciso compreender que essa “blindagem” contra discricionarismos é uma defesa candente da democracia, uma vez que Dworkin está firmemente convencido – e acertadamente – de que não tem sentido, em um Estado Democrático, que os juízes tenham discricionariedade para decidir os ‘casos difíceis’. [...] Hércules é uma metáfora, demonstrando as possibilidades de se controlar o sujeito da relação de objeto, isto é, com Hércules se quer dizer que não é necessário, para superar o sujeito solipsista da modernidade, substituí-lo por um sistema ou por uma estrutura (v. g., como fazem Luhmann e Habermas).¹²⁵

3.1.5 Metodologia e interpretação jurídica

¹²⁴STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 p. 482

¹²⁵STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018. p.485.

A principal busca então se trata da manutenção da democracia mesmo em face de situações sem resposta imediata no direito, ou pelas incertezas de linguagem, abstendo-se de lançar mão da discricionariedade do judiciário, substituindo vontade de poder dos juízes por uma produção democrática advinda do direito.

Lenio afirma ainda um ponto importantíssimo quando apresenta a pré-compreensão como limite do decisionismo judicial. O faz negando qualquer crítica de que haveria necessidade de uma espécie de adequação posterior fundamentada da natureza do intérprete, ou na regionalização do pensamento (hermenêutica constitucional, p.e.), justamente por tratar-se de filosofia.

É na pré-compreensão que está a condição de possibilidade da hermenêutica filosófica e o giro linguístico-ontológico. A discussão de Lenio gira em torno dos dois vetores da racionalidade, o apofântico (entender/nível lógico argumentativo) e o hermenêutico (compreender/nível estruturante) “[...] o método morreu porque morreu a subjetividade que sustentava a filosofia da consciência(ocusdo sujeitosolipsista [...]).”¹²⁶

Em síntese: O método (defendido por teorias argumentativas como a de Alexy) sucumbe em face da superação do esquema sujeito-objeto. Falta de método não significa também de racionalidade, mas na verdade maior necessidade de controle da interpretação.

Hermenêutica não é lógica, e trabalha em um nível de racionalidade I, estruturante, transcendental não clássico. Teorias da argumentação ficam num plano II, racional, lógico. O que significa a contraposição apofântico e hermenêutico (a/s)? hermenêutica: âmbito intersubjetivo (sujeito-sujeito). Método/teorias procedurais (sujeito-objeto); Além disso, Alexy - enquadrando-se nessa visão subjetivista - não crê na possibilidade de uma definição refinada dos direitos fundamentais (o que para ele diminuir-lhes-ia o valor), e usa a discricionariedade como saída para o sopesamento, tanto do legislativo quanto do judiciário, apostando no protagonismo judicial.

Lenio concorda com Arthur Kaufmann quando este nega qualquer vinculação entre teorias da argumentação jurídica e hermenêutica (Ulfrid Neumann

¹²⁶STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018. p.487.

diz que nem sequer existe a teoria da argumentação jurídica) “Assim, já é questionável que se possam considerar a tópica e a retórica como formas especiais da teoriada argumentação”. A hermenêutica e a teoria de Dworkin aceitam respostas corretas, buscando a racionalidade; as críticas a essas teorias se baseiam na visão moderna de que a falta de método é causa para a irracionalidade. Em Dworkin as críticas a Hércules e seu suposto solipsismo não se sustentam devido a compromisso deste com a integridade e coerência. Na hermenêutica fática de Gadamer a ligação entre interpretação e aplicação (três subtilitates) e a autoridade da tradição afastam a discricionariedade.

As teorias filosófico-analíticas têm forte tendência de utilizar o enunciado como base para do problema da linguagem, o que se percebe na linha brasileira há muito tempo. Aqui, Lenio critica a dogmática no sentido de buscar na lei o sentido das palavras. Leciona ainda a crítica de Heidegger à filosofia da linguagem por alegar que a essência desta não provém das palavras, é anterior. Assevera que as palavras não têm significado, que necessitamos das palavras para dar significação às coisas. E ainda, que o discurso é articulado a partir da (pré-)compreensão que gera os significados para o *Dasein*, que se move na dimensão da verdade. Essa pré-compreensão não se trata de uma criação, mas de uma descoberta heideggeriana admitida assim por Gadamer, que é contrária a relativismos não pode haver confusão entre pré-compreensão e o *lebenswelt*, preconceitos ou cosmovisão. A pré-compreensão é do nível *a priori*, antes do significado, não se trata de estrutura construída. “Não nos perguntamos por que compreendemos, pela simples razão de que já compreendemos – lembrando aquilo que ensina Heidegger: em todo discurso, como um existencial do *ser-aí*, já há uma compreensibilidade sendo articulada”.¹²⁷ A pré-compreensão é expectativa de alcançar um conhecimento originário, com uma interpretação distante das intuições ou senso comum.

De todo modo, a matriz da hermenêutica filosófica consegue superar o paradigma epistemológico da filosofia da consciência, diferentemente da ponderação, na qual o sujeito solipsista continua presente. Este que está:

¹²⁷STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018. (p.492)

[...] – presente na concepção kelseniana de interpretação no 8º Capítulo da TPD– aparece fortemente quando Mártires Coelho sustenta que “a exclusão de uma alegação e a rejeição de outra[quando em face da solução judicial de um conflito] é um ato pessoal do juiz, baseado na sua compreensão de direito, da vida, dos fatos, a qual não se faz sem envolvimento cultural, emocional, sensitivo e até mesmo estético. Este ato complexo nunca será uma atividade absolutamente objetiva. Ela só se realizará com o concurso da vontade do juiz, no ato de escolhafinal (frag. n. 613)”.¹²⁸

Ocorre que não há proibição do juiz em interpretar. Interpretar é dar sentido. Direito é um sistema de regras e princípios comandado pela Constituição Federal e a concretização das leis em normas não depende da vontade subjetiva do juiz. Todavia, a justificativa judicial para completar vaguezas linguísticas pode ser lida como um retorno a Kelsen, além de omissão quanto ao giro linguístico-ontológico pelo qual a filosofia passou. A discricionariedade combatida é a que transforma juízes em legisladores, ou mais, “[...] propicia a ‘criação’ do próprio objeto de conhecimento, típica problemática que remete à questão do solipsismo característico da filosofia da consciência no seu mais exacerbado grau”¹²⁹ (razão humana sendo base da significação da realidade).

¹²⁸STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018. (p.492)

¹²⁹STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018. (p.499)

3.1.6 Pós-positivismo e discricionariedade

O eminente autor denuncia equívocos e mal-entendidos quanto ao termo “pós-positivismo”. A carga dos conceitos do positivismo e do neopositivismo quanto à discricionariedade são ponto central da questão: como controlar a atuação da jurisdição? No positivismo (pós-exegético) a discricionariedade era indissociável da tese, não podia ser controlada pela ciência do direito, tratava-se de mera construção epistemológica.¹³⁰

O pós-positivismo caracteriza-se pelo movimento teórico que busca enfrentar as vagezas normativas criadas pela razão prática, enquadrando esta última como episteme relevante. Os autores que se aventuram nessa busca são Alexy, de matriz analítica e argumentação jurídica direciona-se a um visível retorno a Kelsen e à discricionariedade do decisor; Habermas, com o discurso comunicativo; Müller, na matriz estruturante (raiz em Gadamer); Dworkin, Kaufmann, Esser, na Jurisprudência dos valores; Lenio com a matriz hermenêutica-fenomenológica; antirrelativismo, antidiscricionarismo filosóficos, entre outros.¹³¹

Alexy apresenta a ligação entre as razões à partir da correção de Radbruch. articulação entre o discurso geral e especial, que dando abertura à discricionariedade do julgador, pode ser enquadrado teórico de constitucionalismo de continuidade (kelseniana). Em Habermas há o discurso comunicativo em substituição ao sujeito solipsista, retirando o sujeito do centro e incluindo a sociedade, afastamento da razão prática (que é parecido com o positivismo).

Na hermenêutica há então a morte do sujeito solipsista. o *Dasein* supera o solipsismo por demonstrações das estruturas existenciais do ser no mundo.¹³² A Intersubjetividade está ligada significância (projetos de sentido e significados que o *Dasein* articula no discurso); o círculo hermenêutico é o movimento compreensivo na

¹³⁰STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 p. (501)

¹³¹STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 p. (503)

¹³²STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 p. (504)

estrutura existencial que leva a produção de um enunciado, estrutura criada por cada *ser-aí*. Conhecimentos mais sofisticados vêm da relação hermenêutico-apofântico, relação prática e teoria em circularidade antecipando o sentido. Não mais se fala em razão (prática ou teórica), que estava ligada ao sujeito solipsista, pois que em Heidegger há inclusão do mundo prático na filosofia, mundo, não razão, o que implica transcendência, e essa visão do sentido prático da hermenêutica se torna antevisão de Gadamer e suas teorizações.¹³³

Em Müller o positivismo não enfrentou a discricionariedade judicial. O pós-positivismo vem tentar encontrar estas respostas por perspectivas teóricas e práticas para a concretização do direito. Há sim uma fuga da concepção semântica do positivismo. Chega-se então em Dworkin, em que há a maior aposta quanto ao vencimento do positivismo, por meio da resposta correta e pontos como a correção da interpretação em Gadamer, a história, a tarefa interpretativa, a fuga da discricionariedade, a superação da razão prática pelo mundo prático e a tradição hermenêutica.

Assim, há consequências díspares na formação dos conceitos. Em Alexy e Habermas há aposta na visão procedimental, na hermenêutica a validação se dá na decisão. Na hermenêutica não se dissocia validade e legitimidade; a relação direito moral difere em cada teoria e nem todas superam o positivismo.

A partir dessas distinções entre cada tese defendida percebe-se que deve haver independência teórica, sem mixagens; deve-se superar então o solipsismo epistemológico.¹³⁴

A superação do positivismo significa também superação do sujeito solipsista e a subversão do esquema sujeito-objeto. Na hermenêutica não há a vinculação ao sujeito da razão prática e da substituição desse sujeito pelo procedimento. Equívocos constantes são percebidos pelas escolhas aleatórias das teorias pós-positivistas, exemplo disso são os princípios, que não podem dar abertura para discricionariedade. No positivismo havia indiferença aos princípios, usados apenas para sanar incompletudes sistêmicas, isso demonstra que a abertura semântica dos

¹³³STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 p. 505

¹³⁴STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 p. (507)

princípios das teorias argumentativas está em total desacordo com o pós-positivismo,¹³⁵ e que para a construção de uma teoria que realmente nos moldes desse paradigma é necessário:

Por fim Lenio apresenta os seguintes pontos de grande importância para a construção de uma teoria pós-positivista:

- a) o direito do Estado Democrático de Direito não provém da sociedade, mas aponta para a reconstrução social;
- b) a construção de uma nova teoria das fontes que precisa de um afastamento de normas contrárias à constituição federal e de teorias que relativizam validade/eficácia;¹³⁶
- c) direito e moral não são interdependentes, são cooriginários, e assim, o direito é autônomo. O direito só recebe conteúdos morais na elaboração legislativa. Nem o legislador pode ser discricionário, está vinculado à constituição federal. A decisão judicial é racionalizada na Lei, assim não se coloca a moral como corretiva do direito;¹³⁷
- d) a elaboração das leis não esgota o problema do conteúdo do direito. Visões procedimentalistas não podem se utilizar deste fator para esgotar a discussão da concreta normatividade; é necessário apostar no constitucionalismo e sua materialidade principiológica, que pela virtude soberana da constituição federal supera a discricionariedade. E também, o substancialismo não abre mão do procedimentalismo. As diretrizes constitucionais vinculam a *applicatio*. Legislação democrática é filtrada principiologicamente e há um alto grau de autonomia do direito pelas constituições dirigentes;¹³⁸
- e) aceitação do sujeito e sua relação com o objeto, mas na hermenêutica, com efetivo controle interpretativo. Proteção do direito produzido democraticamente.

¹³⁵STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 p. 508

¹³⁶STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 p. (509)

¹³⁷STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 p. (510)

¹³⁸STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 p. (510)

Fuga do esquema sujeito-objeto que dá base ao sujeito solipsista. Sustenta-se respostas adequadas constitucionalmente;

f) não mais cisão entre moral e direito. O estado democrático de direito traz uma autonomia ao direito que o blinda de dimensões exteriores (economia, política, etc.) com base em princípios constitucionais;

g) nos casos difíceis não há mais protagonismo judicial. Estratégias argumentativas de isenção de responsabilidade trazem a política para o direito. Os juízes não podem fazer juízos constitucionais neutros (ocultam os motivos reais). A leitura moral prega fidelidade à constituição federal e exige juízos de moralidade política, fundados em princípios abertos a discussão pública. Todos os casos, fáceis ou difíceis, merecem resposta “fundamentada e justificada em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito”.¹³⁹

3.1.7 Intepretação e autonomia do direito

No positivismo fático, antes da Constituição, a discricionariedade escondia-se na política, o que resultava claramente em diminuição da autonomia do direito. A luta do direito contra o poder arbitrário e a decisão privilegiada apostava nas diversas formas de realismo jurídico contra aquela realidade.

A ideia de Lei surge na revolução francesa e tinha como objetiva retirar do monarca a centralização do poder de declarar guerra e celebrar a paz e do controle sobre os conflitos internos (vontade do governante). Na modernidade esse modelo é substituído pelo parlamentarismo, com a representatividade do povo (que nesse contexto eram os burgueses), e sua posterior queda em face do Estado Legislativo.

Com a edição de códigos no séc. XVIII, os jusnaturalistas e o código de Napoleão, o sujeito é visto como centro de onde surge o código civil. Há tentativa de regular todos os atos da vida civil, mas a realidade mostra ser impossível tal empreitada. A solução vislumbrada foi por lado a lado legislador e juiz racionais.

¹³⁹STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 p. 512

Legislador discricionário (político) e juiz preenchendo os vácuos linguísticos (discricionariedade de segundo nível), justificado pelos princípios gerais do direito, analogia e costumes, conforme política judiciária.

Com o legislador tem-se o ato de conhecimento (desenvolvido na ciência do direito), no juiz, o ato de vontade (*do poder*, ou seja, o decisionismo judicial). A estrutura do Estado Legislativo permanece até o primeiro momento do Estado Social, mas dá lugar a uma maior discricionariedade no nível do poder executivo. Importante expor que a discricionariedade administrativa (política, de 1º nível), eclodiu nos modelos nazifascistas totalitários da Europa. Lenio afirma que a discricionariedade é principal culpada pela arbitrariedade no direito e cita ainda Ferrajoli quando compara o pós-1964 ao Estado Social Burocrático, em que a discricionariedade da maioria eventual combate a criação de um sistema garantidor das minorias, base na constituição, ou seja, um Estado Social de Direito.

Após 1988 chegamos então a um sistema de garantias que resolve a discricionariedade política com os limites, com o freio da vontade das majorias contra as minorias.

Na verdade, a Constituição – do paradigma do Estado Democrático de Direito – vai além de ser um freio à vontade das majorias, uma vez que passa a estabelecer um modo de a sociedade ser transformada a partir do direito, com a incorporação daquilo que venho denominando de “promessas incumpridas da modernidade. Trata-se de fazer, destarte, com que este sistema de garantias incorporado pela Constituição seja devidamente concretizado”.¹⁴⁰

O estado democrático de direito traz a limitação da discricionariedade legislativa que está na constituição e os limites entre moral, direito e política. Canotilho aponta para o freio na discricionariedade do legislador no dirigismo constitucional. Ferrajoli traz o garantismo para preservação da autonomia do direito (democracia feita a partir do direito). Todas essas teorias (também de Dworkin, Habermas, e a própria hermenêutica de Lenio) apontam para a autonomia do direito.

Por tudo isso, é possível afirmar que os princípios são o modo concreto de enfrentamento da discricionariedade judicial, porque são a manifestação da densidade normativo-concreta de um mandamento legal (regra-preceito),

¹⁴⁰STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018. (p.516)

sendo que, mesmo aqueles preceitos nomeados como princípio, também necessitam dessa singularização que só ocorre no momento aplicativo.¹⁴¹

Com base na viragem linguístico-ontológica, a subsunção não esgota a aplicação de um texto legal, é o principal espaço para discricionariedade por preencher os espaços que aquela deixa quanto às insuficiências ôntico-semânticas (o compreender). No dirigismo não há subsunção (ruptura com a discricionariedade legislativa).

3.2 O déficit da recepção da teoria da ponderação na jurisprudência brasileira

Lenio insiste que Kelsen não separou a direito da moral, mas a ciência do direito da moral. A aposta na primeira proposição leva a crer que as atrocidades ocorridas na 1º e na 2º guerra mundial teve causa no direito estritamente positivista, que a continuidade nesse pensamento viciado implica na alegação de trazer a moral de volta ao direito, isso acaba ocorrendo na aposta nos princípios, o que leva a um alto desenvolvimento de princípios em todos os sentidos e resulta-se num imbróglio jurídico de indeterminações normativas.

Apresenta cinco importações indevidas que o Brasil teria realizado e que muito provavelmente são causadoras de diversas complicações jurídicas, quais sejam: a) jurisprudência dos valores: incompatível; b) argumentação Jurídica de Alexy; c) ponderação de princípios; d) ativismo norteamericano: não é um sentimento constitucional; e) a metodologia de Savigny. São cinco métodos que devem ser utilizados dentro de seu contexto.

Tal realidade desemboca na superação do positivismo - descomprometida com os institutos normativo a partir do chamado paradigma racionalista-subjetivista - ,

¹⁴¹STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018. (p.516)

que é visível na escola instrumentalista do processo e o suposto aperfeiçoamento do sistema jurídico pelo sábio protagonismo judicial.¹⁴²

3.2.1 Um erro cometido antes mesmo de se ponderar

Não são poucas as críticas à aplicação inadequada das teorias alexyanas nas resoluções de recursos extraordinário e ações específicas sobre matéria constitucional na suprema corte brasileira. O STF, conhecido como guardião da constituição (e indiretamente do constitucionalismo), possui competência para determinar, p.e., inconstitucionalidades normativas e descumprimentos de preceitos fundamentais. Ocorre que, como já fora ventilado nesta obra, o dilema envolve a inconsistência (e talvez irracionalidade) que exsurge das decisões colegiadas - ou talvez não tão colegiadas assim -, baseadas na teoria de direitos fundamentais e da proporcionalidade *stricto sensu* diante das (supostas) colisões de princípios.

Essa realidade fica muito visível em análises veiculadas por autores como Fausto Santos de Moraes, que após pôr à prova quase duzentas decisões do STF demonstra (em cada uma delas) aplicações equivocadas ou incompletas das máximas de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

José Aguiar de Oliveira tem uma crítica com escopo anterior à efetiva (tentativa de) aplicação da ponderação pelo STF. A síntese do autor é de que

[o] verdadeiro desafio para a superação do déficit de racionalidade da prática decisória do STF não se encontra, neste momento, nem na celebração das supostas virtudes da proporcionalidade, nem na condenação de seus supostos defeitos. O desafio, hoje, encontra-se no reconhecimento e na construção das condições institucionais necessárias para a instauração da deliberação no STF.¹⁴³

É interessantíssima a análise do autor, pois reforça ainda mais a dificuldade de se encontrar respostas uníssonas e constitucionalmente esperadas nos tribunais

¹⁴²STRECK, Luiz Lenio. *Lenio Streck fala sobre hermenêutica e jurisdição em tempos de solipsismo*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PrSI9umZWRw>>. Acesso em: out de 2017

¹⁴³OLIVEIRA, José Aguiar. A deliberação como condição de aplicação da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito*. 2016. V. 12, N. 2 (2016). Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1620/1058>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

em geral, tanto mais na corte suprema. Aguiar afirma que os tribunais são órgãos deliberativos, e que o ato de 'deliberar' pode ocorrer de maneira individual ou coletiva. Demonstra, com base em José Rodrigo Rodriguez, “[...] que à semelhança das cortes brasileiras em geral, o STF decide por simples agregação de opiniões dos ministros (votos) e adota a invocação de autoridades como modelo de raciocínio jurídico”.¹⁴⁴

Com isso, diz ainda que as deliberações individuais são tecnicamente possíveis, mas que as coletivas, *stricto sensu*, devem realmente ser tomadas de forma colegiada. E aqui se encontra um ponto crucial. A teoria alexyana foi importada do método de decisão da suprema corte alemã, que se trata de órgão que delibera de maneira coletiva, a partir de argumentação e explicitação de seus fundamentos. Na corte brasileira, as decisões são pautadas em votos individuais, e a fundamentação é exposta apenas para justificar o posicionamento de cada ministro.

Dessa forma, não há um posicionamento do tribunal em si resultante de inteligência coletiva, mas mero resultado de um placar, o que não se pode ser visualizado como deliberação *stricto sensu*.

No âmbito específico de um tribunal, a deliberação (discussão argumentativa) entre os participantes do colegiado constitui não apenas o contexto próprio da aplicação da máxima da proporcionalidade como também uma condição necessária da aplicação da máxima da proporcionalidade. [A falta de argumentação em forma deliberativa é o que impede que a fundamentação da decisão do tribunal em si]. Sem fundamentação argumentativa, é impossível falar em máxima da proporcionalidade.¹⁴⁵

Através dessa realidade apresentada por Aguiar, é possível enxergar mais um impasse para concretização da ponderação, mormente no STF, mas também nos demais tribunais brasileiros. Mesmo que a crítica supra não seja o objeto

¹⁴⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. Apud OLIVEIRA, José Aguiar. A deliberação como condição de aplicação da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito*. 2016. V. 12, N. 2 (2016). Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1620/1058>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, José Aguiar. A deliberação como condição de aplicação da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito*. 2016. V. 12, N. 2 (2016). Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1620/1058>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

principal neste momento, ela se mostra relevante para demonstrar que a proporcionalidade não foi recepcionada de maneira adequada no Brasil.

3.2.2 Uma perspectiva cultural (ou comportamental)

Outro ponto relevante normalmente não é discutido é o de que as teorias argumentativas e procedimentais são amplamente aceitas na seara jurídica brasileira, mas talvez o sejam devido aos padrões comportamentais típicos da sociedade brasileira, voltada fortemente a relações de segurança, certeza e anulação de riscos.

As teorias argumentativas e procedimentalistas são amplamente aceitas na seara jurídica brasileira, talvez advindas de padrões comportamentais voltados fortemente a relações pautadas em segurança, certeza e anulação de riscos. Típicas do povo brasileiro.

Explicando melhor, seria interessante uma análise da recepção dessas teorias com base nas 'dimensões culturais' apresentadas por Geert Hofstede, que fundamenta-se em fatores comportamentais das sociedades para fornecer dados confiáveis sobre a realidade de cada uma. Fatores técnicos de seu método são a *disponibilidade de distribuição de poder, o grau de vínculo entre as pessoas, masculinidade versus feminilidade, aversão a incertezas, orientação a longo e curto prazos e o caráter indulgente/retido*.¹⁴⁶

Hofstede, aplicando esse estudo ao Brasil, indica que tal população é propensa a aceitar a *distribuição do poder* e tem respeito a hierarquias; também que o país é coletivista e que as pessoas estão interligadas em um sentimento de companheirismo; que há certa homogeneidade entre competitividade e cooperação (*masculinidade e feminilidade* são pares); e ainda, que é *indulgente*, propícia a realizar impulsos e desejos.

Todavia, o mais intrigante pode ser observado na *questão aversão a incertezas*, em que o Brasil obteve pontuação altíssima, 76 em uma escala de 0 a

¹⁴⁶ Termos técnicos: '*powerdistance*', '*individualism*', '*masculinity*', '*uncertainty avoidance*', '*longtermorientation*' e '*indulgence*' respectivamente. Disponível em: <<https://www.hofstede-insights.com/country/brazil/>> Acesso em: 01 jul. 2018

100. Assim, como na maioria dos países latino-americanos, a sociedade do Brasil tem uma grande *aversão à incerteza* e, por conta disso, tende a criar muitas regras e sistemas jurídicos com a finalidade de obter mais estrutura.¹⁴⁷

Em uma análise superficial, sem aprofundamento técnico, é possível realizar um breve silogismo. Como premissa maior o estudo de Hofstede, e como premissa menor o comportamento da sociedade brasileira, a saber, a importância que é dada à lei escrita, as ferramentas de uniformização de entendimento pelos tribunais (precedentes), as constantes importações de mecanismos que aparentemente funcionam em outras nações. A conclusão que se pode chegar é de haver uma dificuldade potencial em recepcionar teorias substancialistas ou pautadas na hermenêutica - que encontram respaldo em avanços filosóficos -, e uma grande abertura a teorias procedimentais-argumentativas, o seja, puramente epistemológicas, metodológicas.

Este é o primeiro ponto preocupante sobre a recepção da ponderação no ordenamento jurídico brasileiro, de que suas dimensões culturais sejam causa quase que lógica da opção pelas teorias alexyanas para direcionamento do Estado brasileiro. O segundo trata-se das características díspares entre Brasil e Alemanha (nascido da ponderação). Em uma comparação entre ambas, a população alemã apresenta-se menos propensa à distribuição de poder, é intensamente mais individualista e voltada à masculinidade, é mais restrita (contrário de indulgente) e muito mais disposta a correr riscos.¹⁴⁸ São muitas diferenças e que podem acarretar na obediência imediata a certos preceitos da teoria, mas na aversão a outros.

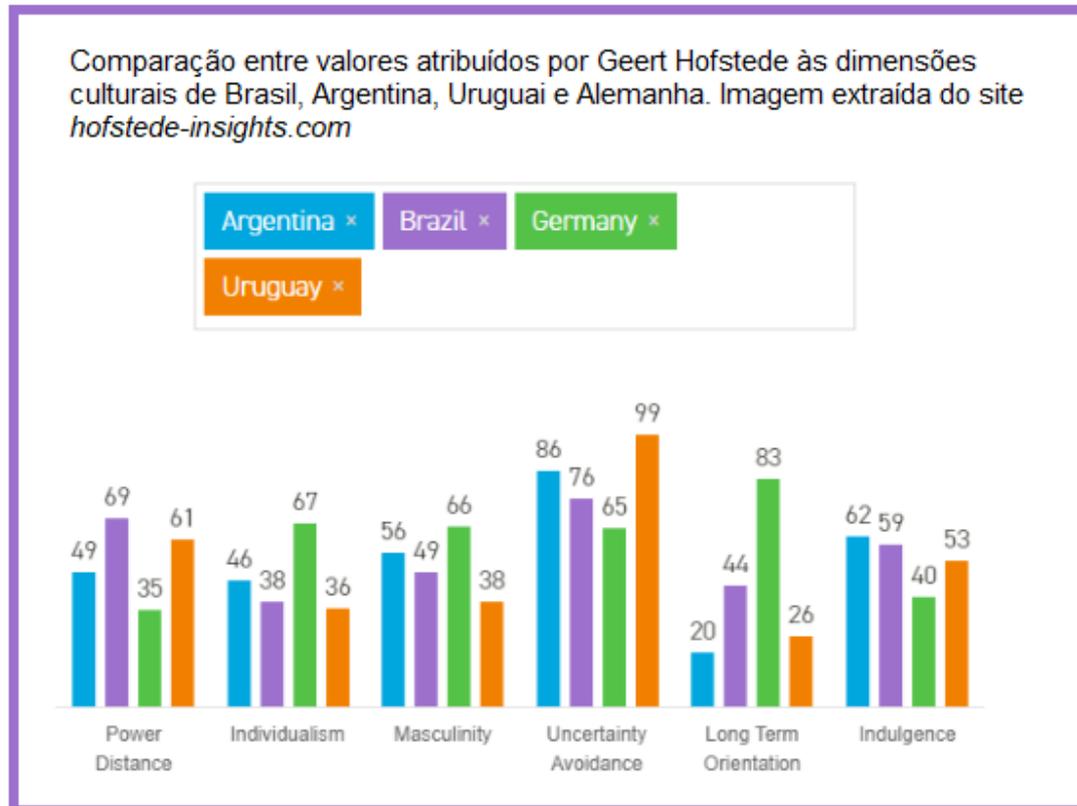
A afirmativa é ainda mais intrigante com a seguinte síntese: a partir de Hofstede é possível observar que as dimensões culturais de países da América Latina são muito semelhantes com as do Brasil - como dito há pouco -, e também mantêm as mesmas configurações em relação à Alemanha (ou seja, no fator em que a América Latina é mais, a Alemanha é menos, e vice versa). Acontece que Simioni, com obra que será ventilada à diante, afirma haver alta aceitação da visão de Alexy

¹⁴⁷ SANTANA, D. L. de; MENDES, G. A.; MARIANO, A. M.. *Estudo das dimensões culturais de Hofstede*. Análise comparativa entre Brasil, Estados Unidos e México. C@LEA – Revista Cadernos de Aulas do LEA, Ilhéus, n. 3, p. 1 – 13, nov. 2014. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/277130475_Estudo_das_dimensoes_culturais_de_Hofsted_e_analise_comparativa_entre_Brasil_Estados_Unidos_e_Mexico>. Acesso em: 01 jul. 2018.

¹⁴⁸ Cf. HOFSTEDÉ. Geert. Disponível em <<https://www.hofstede-insights.com/country-comparison/germany/>>. Acesso em: 01 jul. 2018

justamente em países que vivem crises de desigualdade social, e que critérios de ponderação são causa de potencialização dessas realidades.

A imagem abaixo foi retirada do site Hofstede-insights.com, ferramenta web que traz as medidas determinadas por Hofstede em cada população. Realizada comparação entre três países da América Latina e Alemanha, e os números reforçam a tese explicitada anteriormente.



149

De todo modo, a conclusão é de que as dimensões culturais podem ser causa não só da importação de teorias especificamente voltadas a características procedimentais argumentativas, como das discrepâncias entre a aplicação das mesmas em ambiente exterior e doméstico.

¹⁴⁹ Imagem disponível em: <<https://www.hofstede-insights.com/product/compare-countries/>>. Acesso em: 12 jun. 2018. Utilizados como parâmetro os países Brasil, Argentina, Uruguai e Alemanha.

3.2.3 Discussões já travadas

Talvez o diálogo seja uma das ferramentas mais produtivas e esclarecedoras à disposição daqueles que buscam a evolução de uma ciência. Após debruçar-se sobre determinado tema é extremamente desafiador para qualquer pesquisador colocar o resultado de seu trabalho em contraposição ao de outro. Pois bem, reflexões pessoais à parte, é importante trazer à colação o *Congresso Proporcionalidade, Dignidade Humana e Direitos Sociais na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy*, que fora realizado em Chapecó/SC, entre os dias 26 e 28 de março de 2014. Nessa ocasião, defensores e opositores de grande renome puderam trazer à comunidade jurídica os prós e contras da incorporação alexyana no ordenamento jurídico brasileiro.

O posicionamento contrário à teoria argumentativa, e a favor da hermenêutica, foi sustentado por Lenio Streck e Trindade que “[...] mostraram que a utilização da proporcionalidade em larga escala e a tentativa de blindagem analítica do jurista alemão à sua teoria ignorava questões fundamentais desenvolvidas pela hermenêutica na luta contra a discricionariedade judicial”.¹⁵⁰

A visão de Streck, que já foi exaustivamente ventilada nesta obra, fora utilizada para crítica à argumentação nessa ocasião em Chapecó. Fausto relata as três principais apresentadas por Lenio e Trindade, as quais foram:

- a) a discricionariedade de tudo poder ser ponderável para Alexy; b) a diluição da deontologia dos princípios jurídicos; e, c) a caracterização da Filosofia da Consciência como pano de fundo ao desenvolvimento de teoria da argumentação jurídica orientada a um neopositivismo lógico para racionalização da pragmática.¹⁵¹

¹⁵⁰ MORAIS, Fausto Santos de. *A hermenêutica e a insuficiência da teoria de alexy*. Conjur, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-29/fausto-morais-hermeneutica-insuficiencia-teoria-alexey>>. Acesso em: 04 jul. 2018

¹⁵¹ MORAIS, Fausto Santos de. *A hermenêutica e a insuficiência da teoria de alexy*. Conjur, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-29/fausto-morais-hermeneutica-insuficiencia-teoria-alexey>>. Acesso em: 04 jul. 2018

3.2.3.1 Trivisonno e Oliveira

Em contraposição, as defesas à argumentação jurídica promovidas por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Júlio Aguiar de Oliveira merecem exposição. Afirmam que a Alexy reconhece sim a importância de avanços filosóficos e que inclusive vê como inafastável o *círculo hermenêutico*, mas que este seria evitado de incompletude, só podendo ser superada pela argumentação. Ainda, mencionam que as críticas devem ser direcionadas a um âmbito da hermenêutica filosófica compreendida como teoria do direito, e não como uma ciência da compreensão.

Os autores defendem ainda que a argumentação jurídica não teria déficit filosófico, pois estaria pautada em uma filosofia do discurso com matrizes em Kant e Habermas. Por agora, guardemos o seguinte trecho:

É bem verdade que, em certo sentido, a versão habermasiana do princípio do discurso é mais kantiana que a versão alexyana, pois a ideia de universalidade é, em Habermas, mais forte que em Alexy. Não é senão por motivos kantianos que Habermas rejeita a ideia alexyana de ponderação e de princípios como comandos de otimização.¹⁵²

Por tratarem-se de teorias pautadas na filosofia do discurso, negam fortemente que Alexy seja alheio ao giro ontológico-linguístico (ou a dobra de linguagem). Defendem ainda que os princípios para Alexy são (sim) normas, e que mesmo acompanhadas de críticas, não perdem seu valor deontológico em situações como a ponderação. Fazem ainda uma separação entre a realidade da ponderação “em alguns” tribunais brasileiros, onde ocorre uma ponderação sem critério, e a que é proposta pelo jurista alemão, que tem como escopo a racionalidade das decisões, afastando-se então da arbitrariedade.

Por fim, enaltecem as respostas do próprio Alexy sobre as questões do déficit filosófico e da irracionalidade de sua tese que dizem estar em sua obra afirmando que:

¹⁵² TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; OLIVEIRA, Júlio de Aguiar. *Uma teoria do direito sem filosofia?! Crítica às objeções de Trindade e Streck à teoria de alexy*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/uma-teoria-do-direito-sem-filosofia-critica-as-objecoes-de-trindade-e-streck-a-teoria-de-alexey>>. Acesso em 04 jul. 2018

[e]les tampouco se ocupam do debate atual que ocorre no âmbito da teoria discursiva do direito de Alexy, sobre o papel dos princípios formais no processo de aplicação do direito, debate que eles se limitam a mencionar.¹⁵³

3.2.3.2 Oliveira e Morais da Rosa

Após isso e à favor da hermenêutica vêm de Rafael Tomaz de Oliveira e Alexandre Morais da Rosa opondo-se às argumentações acima. Primeiramente buscam desconstruir o posicionamento de que Alexy caminha sob a perspectiva filosófica, pois este desenvolve(ria) sua teoria com base meramente em uma matriz analítica, simultaneamente pautada no neokantismo de Baden e em uma filosofia da consciência (além das ponderações de valores, de interesses, de conceitos).

E aqui entra uma reflexão interessantíssima de que “[p]ara firmar uma posição filosófica recorre-se à história da filosofia, confrontam-se paradigmas filosóficos e, ao final, procura-se defender aquele que se apresenta com a melhor possibilidade de resolver os problemas filosóficos centrais”.¹⁵⁴ (A crítica sobre a *mixagem* filosófica de Lenio se enquadra aqui).

Como afirma Ernildo Stein: ‘o fato de o debate filosófico depender de sua inserção na História da Filosofia faz com que o conjunto de argumentações termine se realizando num quadro temático e conceitual que podemos chamar de paradigma filosófico. É esse que permite o surgimento de preferências no desenvolvimento do espaço de razões. Naturalmente, o paradigma filosófico apresenta certas peculiaridades que permitem sua identificação como espaço de inovação. Assim, temos uma matriz de racionalidade com o seu modo específico de olhar o método, a teoria da racionalidade, a teoria da verdade, o quadro conceitual e o espaço referencial teórico’.¹⁵⁵

¹⁵³ TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; OLIVEIRA, Júlio de Aguiar. *Uma teoria do direito sem filosofia?! Crítica às objeções de Trindade e Streck à teoria de Alexy*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/uma-teoria-do-direito-sem-filosofia-critica-as-objecoes-de-trindade-e-streck-a-teoria-de-alexey>>. Acesso em 04 jul. 2018

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ROSA, Alexandre Morais da. *Alexy, seus defensores e a filosofia como lógica ornamental*. Conjur, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-19/alexey-defensores-filosofia-logica-ornamental>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

¹⁵⁵ Stein, Ernildo. *Inovação na Filosofia*. Ijuí: Unijui, 2011, p. 40. Apud OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ROSA, Alexandre Morais da. *Alexy, seus defensores e a filosofia como lógica ornamental*. Conjur, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-19/alexey-defensores-filosofia-logica-ornamental>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

O segundo ponto é a dissonância da argumentação, e mais especificamente da ponderação - como já exposto anteriormente através de Lenio -, com os níveis de racionalidade I (estruturante, existencial) e II (lógico-matemático), este último no qual a ponderação estaria inserida sem comprometimento com o primeiro. Em síntese, o déficit de racionalidade na interpretação do direito, tão atribuído à argumentação (alexiana), encontra-se no nível I.

Mas é na afirmação de que Alexy teria ido além do círculo hermenêutico, como que completando sua suposta incompletude, que Oliveira e Rosa se contorcem de inconformismo. Esclarecem que Heidegger e Gadamer, metaforicamente, de certa forma encontram-se na mesma direção, mas em diferentes sentidos.

[...] para Heidegger a filosofia é hermenêutica (vale dizer, o modo como se desenvolve a reflexão filosófica é hermenêutico porque implica sempre uma autocompreensão do ente que questiona o ser, no caso o Dasein). Já para Gadamer a hermenêutica é filosófica porque, entre outras coisas, o problema hermenêutico é dotado de uma universalidade que não é meramente procedimental. Ou seja, o acontecimento da compreensão é o mesmo independentemente da área em que se movimenta o interprete: sejam as artes, a história ou o direito.¹⁵⁶

Gadamer é opositor a subsunções e apresenta o círculo hermenêutico como necessário à compreensão, Alexy trafega por concepções dedutivistas e de enquadramentos. Heidegger traz um aporte ainda mais profundo sobre o círculo com uma dimensão existencial, e em Alexy há algo como uma faculdade de escolhê-lo. Mas os autores afirmam que:

[e]le acontece independentemente de nosso querer e fazer. [...] Enfim, entender como insuficiente o círculo hermenêutico representa um mal-entendido com relação ao conceito no modo como articulado no ambiente da filosofia hermenêutica. E desta forma ratificam que não há uma escolha pelo círculo hermenêutico, mas que este trata-se de acontecimento que envolve a compreensão.¹⁵⁷

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ROSA, Alexandre Morais da. *Alexy, seus defensores e a filosofia como lógica ornamental*. Conjur, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-19/alexys-defensores-filosofia-logica-ornamental>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ROSA, Alexandre Morais da. *Alexy, seus defensores e a filosofia como lógica ornamental*. Conjur, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-19/alexys-defensores-filosofia-logica-ornamental>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

Finalizam a reprimenda direcionando olhares aos princípios alexyano, que podem ser enquadrados como normas e ter características deontológicas, mas que não teriam base teórica para sustentá-los. Instruem o texto com a crítica de Friedrich Müller ao conceito semântico de norma conferido aos princípios por Alexy. As regras seriam tratadas por subsunção e os princípios por ponderação, mas esta última forma uma colisão da qual se extrai uma regra como norma fundamental, enrijecendo o direito e dando, e criando, em última análise, a solução através de regras (esvaziando-se os princípios de normatividade).

3.2.3.3 Novamente, Trivisonno e Oliveira

Os autores mostram-se inconformados com as críticas à Alexy pelos seguintes motivos. Entrelinhas, alegam incoerência de Streck e Trindade por acusar Alexy de mixar teorias diversas - e além das que citaram, omitindo as raízes e, Habermas -, esquivando-se de uma filosofia de paradigma, mas que estariam fazendo exatamente o mesmo ao manusearem Gadamer, Heidegger, Putnam e Dworkin (justificando-se na matriz de racionalidade). Como que dizendo que quando a hermenêutica mixa teorias ela continua sendo filosofia de paradigma, sem ecletismos, e quando a argumentação o faz está alheia a essa realidade, é de “teor de ecletismo difícil de ser resolvido”.¹⁵⁸

Ressaltam que a teoria de direito de Alexy não tem objetivo de superar o círculo hermenêutico, pois sua teoria não é desenvolvida sobre Heidegger ou Gadamer. Além disso, atribui a Alexy o ensejo de uma racionalidade que vai muito além dos paradigmas dworkinianos.

E por fim defendem o teor deontológicos dos princípios alexyanos, nas palavras dos próprios escritores:

De fato, Alexy fala em uma regra do caso concreto, mas o argumento de Tomaz de Oliveira e Rosa de que o surgimento dessa regra para o caso

¹⁵⁸ TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; OLIVEIRA, Júlio de Aguiar. *Trindade e Streck, seus defensores e a filosofia*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/trindade-streck-defensores-filosofia-logica-ornamental>>. Acesso em: 04 jul. 2018

concreto, a partir da ponderação de princípios colidentes, significa que princípios não são normas, não faz sentido algum. Exatamente por serem normas ou, na linguagem de Tomaz de Oliveira e Rosa, exatamente por possuírem um elevado teor deontológico, podem os princípios ser base para normas concretas (ou normas individuais). Se, para Alexy, princípios são normas a partir das quais surgem normas para casos concretos, isso simplesmente não pode significar que princípios sejam normas com “baixo teor deontológico”.¹⁵⁹

3.2.3.4 Fausto Santos de Moraes

Três pontos são expostos pelo autor para demonstrar, em suas próprias palavras, “a falibilidade de Alexy da teoria de Alexy”.¹⁶⁰Primeiramente, que uma abordagem pautada em autores provenientes de diferentes paradigmas cria uma incongruência teórica. No caso, afirma ser evidente a contraposição entre o iluminismo kantiano e o agir comunicativo de Habermas, mesmo que a segunda tenha raiz na primeira. O que se difere da segmentação diferentes autores que “[...] podem conjugar do mesmo paradigma, tal qual a orientação para os níveis de racionalidade perceptíveis em Heidegger, Gadamer, Dworkin e Putnam”.¹⁶¹

Assim, critica fortemente essa característica de unir uma concha de retalhos (ou, como se queira, o ornamento), tanto em âmbito lógico como filosófico, como que criando algo novo, o fazendo por uma leitura equivocada de teorias distintas ou por opção consciente.

Um segundo ponto envolve a necessidade de “[...] um caminho para se identificar intersubjetivamente a deontologia desses princípios jurídicos”. Assim, a

¹⁵⁹ TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; OLIVEIRA, Júlio de Aguiar. *Trindade e Streck, seus defensores e a filosofia*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/trindade-streck-defensores-filosofia-logica-ornamental>>. Acesso em: 04 jul. 2018

¹⁶⁰ MORAIS, Fausto Santos de. *A hermenêutica e a insuficiência da teoria de alexy*. Conjur, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-29/fausto-morais-hermeneutica-insuficiencia-teoria-alexey>>. Acesso em 04 jul. 2018

¹⁶¹ MORAIS, Fausto Santos de. *A hermenêutica e a insuficiência da teoria de alexy*. Conjur, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-29/fausto-morais-hermeneutica-insuficiencia-teoria-alexey>>. Acesso em 04 jul. 2018

simples alegação de que esse ou aquele são princípios normativos é insuficiente, o que leva ao terceiro ponto, a discricionariedade na ponderação.

Tamanha abertura direciona ao sujeito o fundamento da decisão (*ratio decidendi*) com base meramente na argumentação e na razão *a posteriori*, abstendo-se da compreensão interpretativa, onde seria discutido. Fausto defende que caso a participação de intérprete seja constitutivo da pretensão de correção ela passaria a ser *a priori*, direcionando a correção da decisão à compreensão principiológica. Fausto então estabelece uma discussão entre a teoria da ponderação de Alexy e a hermenêutica de Lenio Streck, colocando em pauta questão do momento ideal da fundamentação.

Dito de outra forma, discute se a fundamentação, conforme Alexy, deve ser *a posteriori*, em que os princípios emanam validade dependendo do caso concreto, a partir do qual sintetiza-se a aplicabilidade da norma demonstrando sua relevância após ocorrências fáticas; ou, na perspectiva de Streck, do nível *a priori*, com a fundamentação alocada na normatividade abstrata dos princípios, respeitando a tradição de defesas históricas como da liberdade, que imbricada em nosso sentimento existencial independe do caso concreto para seja respeitada normativamente. E afirma que “[d]iscutir apenas o *a posteriori*, com esse mesmo qualificativo à pretensão de correção, por exemplo, seria dar muito valor ao retórico e pouco à condição de participante do intérprete”.¹⁶²

3.3 A ponderação de princípios e o retorno a Hans Kelsen

A proposta de Alexy vem no sentido da complementação àquilo que Kelsen deixou em aberto em sua teoria pura. Resumindo novamente, a ciência do direito já haveria se encarregado de dizer o que o direito realmente seria e forneceu ao decisor uma maneira de dar respostas ao mundo fático em conformidade com proposições jurídicas que estariam alheias à fatores externos. Delineando a moldura de possibilidades entendeu que a partir dali impedir que a realidade fática da

¹⁶²MORAIS, Fausto Santos de. *A hermenêutica e a insuficiência da teoria de alexy*. Conjur, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-29/fausto-morais-hermeneutica-insuficiencia-teoria-alexey>>. Acesso em 04 jul. 2018

manifestação do decisor intervisse em seu ambiente puramente teórico do direito. Para a escolha de uma entre as várias possibilidades dentro da moldura, Alexy então propõe sua teoria procedimental argumentativa tratada até aqui. Mas observe-se o seguinte.

O simples fato de ocorrer o enquadramento na “moldura da norma” do ordenamento jurídico se faz justificável para escolha de qualquer opção de resposta segundo a vontade do decisor. *Mutatis mutandis*, há absurda semelhança com o ponto alto da proporcionalidade em sentido estrito, quando a justificável para a aplicação da razão prática - por esse princípio em detrimento daquele - se dá com o cumprimento das máximas da adequação e necessidade. Eis aqui um retorno à discricionariedade combatida no modelo de Hans Kelsen.

Novamente, e como já dito anteriormente, interpretar é dar sentido. Direito é um sistema de regras e princípios comandado pela Constituição Federal e a concretização das leis em normas não depende da vontade subjetiva do juiz. Todavia, a justificativa judicial para completar vaguezas linguísticas pode ser lida como um retorno a Kelsen, além de omissão quanto ao giro linguístico-ontológico pelo qual a filosofia passou. A discricionariedade combatida é a que transforma juízes em legisladores, ou mais, “[...] propicia a ‘criação’ do próprio objeto de conhecimento, típica problemática que remete à questão do solipsismo característico da filosofia da consciência no seu mais exacerbado grau”¹⁶³ (razão humana sendo base da significação da realidade).

Ou seja, ainda que se trate de uma teoria relevante do ponto de vista histórico de concepções de interpretação jurídica, e que pareça tornar o judiciário mais previsível, existe um ponto crítico sobre sua proposta de argumentação. É que mesmo comprometida com o modelo da ponderação (que se consolida originariamente após a submissão dos fatos ao crivo das máximas de adequação e necessidade) – isso porque no Brasil o procedimento se desvirtua – se traz à tona um modelo discricionário, em que o sujeito solipsista agora faz o papel de decisor de uma das respostas possíveis dentro da moldura desenhada pela ponderação.

¹⁶³STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018. (p.499)

Alexy reconhece que os direitos fundamentais não são passíveis de serem logicamente refinados a ponto de excluir impasses, admitindo, de fato, que há uma discricionariedade interpretativa, tanto do Judiciário como do Legislativo, para chegar ao resultado do impasse. Refutando a objeção de que a tal ponderação seria um procedimento realizado de forma precipitada ou que consistiria em uma “fórmula vazia”, Alexy sustenta que mesmo que a ponderação não estabeleça um parâmetro pelo qual se termine com a discricionariedade, ela oferece um critério racional ao associar a lei de colisão que deverá ser conjugado com uma teoria da argumentação jurídica racional que inclui uma teoria da argumentação prática geral.¹⁶⁴

O pós-positivismo caracteriza-se pelo movimento teórico que busca enfrentar as vaguezas normativas criadas pela razão prática, enquadrando esta última como episteme relevante. Na verdade, os autores que se aventuram nessa busca, como Alexy, de matriz analítica e argumentação jurídica, direciona-se a um visível retorno a Kelsen e à discricionariedade do decisor.¹⁶⁵

3.4 O problema do panprincipiologismo

Lenio afirma não ser meramente o solipsismo judicial o maior impasse para a concretização da democracia e da autonomia do direito, “[...] mas, sim, as condições pelas quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo”.¹⁶⁶ Aqui vem então a crítica à comparação dos princípios constitucionais a valores/princípios gerais do direito.

A aposta nos valores deixa de lado a constituição de contextos significativos ligados à linguagem e a cultura, pois os valores não possuem fundamentos linguístico-culturais que determinem o processo de conhecimento. Critica então a comparação de certos juristas dos novos princípios constitucionais como substitutos dos *princípios gerais do direito*. Sobre a produção desordenada, diz que é como positivação de valores, criados para correção nos casos difíceis.

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!* Conjur, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 20 nov. 2017 (p. 503)

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!* Conjur, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 20 nov. 2017 (p. 503)

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018. (p.517)

A seguir, dos diversos exemplos citados pelo autor, é interessante observar alguns dos mais emblemáticos:

Princípio da simetria: alcance jurídico em nível estadual dos dispositivos constitucionais federais, o que talvez signifique um método utilizado por falta de delimitações mais específicas.

Princípio da efetividade da constituição federal: tautológico, não significa subsunção; está ligado aos mecanismos ou remédios (ADI, ADPF, etc.). A questão maior neste princípio-valor é que o hermeneuta não consegue ver uma decisão que deixe de lado a efetividade das normas constitucionais, vez que o ordenamento jurídico está imerso nessa realidade.¹⁶⁷

Princípio da Precaução: com as decisões que possam provocar danos graves decorrentes do processo; também tautológico, se trata de uma argumentação retórica, vez que é justamente o objetivo do direito como um todo o equilíbrio e manutenção das relações.

Princípio da não surpresa: onde está escrito? É resultado dos princípios gerais do direito? E mais, por que seria um princípio? A principal indagação de Lenio está na possibilidade de resolução de demandas a partir desse suposto princípio.

Princípio da absoluta prioridade da criança e do adolescente: Poderia colidir com o da dignidade e abertura para escolhas preferências do intérprete/juiz solipsista, tratando-se de correção/otimização da constituição federal. Observe-se que como princípio-valor talvez possa ser causa de equívocos ou incertezas enormes em direito de família.

Princípio da afetividade: extrema abertura ao âmbito moral; se os princípios são deontológicos (do dever-ser), como extrair da afetividade essa dimensão normativa? Princípios deste tipo representam abertura para um terceiro turno do processo constituinte: correção pelos juízes a partir da doutrina; a crítica está na possibilidade de elevação de princípios-valores como o amor, felicidade, etc.

Instrumentalidade do processo: desprezo de formalidades que não alcancem efeitos prejudiciais no processo, aposta na prudência do juiz, p.e.: possibilidade de o

¹⁶⁷STRECK, Lenio Luiz. *Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!* Conjur, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 20 nov. 2017 (p. 521)

juiz julgar improcedente a demanda por já haver julgado causa similar (art. 285-A do Código de Processo Civil Lei 5.869/73¹⁶⁸).

Há um alto risco na criação de princípios provenientes de tautologia, com características de *topoi* com pretensões dedutivistas, desprovidos de normatividade, com aparência de (e muitas vezes sendo) critérios, sem possibilidade de validação jurídica, com abertura para decisionismos.

A estipulação dos princípios tem construções pragmatistas, mas que futuramente alcançam universalidade. Preocupantes também são os “princípios” da razoabilidade e da proporcionalidade (sendo os dois como unos) devem estar presentes em toda a *applicatio*, e não serem utilizados como metaprincípio para suprir falhas dos demais princípios. Deve estar ligada, a proporcionalidade, à igualdade de proteção de direito, mas isto ligado à obediência a integridade do direito, não relacionado à subjetividade do juiz.¹⁶⁹

A utilização destes critérios com vestimenta de princípios pode ser importante na busca por soluções no cotidiano, mas ao contrário de fortalecer a autonomia do direito pode vir a enfraquecê-lo. Não há o que impossibilite de tais critérios tornarem-se reais princípios, pois há neles a raiz dada pelo reconhecimento do mundo prático distante do solipsismo.

A produção indiscriminada de princípios de conteúdo aberto acaba distanciando a normatividade constitucional e criando uma espécie de *supraconstitucionalidade*. Qualquer resposta pode ser correta a partir deles. Há má interpretação de Dworkin em relação à abertura interpretativa. A teoria decisional deve estar pautada no controle judicial, deve levar em conta os paradigmas constitucionais e pós-positivista. Reaparece a distinção regra-princípio que desemboca na distinção direito-moral.

Há muitas opiniões no Brasil sobre o que seria o pós-positivismo e também incompreensão do que realmente constitui o conceito de princípio. Sem a devida preocupação pode-se invocar princípios de formas diferentes, convenientes. Exemplos são princípios de denotação puramente epistemológica - como princípios processuais civis ou penais, princípios administrativos, e mais, os próprios princípios

¹⁶⁸ BRASIL. Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em : 20 ago. 2018.

¹⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018

gerais do direito. “Princípios gerais do direito possuem concepção de justiça e moral influenciado por corte idealista, são valores com função específica no universo positivista. Ficção que tem expectativa de que a sociedade se adeque”.¹⁷⁰ A pergunta é: como podem influir na decisão judicial para legitimá-la democraticamente?

Sobre os princípios gerais do direito há uma questão intrigante quando comumente são elucidados de maneira natural, como que se fossem obviedades do ordenamento jurídico. Todavia Lenio muito claramente leciona que:

[...] a ciência moderna tinha se constituído sobre bases sistemáticas, em que a realidade visível era colocada em dúvida (cogito) e, em seguida, subjugada pela perfeição do sistema. Com a ciência moderna do direito, não foi diferente e, desde o jusracionalismoséculo XVII, os juristas pensam primeiro o sistema para, somente em seguida, pensar o mundo prático. No positivismo primitivo do século XIX, o modelo sistemático é radicalizado, na medida em que seu ponto de partida deixa de ser a natureza humana e passa a ser um conjunto de textos organizados sistematicamente (um ordenamento) Em um primeiro momento, defendeu-se a objetividade de um modelo sistemático inviável e, em um segundo momento, desfeito o mito, a discricionariedade política tomou conta do direito¹⁷¹. Sabemos em que isso resultou. Os princípios gerais do direito, desse modo, chegam ao ordenamento com a função de solucionar os problemas geradospelainsuficiênciadomodeloexegético-conceitual e, resgatando o mundo prático, passaram a ser “pautas orientadoras da normação jurídica” (Larenz). Mas, justamente por ser uma solução “para” o sistema e não uma solução “contra” o sistema, a presença desse novo elemento normativo gera a seguinte questão: são eles normas jurídicas que podem ser aplicadas a situações concretas?¹⁷²

Há uma evidente ruptura/descontinuidade – uma publicização, se assim se que quiser – que altera substancialmente o significado conceitual do termo princípio no direito. Neste processo ruptural, a teoria de Dworkin, ligada às conquistas da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica, produzem um espaço onde os princípios, longe de serem vistos como cláusulas de abertura ou como um protético fechamento das 'lacunas' do sistema, como queria o primeiro positivismo dos princípios gerais do direito, são operados como um prático “fechamento hermenêutico”, isto é, não vinculam nem

¹⁷⁰ Os velhos princípios gerais do direito são axiomas, com função específica no universo do positivismo jurídico.

¹⁷¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 que diz o seguinte: “Veja-se, neste sentido, que, já em 1956, Josef Esser afirmava que “nosso pensamento civilista, com seus hábitos axiomáticos, oscila entre a ilusão de uma simples aplicação da lei e a exploração puramente lógica de *rationes legis* que se supõem sempre à mão, e a ilusão não menos funesta de uma ‘criação’ de direito a partir de ‘seus’ princípio por via da ‘livre pesquisa’” (Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 107)”.
¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 (p.543)

autorizam o intérprete desde fora, mas justificam a decisão no interior da prática interpretativa que define e constitui o direito.¹⁷³

Os princípios do segundo pós-guerra estão em outro patamar e devem ser vistos na perspectiva da descontinuidade; institucionalizam o mundo prático, acabam com dualismos, são novo modo de pensar princípios; deve ser enxergada a relação princípio-moral-decisão, a decisão judicial se estrutura e se legitima numa cooriginária relação entre princípios e moral.

Para Dworkin o princípio tem raiz na condição humana, nos padrões de conduta do homem e da comunidade, baseado na ontologia da compreensão, que nasce na filosofia hermenêutica - relacionado à união homem/mundo, sujeito e objeto, na estrutura do ser-no-mundo na boa circularidade (Stein) - e distante da ontologia da coisa ou da filosofia da consciência. Não há conhecimento dos entes sem interpretação do ente que conhece. Na relação com os entes há a interpretação que o *ser-aí* tem de si mesmo, que se transforma na relação com o mundo.

Interessantíssimo refletir que a filosofia não tem começo ou fins absolutos encontra-se no meio do todo que é representado pela tradição. É a partir dele que são criadas as regras de convívio e também as regras de direito. Desta maneira os princípios aparecem como indícios formais que mostram o caminho para a formação do direito. Parafraçando Lenio, um homem de princípios tem uma vida boa, uma comunidade de princípios coerentes têm poder político de Estado legítimo¹⁷⁴. A tradição deixa princípios que guiam à formação do direito e possibilitam a formação legítima da decisão judicial.

Assim, direito e moral são cooriginários, com base nos princípios constitucionais, impondo um dever de correção; há um dever dos juízes em demonstrar a legitimidade de suas decisões. Isso se faz expondo que a regra/norma está baseada em um princípio. Não pode haver uma regra sem um princípio que a legitime. A pré-compreensão do todo conjuntural é o que nos permite articular os instrumentos que a tradição jurídica constituiu, no nosso caso a constituição federal

¹⁷³ Cf. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018 – Citação da obra *Decisão judicial e o conceito de princípio* de Rafael Tomaz de Oliveira em nota de rodapé.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018.(p. 545)

(não meramente o texto) como modelo introdutório de uma nova sociedade. O evento da Constituição Federal tem pressupostos repassados historicamente e condicionam a concretização da norma, pois a partir deles se observa se o direito produzido é legítimo em relação à tradição histórica.

Mesmo que a conjuntura não apareça de modo concreto ela condiciona os argumentos na decisão. Observe-se que em todos os casos (judiciais) há uma situação discriminatória, e deve-se ser justificado o porquê do tratamento diferenciado em cada caso. Isso é justificar que toda interpretação está eivada do princípio da igualdade, por ser um princípio constitucional. Essa leitura indica a incoerência da abertura interpretativa, em que não haveria o condicionamento.

Problema na banalização dos princípios, uso aleatório, crítica ao conceito para distinguir o que é e o que não é um princípio. A distinção estrutural pode ser o centro do problema para entender “cláusula aberta” ou “fechamento hermenêutico”.

Há uma distinção entre norma regra (direitos fundamentais fechados ligados à subsunção) e norma princípio (direitos fundamentais abertos passíveis de sopesamento, de ponderação). e a necessidade de um conceito semântico, que, para Lenio, não parece ser o de Alexy a melhor escolha. “*Norma representa o produto da interpretação de um texto, da regra jurídica a partir da materialidade de um principiológica*” e isso se dá na *applicatio*. Norma não existe sem interpretação, que não é feita sem um caso.

Não pode haver um conceito de norma que seja anterior ao caso. Resolvem-se os casos a partir dos princípios e regras que são condições de possibilidade da normatividade. Não há prioridade temporal,

[h]ásimplesmente um privilégio que é próprio do caráter hermenêutico ínsito à experiência jurídica. Há uma circularidade também entre os princípios e a normatividade. “No fundo os princípios são normas e as normas são princípios. [...] De todo modo, uma coisa é definitiva: não há um conceito de norma à priori que determina antecipadamente o que são princípios e o que são regras”.¹⁷⁵

Norma é conceito interpretativo e não semântico (Dworkin). Contrariamente à chamada ideologia do caso concreto ela teoria integrativa todos os casos devem ser julgados como se estivessem em igualdade, e não como se fossem únicos. A

¹⁷⁵STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018. p.550

decisão de um caso gera responsabilidade de tratamento igualitário para com o próximo caso.

Há uma diferença qualitativa entre argumentação e hermenêutica. Na argumentação o afastamento de um precedente depende apenas de persuasão como justificativa, possibilidade de quebra da cadeia histórica com novo entendimento. Na hermenêutica o caráter persuasivo é afastado e há uma busca pelo argumento verdadeiro.

Na jurisprudência um caso isolado pode quebrar uma sequência de decisões e assim a integridade. Somente uma apurada justificação fundamenta o rompimento da cadeia, do contrário deve haver a sanção de nulidade. A mudança de entendimento então está ligada à cooriginariedade entre princípio e concreta realização da norma; simples invocação de súmula não basta como aplicação. Atrás de súmulas há princípios. Em outras palavras, tanto a mudança de entendimento como a manutenção de precedentes devem ser igualmente fundamentadas.

Observe-se o seguinte: quais as diferenças claras entre uma súmula e um princípio? As súmulas possuem normatividade *stricto sensu* e “[n]ão há texto jurídico que contenha em si hipóteses aplicativas [...]”¹⁷⁶, mas o que deve ser observado é a que “[...] cada decisão jurisprudencial contém núcleo mínimo generalizante de onde se extrai um ou mais princípios, que exatamente constitui uma ligação com a cadeia significativa”.¹⁷⁷ As súmulas então, possuem uma maior denotação, sendo constituídas necessariamente por princípios, de conotação ampla dentro de sua cadeia de significação, mas igualmente eivados da carga normativa de integridade e coerência do ordenamento jurídico constitucional já discutidas.

Não cabe mera citação de enunciado como também não é suficiente mera contextualização. Deve haver complementaridade entre aplicação do direito e a integridade que exige reconstrução histórico-institucional. As súmulas, *p.e.*, devem ser interpretadas não para subsunção, pois na faticidade podem ferir direitos fundamentais. Deve-se então haver uma filtragem principiológica da aplicação, a

¹⁷⁶STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018. (p.552)

¹⁷⁷STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018. (p.552)

porosidade dos enunciados sumulares devem ser preenchidas pelo mundo prático dos princípios, onde está a resposta constitucional.

Em síntese, textos jurídicos não podem ser interpretados literalmente, pois dessa maneira podem não representar a resposta correta para o caso em questão. Nesse limiar, o positivismo traz múltiplas respostas pensadas em abstrato, e difere sobremaneira da hermenêutica que tem como matéria o caso concreto, a faticidade.

A cadeia discursiva somente se interrompe com justificação íntegra do direito. Uma exceção (situação em que o enunciado - súmula, p.e. - aplicado diretamente seria deletério ao direito e por isso justificaria seu afastamento) inserida pelo mundo prático então penetra na porosidade da regra por intermédio dos princípios de onde se se extrai aplicação extensiva a outros casos. Tem-se então a formação de uma cadeia significativa, forjando tradição, extraindo-se integridade e coerência para o sistema.

Princípios são normas, mas não se pode transferir o recebimento delas “como produto da interpretação de um texto” “no sentido deontológico da obrigação jurídica”. Norma provém de um quadro factual de regras e princípios, é interpretativa, não provém de conceito semântico. E aqui entra a definição de Alexy, sendo meramente epistemológica.

Na distinção estrutural não se resolve a concretização - está presa ao neopositivismo e à filosofia da linguagem - que aposta na pragmática. Já no neopositivismo lógico desconsiderava-se a pragmática. Ocorre que teorias da argumentação apostam em ambas, a pragmática para casos difíceis, deixando a sintaxe-semântica para casos simples. Dessa forma, para o neopositivismo seria necessária uma meta linguagem para certificação dos resultados das contradições lógicas da linguagem objeto.

Na distinção estrutural os princípios tornam-se metarregras ingressando no sistema apenas para resolver insuficiências ônticas das regras. Regras ligadas à subsunção, princípios à ponderação, e o mesmo aplica-se para a distinção axiologia e deontologia. Importante observar que:

“[p]ara que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvincular da democracia, que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras. Normas serão assim produto deontológico articulado entre

regras e princípios”.¹⁷⁸ A pré-compreensão conforma a interpretação, deve-se conceber direitos fundamentais como compromisso com a sociedade e só na faticidade tudo isso dá força normativa aos princípios para além das regras.

Vencendo teorias argumentativas:

[...] é necessário dar razão a Müller quando entende superada a discussão entre ser e dever-ser no âmbito da ciência jurídica, a partir do momento em que se tomou ciência de que o problema é a concretização da norma e não da aplicação do texto.¹⁷⁹

É interessante também perceber características muito específicas de cada matéria jurídica no decorrer da graduação de bacharelado em direito. As instituições de direito privado e a consequente imersão no Código Civil trazem muitas vezes preocupações completamente aversas a matérias penais.

O Direito de Família, *p.e.*, traz intensas relativizações sobre o direito do indivíduo absolutamente ou relativamente incapaz, do órfão, ou mesmo nas relações conjugais. Já o Direito Penal há uma visão de direito absoluto da legalidade, que dá causa a tomadas de decisões intensas, tanto para proteger a liberdade de uma pessoa quanto para aprisioná-la pela observância do que está positivado.

A esfera trabalhista possui intensa defesa do trabalhador em detrimento do empregador, hodiernamente relativizando o texto da lei, o que difere completamente do tributário, que é frio, extremamente esquemático e calculista, não demonstrando abertura a alternâncias.

Por tudo isso, enfrentado objetivamente a dissonância entre o sopesamento defendido por Alexy e as “ponderações” realizadas no STF, uma das proposta aqui foi de direcionar o olhar sobre a imperícia com a técnica desenvolvida pelo autor alemão, o que foi feito com maestria na obra de Fausto Santos de Moraes.

Fausto concluiu sua tese de doutorado com o exame de 189 decisões do STF que fazem menção à proporcionalidade, ao longo de uma década, e concluiu que mesmo havendo referência expressa à proporcionalidade pelos ministros do STF, sua aplicação não guarda qualquer relação com a proposta do jurista alemão.

¹⁷⁸STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018. p.560

¹⁷⁹STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018. p.561

Essa atuação do supremo soa catastrófica, se percebida com um olhar de que em todas essas situações a corte magistral do STF estaria em constante discricionarietà.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A racionalidade da teoria alexyana é uma pretensão de racionalidade nas decisões judiciais e na interpretação jurídica. Caminhando para a conclusão deste trabalho, a síntese é de que Alexy se propõe a dar respostas com base exclusivamente sobre uma análise lógico-semântica, do nível apofântico, ultrapassando o compreender estruturante em nível hermenêutico e buscando formas de correção prática da moral e dos valores. Isso é realizado pela ponderação. Para tanto se apoia em uma teoria argumentativa como justificção para qualquer falta não atendida pela proposição.

Assim, por todo já exposto, conclui-se que a teoria da ponderação somente pode ser recepcionada se vinculada à absorção de uma visão relativista de direitos fundamentais pela abertura principiológica. Também que a complexidade do movimento neoconstitucional que trouxe a necessidade de respostas quanto à reinserção da razão prática à discussão jurídica, resultou na absorção de visões teóricas que cumprissem com essa nova demanda constitucional. Todavia, que por diversos fatores foram as teorias procedimentais que ganharam visibilidade no país, das quais por agora convém tratar apenas da principiologia, ponderação e argumentação de Alexy, das quais entendo o seguinte:

a) sobre a principiologia, há um visível esvaziamento deontológico, uma justificção de que conceitos e significções abertos advindos da realidade prática, merecedoras (ou não) de proteção jurídica, ganham normatividade muitas vezes sem estarem de acordo com a preceituação constitucional. Situaçção essa que se agrava quando tais aberturas de significção deveriam ser interpretadas como critérios ou até mesmo regras normativas, e não como princípios.

Nesse sentido, Alexy propõe que os princípios devem ser compreendidos como mandados de otimizaçção, com a maior efetividade possível, e assim, acaba exprimindo a possibilidade de que, mesmo representando direitos fundamentais, uma norma constitucional possa ser abafada, minimizada, não alcançada na realidade fática, o que enfraquece a concretude do direito e dos direitos fundamentais. Há ainda mais críticas severas demonstrando que os princípios como mandados de otimizaçção não são mais concebidos como fundamentos, normas que

constituem tanto as condições de possibilidades, quanto limites de uma atuação política comprometida com aquilo que nos une a um projeto civilizacional;¹⁸⁰;

b) com o entendimento de que as contingências normativo-principiológicas podem levar a imbricações entre direitos fundamentais, emerge a necessidade da ponderação, do sopesamento, da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, do método da escolha de um princípios - como mandado de otimização - em detrimento de outro.

Nesse sentido, Barroso¹⁸¹ assevera que a existência de colisões de normas constitucionais se tornou algo de certo modo normal e aceitável, vez que tensões entre normas em abstrato podem dificultar soluções, o que leva à necessidade da *ponderação*. Concessões recíprocas, máximo possível, escolha, prevalecer, são todos termos que elucidam claramente a apropriação da tendência à relativização de direitos.

O primeiro ponto crítico quanto a isso refere-se à fragilidade filosófica de seu método quando observadas as mixagens teóricas que opera, costurando paradigmas diversos e que não alcançam coerência no modelo neoconstitucional vigente. Isso porque a justificativa de se tratar de uma teoria pautada na realidade prática não supre o déficit filosófico quanto à (falta de) compreensão da circularidade entre as razões (teórico-prática), ou de sua propensão acoplar subsuntivamente o sentido abstrato da Lei aos fatos controversos - ao invés de atribuir significação à razão prática através das palavras positivadas -, que dessa forma coloca o direito à disposição do intérprete por meio da adaptação de significações.

Isso leva ao segundo ponto, de que as determinações são colidentes justamente devido à teoria de princípios adotada, ou seja, pela visão de Alexy de que os princípios como mandados de otimização vêm de encontro um ao outro, o que cria o ambiente de relativização de direitos (fundamentais), quando deveriam possuir a mesma intensidade de proteção. Há assim uma circularidade necessária entre a principiologia e a ponderação de Alexy, vez que em uma leitura de proteção

¹⁸⁰SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. 832p.

¹⁸¹BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.240.p. 1-42, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 26 nov. 2017

intensa a direitos fundamentais não seria coerente o mero afastamento de um princípio em face de outro;

Com as três frentes, teoria dos princípios (direitos fundamentais), a ponderação e por fim a argumentação, forma-se uma circularidade que deveria trazer racionalidade à decisão judicial. Sabendo da incapacidade da resolução meramente por subsunção, vale expor as palavras do próprio ministro Barroso de que:

Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade.

Assim, a argumentação vem racionalizar as decisões, reconduzindo a interpretação à constitucionalidade ou legalidade, devidamente fundamentada e com olhos atentos às consequências jurídicas. Convocação de razões de ordem econômica, política, moral, para que seja possível a relativização dos Direitos Fundamentais importantes. Assim, como já dito anteriormente, ainda que seja uma teoria relevante do ponto de vista histórico de concepções de interpretação jurídica, e que pareça tornar o judiciário mais previsível, a argumentação, mesmo que comprometida com o modelo da ponderação retorna à discricionariedade encontrada em Kelsen, com o sujeito solipsista ponderando princípios fundamentais após um procedimento pré-definido, com a mesma prerrogativa de escolher entre essa ou aquela resposta.

Esses são os pontos estritamente teóricos dos quais concluo haver dissonância com o modelo (neo)constitucional a que se propôs o Brasil. Nesse sentido, enxerga-se consequências deletérias ao bom andamento democrático do como, exaltando crítica de Simioni ao modelo alexyano, quanto realidade do intrigante agravamento de desigualdades sociais em países da América Latina que adotaram a teorias do autor alemão, o que se atribui a relativização de direitos fundamentais, típico da alegação, *p.e.*, da reserva do possível em detrimento da

entrega de medicamentos (saúde). Como demonstrado anteriormente, o STF se abstém deste compromisso há muito tempo.¹⁸²

Já nas críticas à positivação Apesar de toda a crítica direta à teorização alexyana, é necessário ainda tratar especificamente sobre as consequências de sua positivação no Código de Processo Civil. Ocorre que entender pela obrigatoriedade do instituto leva, inclusive, a imbricações constitucionais. Seguindo *ipsis literis* o dispositivo:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.¹⁸³

a) como já fora explanado, o paradigma neoconstitucional tem como uma de suas características a absorção de matérias infraconstitucionais. Mas não às reverenciando, pelo contrário, convertendo-as em fontes das quais passam a emanar normatividade constitucional. Ocorre que tal positivação da ponderação, por toda a crítica acima exposta - fragilidade filosófica, mixagens teórica, esvaziamento deontológico dos princípios, discricionariedade institucionalizada, etc. -, tem influência direta na leitura da Constituição, retroagindo a uma visão napoleônica do Código (de Processo) Civil, quando este diploma - ou melhor, essa regulamentação das relações civis - se sobrepunha àquela - quando a Constituição representava mera carta política -, e isso não merece prosperar. Nesse ínterim o decisor agora se verá adstrito a manipular normas constitucionais, digo, Direitos Fundamentais, por ordem do seara Civil. Desta forma, é um equívoco, ou no mínimo uma decisão pretensiosa, a positivação da forma em que se deu;

b) o próprio Alexy afirma que “[a] natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”. Assim, o que se infere,

¹⁸²SIMIONI, Rafael Lazzarotto (no prelo). *Ponderando a ponderação*: crítica à relativização de direitos fundamentais e à máxima da proporcionalidade em países desproporcionais

¹⁸³ BRASIL. Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

também pela obra de Simioni¹⁸⁴, é que a ponderação somente ocorre porque o decisor enxerga a colisão de princípios, e mais, que essa colisão de princípios só existe na opção teórica pela ponderação.

Interessante é observar afirmativa do próprio Alexy quando assevera que a utilização de outros elementos linguísticos que não “colisão”, ou “princípios” no processo é mera opção terminológica que não afasta o caráter de sopesamento - busca crítica.

Essa situação de decisão corresponde exatamente à colisão entre princípios. As diferenças são de caráter terminológico. Na decisão não se fala em “colisão”, mas de uma “situação de tensão” e de um “conflito”; e aquilo que colide e que é sopesado não é caracterizado como “princípio”, mas como “dever”, “direito fundamental”, “pretensão” e “interesse”.¹⁸⁵

Em outras palavras, a colisão de princípios é uma teoria, é um método, uma episteme desenvolvida com base em uma demanda de racionalidade na busca por respostas plausíveis e aceitáveis ao ordenamento jurídico. Todavia, caso o decisor enxergue princípios constitucionais como bases do Estado Democrático de Direito, leve os direitos fundamentais a sério, entenda que no comprometimento com o anseio constitucional os princípios não devam colidir, mas que devam ser respeitados por uma interpretação íntegra e coerente com a Constituição, não encontrará amarras no sopesamento de direitos, afastando um direito em detrimento de outro.

Assim, até mesmo utilizar ou não a ponderação na decisão judicial poderá ser compreendido como uma escolha discricionária, pois apenas será aplicada a ponderação se o magistrado fizer a opção por colidir tais princípios. ‘o “colisão”, ou “princípios” no processo é mera opção terminológica que não afasta o caráter de sopesamento. De toda forma, o juiz decide, tem responsabilidade política, tem que justificar e fundamentar, não em premissas pessoais, mas com critério, deve aplicar a estrutura formada pelo Direito ao caso concreto. Autorização de julgamento pela equidade do novo CPC não pode dar ao juiz um álibi para que julgue conforme

¹⁸⁴SIMIONI, Rafael Lazzarotto (no prelo). *Ponderando a ponderação: crítica à relativização de direitos fundamentais e à máxima da proporcionalidade em países desproporcionais*

¹⁸⁵ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. (p.96)

preceitos econômicos, éticos, morais, etc.¹⁸⁶ ainda nesse ponto é relevante observar que o texto do Código de Processo Civil no art. 489, §2º não especificou a principiologia das normas, positivando simplesmente *normas*, o que em mãos arbitrárias e desconexas da propositura alexyana pode levar ao absurdo da “colisão de regras”, afastando uma em detrimento de outra sem observar critérios de especialidade ou temporalidade das normas-regras que são inerentes a elas pela teoria original.

Isso representa falta de domínio sobre o instituto, que já às vésperas de sua vigência fora fortemente criticado com pedidos inclusive de veto presidencial.¹⁸⁷ Assunto completamente controverso e discutível em âmbito acadêmico, Alexy tem sido amplamente alvo de críticas já em seu modelo original, mas torna-se realmente inquietante a sobreposição do debate democrático verificado com a positivação do método eivado de vícios, tanto no texto quanto em seu manuseio, que trazem nítidas consequências prejudiciais ao Estado Democrático de Direito;

c) A supremacia da Constituição de 1988 tem sido reafirmada explicitamente por todas as áreas do direito desde sua promulgação, seja pelo controle de constitucionalidade, reverência normativa das matérias às suas preceituações, pela efetividade mediata e imediata de suas aplicações ou por seu dirigismo sobre a sociedade brasileira. Por tantos motivos, todo o poder estatal está comprometido com o seu cumprimento. É o que se instituiu em desde sua gênese:

ADPF - Art. 1º. O Presidente da República, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e os membros do Congresso Nacional prestarão o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, no ato e na data de sua promulgação.¹⁸⁸

Cria-se insegurança jurídica. Ocorre que, como exposto, a teoria de sopesamento, da forma com a qual foi positivada no diploma processual civil traz sérios riscos ao Estado Democrático de Direito, e mais especificamente a cláusulas

¹⁸⁶STRECK, Luiz Lenio. *Lenio Streck fala sobre hermenêutica e jurisdição em tempos de solipsismo*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PrSI9umZWRw>>. Acesso em: 02 out. 2017

¹⁸⁷STRECK, Lenio Luiz. *Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veto!*. Conjur, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 10 nov. 2017

¹⁸⁸BRASIL. *Constituição Federal/1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

de Direitos Fundamentais, protegidos como cláusulas pétreas da Constituição. Explique-se. O art. 5º da CR/88 preceitua magnificamente que:

[t]odos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]¹⁸⁹

A partir de então tem-se 78 incisos demonstrando direitos e garantias protegidos como Direitos Fundamentais, núcleo duro da Constituição, não obstante outros espalhados pela Carta Magna. E ainda mais pelo que dispõe o §2º quando prediz que “[o]s direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.¹⁹⁰

Assim, diante de tamanha proteção jurídica sobre Direitos Fundamentais, igual visão deve haver em âmbito infraconstitucional. Ocorre que com a ponderação controversa positivada no CPC/2015, há sérios riscos de se instaurar ambiente de insegurança jurídica. Veja que o art. 93, IX da Constituição prediz que:

[t]odos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.¹⁹¹

Fundamentação é a base das decisões judiciais. Juízes e tribunais estão vinculados a ela, devendo apresentar a justificativa do por que e do como decidem. Assim, pelo já exposto, cria-se a possibilidade de fundamentação com base em um imbróglio jurídico institucionalizado, maculando o objetivo do próprio dispositivo constitucional, o esclarecimento.

¹⁸⁹ BRASIL. *Constituição Federal/1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

¹⁹⁰ BRASIL. *Constituição Federal/1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

¹⁹¹ BRASIL. *Constituição Federal/1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

Ainda mais sério observar o inciso seguinte: “X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”; dispositivo que busca atribuir ao poder judiciário uma jurisprudência estável, fortalecida também pela segurança jurídica protegida pelo art. 10 também da CR/88.¹⁹²

Conclui-se assim que a absorção de conceitos da Teoria de Alexy de forma avulsa, incoerente e irresponsável causa desequilíbrio jurídico em várias esferas do Direito, por desconformidade com a proposta inicial do autor, que leva à visão e utilização distorcida da tese.

Também, que a utilização da Teoria sem uma base jusfilosófica concreta resulta em um retrocesso em relação ao que já foi desenvolvido no ramo jurídico brasileiro, abrindo-se margem para o operador do Direito, principalmente o magistrado, agir com discricionariedade na escolha deste ou daquele direito quando diante de conflito de normas. Alego isso com base nos referenciais teóricos desconexos do autor e pela construção teórica alheia a paradigmas filosóficos essenciais à compreensão contemporânea do direito

Ainda, que com a obrigação de utilizar-se estritamente a Ponderação na resolução de conflito de normas-princípios ocorre um engessamento intelectual na área de argumentação jurídica, um fechamento para teorias diversas daquela de Alexy e impossibilidade se optar por outros caminhos jusfilosóficos, tanto no meio acadêmico quanto na vida prática do Direito. Isso pela realidade da construção de uma regra proveniente do sopesamento de princípios, que abre precedentes para que novos casos semelhantes sejam decididos em consonância com os anteriores. O que se torna ainda mais crítico se observados os dois parágrafos anteriores.

E por fim, que a positivação e uso do uso da ponderação por meio do Novo Código de Processo Civil não são obrigatórios, vez que a colisão de princípios é uma construção teórica e que se o decisor possuir compreensão de normas principiológicas como fundamento, como normas que constituem tanto as condições de possibilidades, quanto aos limites de uma atuação política comprometida com a Constituição, não se vê adstrito a sopesá-los. Todavia, sua positivação é inconstitucional por avocar competência constitucional de tratamento de direitos

¹⁹² BRASIL. *Constituição Federal/1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

fundamentais. Também, por ser tema extremamente controverso e criticado, e por todo exposto, trazer sério risco a segurança jurídica do país, relativizando direitos fundamentais e, em última análise, os abolindo (vedado como cláusula pétrea vida art. 60, §4º da CR/88) dentro de cada ponderação em colisões de princípios, especificamente ferindo o art. 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e art. 1º, inc. III; art. 2º; art. 3º incs. I a III; art. 5º, 10 e art. 93, inc. IX e X, todos da CR/88.

ANEXO1

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Conforme fora idealizado no projeto desta obra, e com base em todo o desenvolvimento teórico dela resultante, segue uma proposta de ADI no sentido de demonstrar a inconstitucionalidade do §2º do art. 489 do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

[Legitimados para propositura, vide art. 103 da CR/88], vem perante este Egrégio Tribunal, via de seu(ua) advogado(a), propor a presente:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

em face do §2º do art. 489 do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, e o faz com base no art. 103 da CR/88 e Lei 9.868/1999, art. 2º, parágrafo único, pelos fatos e fundamentos que passa a aduzir:

DOS FATOS

I - Novo diploma processual civil

Ocorre que em 16/03/2015 fora promulgado novo diploma processual civil, Lei nº 13.105, pelo Congresso Nacional, em caráter de Lei Complementar, revogando a Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Nesse novo Código houve uma gama enorme de alterações em diversos sentidos, mas um em específico trouxe espanto à sociedade jurídica.

O §2º do art. 489 deste novo Código Processual Civil institucionaliza a aplicação da teoria da ponderação de princípios do autor alemão Robert Alexy. A teoria, já (superficialmente) conhecida de longa data nos tribunais, tanto por advogados como magistrados, propõe que princípios constitucionais, quando em aparente colisão, devem ser sopesados para a escolha de um em detrimento/afastamento da aplicação do outro.

Lenio Streck, em crítica direta ao dispositivo quando ainda poderia ser vetado assevera que:

[d]essa forma, tendo em vista que a argumentação jurídica depende de argumentos do discurso prático geral, a sua incerteza não pode nunca ser eliminada por completo, ainda que ocorra sob “condições que elevam consideravelmente seus resultados”. Alexy conclui que “a racionalidade da argumentação jurídica, na medida em que é determinada pela lei, é por isso sempre relativa à racionalidade da legislação”, encontrando seus limites no âmbito de um ordenamento jurídico que pressupõe como válido um conceito de Direito vinculado a uma Moral que atua como pretensão de correção de forma a impedir situações de notória injustiça.

II - A teoria de Robert Alexy

Em tese há três etapas de aplicação da teoria, a primeira, analisa-se se o fato concreto ocorrido adequa-se à proteção pela norma principiológica em abstrato para ambas as partes em litígio processual. Superada essa etapa, verifica-se a necessidade de que o fato concreto houvesse ocorrido da forma pelo qual se deu, e da mesma forma, se haveria proteção principiológica em abstrato. Por fim, considerando-se que na lide ambas as pretensões possuem adequação principiológica, e que necessariamente deveriam ter ocorrido, passa-se a etapa de escolha de um princípio em face do outro. Essa etapa produz uma norma de direito fundamental com caráter de regra que é subsumida ao caso concreto.

Como o próprio autor reconhece a abertura à discricionariedade nessa última etapa, atribui à argumentação jurídica o método de abertura discursiva e não estritamente aplicação lógica das proposições normativas, como se estivéssemos no século XX com a teoria pura do direito.

III - Críticas e controvérsias

O pós-doutor Fausto Santos de Moraes - em sua tese de doutorado (prêmio Capes 2014) - demonstra que esta Suprema Corte não respeitou a estrita aplicação da tese em mais de 200 Recursos Extraordinários que julgou em dez anos de atuação.

Há longa e intensa discussão sobre o assunto, o que demonstra que mesmo que fosse positivado de forma coesa com a teoria proposta por Alexy, o ambiente democrático, que base da república (art. 1º CR/88), estaria diante de afrontamento

direto. Isso, pois ainda há amplo espaço de discussões sobre sua aplicação como opção à racionalidade jurídica. Não é constitucionalmente compatível estruturar toda a esfera processual e toda a complexidade das decisões judiciais em uma teoria ainda em eivada de sérias controvérsias.

Trabalhos relevantíssimos demonstram inclusive que a opção pela teoria de Alexy tem sido causa agravamento de desigualdades sociais pelo seu caráter de relativização de direitos, ocorre que, como já repetido várias vezes, da forma definida, há riscos sérios de agravamento ainda maior dessa realidade, quando observado o descomprometimento com a gênese teórica levando a aplicação indiscriminada e equivocada da ponderação.

DO DIREITO

I - Inconsistência do texto de Lei

A supremacia da Constituição de 1988 tem sido reafirmada explicitamente por todas as áreas do direito desde sua promulgação, seja pelo controle de constitucionalidade, reverência normativa das matérias às suas preceituações, pela efetividade mediata e imediata de suas aplicações ou por seu dirigismo sobre a sociedade brasileira. Por tantos motivos, todo o poder estatal está comprometido com o seu cumprimento. É o que se instituiu em desde sua gênese:

ADPF - Art. 1º. O Presidente da República, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e os membros do Congresso Nacional prestarão o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, no ato e na data de sua promulgação.

Cria-se insegurança jurídica

Ocorre que, como exposto, a teoria de sopesamento, da forma com a qual foi positivada no diploma processual civil traz sérios riscos ao Estado Democrático de Direito, e mais especificamente a cláusulas de Direitos Fundamentais, protegidos como cláusulas pétreas da Constituição. Explique-se.

O art. 5º da CR/88 preceitua magnificamente que

[t]odos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

A partir de então tem-se 78 incisos demonstrando direitos e garantias protegidos como Direitos Fundamentais, núcleo duro da Constituição, não obstante outros espalhados pela Carta Magna. E ainda mais pelo que dispõe o §2º quando prediz que

“[o]s direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, diante de tamanha proteção jurídica sobre Direitos Fundamentais, igual visão deve haver em âmbito infraconstitucional. Ocorre que com a ponderação controversa positivada no CPC/2015, há sérios riscos de se instaurar ambiente de insegurança jurídica.

[Veja que o art. 93, IX da Constituição prediz que] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Fundamentação é a base das decisões judiciais. Juízes e tribunais estão vinculados a ela, devendo apresentar a justificativa do por que e do como decidem. Assim, pelo já exposto, cria-se a possibilidade de fundamentação com base em um imbróglia jurídico institucionalizado, maculando o objetivo do próprio dispositivo constitucional, o esclarecimento.

Ainda mais sério observar o inciso seguinte: *X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros*; dispositivo que busca atribuir aos poder judiciário uma jurisprudência estável, fortalecida também pela segurança jurídica protegida pelo art. 10 também da CR/88.

II - Instituição precipitada

Fere a divisão dos poderes, institucionalizando fortalecendo sobremaneira o ativismo judicial “*Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”.¹⁹³

III - Riscos direitos aos fundamentos e objetivos da República

Como críticas sérias podem ser observadas quanto ao agravamento da desigualdade social em países adeptos das teorias de sopesamento, há risco diversos e diretos a fundamentos da República (art. 1º, inc. *III - a dignidade da pessoa humana*), seus objetivos (art. 3º, incs. *I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*) e Princípios instituídos por ela (art. 170, inc. *VII - redução das desigualdades regionais e sociais*)

*Fazer jurisdição constitucional não significa restringir o processo hermenêutico ao exame da parametricidade formal de textos infraconstitucionais com a Constituição. Trata-se, sim, de compreender a jurisdição constitucional como processo de vivificação da Constituição na sua materialidade, a partir desse novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito.*¹⁹⁴

Prequestionamento

Fica prequestionada a força dos §2º do art. 489 do CPC, 103 da CR/88 e Lei 9.868/1999, art. 2º, parágrafo único, também o art. 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 1º, inc. III; art. 2º; art. 3º incs. I a III; art. 5º, 10 e art. 93, inc. IX e X, todos da CR/88.

DOS PEDIDOS

¹⁹³ BRASIL. *Constituição Federal/1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: jan. 2018.

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. A jurisdição Constitucional e as Possibilidades Hermenêuticas de Efetivação da Constituição: Um balanço crítico nos quinze anos da Constituição. Rio de Janeiro: *Revista da Escola da magistratura do estado do Rio de Janeiro*, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_66.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2018

Por todo o exposto e certo(a) de suas alegações, pede-se:

a) As citações pessoais do Advogado-Geral da União e do Procurador Geral da República para que se manifestem sobre o mérito da presente Ação, no prazo legal;

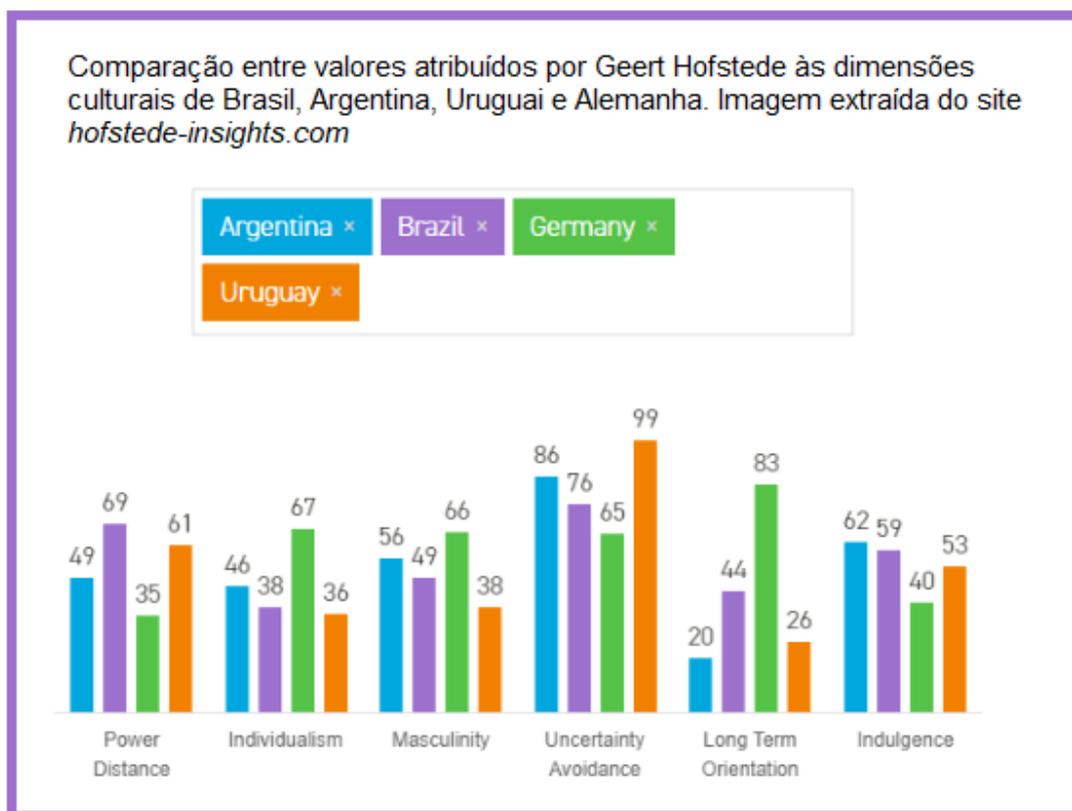
b) A procedência do pedido, para que norma processual civil do §2º do art. 489 do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 contestada na presente Ação seja declarada inconstitucional e tenha seus efeitos cessados por ferir o art. 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 1º, inc. III; art. 2º; art. 3º incs. I a III; art. 5º, 10 e art. 93, inc. IX e X, todos da CR/88.

Nestes termos, pede deferimento.

Local e data

Advogado OAB nº xxx

ANEXO 2



195

¹⁹⁵ Imagem disponível em: <<https://www.hofstede-insights.com/product/compare-countries/>>. Acesso em: 28 jun. 2018. Utilizados como parâmetro os países Brasil, Argentina, Uruguai e Alemanha.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, José Moreira. *Direito Romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BAGGIO, Roberta Camineiro, MARQUES, Stanley Souza. *Vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais: breves considerações da Filosofia Constitucional*. DOI 10.12957/dep.2013.5856 245 - Revista Direito e Práxis Vol. 4, n. 7, 2013, p. 245

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.240.p. 1-42, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 17 nov. 2017

BRASIL. *Constituição Federal/1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 19 ago. 2018.

_____. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. *Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em : 20 ago. 2018.

CABRAL, Mário André Machado; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira Moreira. *gadamer, reviravolta hermenêutica e direito*. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. v. 29, n. 1 (2009): jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/search/search?simpleQuery=Rui+Verlaine+Oliveira+Moreira&searchField=authors>>. Acesso em: 20 ago. 2018

CASSONE, Vittorio, ROSSI, César, J., CASSONE, Teixeira, M. E. 2017. *Processo Tributário - Teoria e Prática*. 15. ed. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597012729/>>. Acesso em 24 ago. 2018.

CIANCI, Mirna, DELFINO, Delfino, L., DANTAS, Bruno. (10/2015). *Novo Código de Processo Civil - Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar* V.1, 1. Ed. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637153/>>. Acesso em 24 ago. 2018 p.362-363

COLUCCI, Maria da Glória. *Métodos de interpretação no direito*. Disponível em: <<http://rubicandarascalucci.blogspot.com.br/2014/07/metodos-de-interpretacao-no-direito.html>>. Acesso em: 11 nov. 2017

COSTA, Alexandre Araújo. O controle de razoabilidade no direito comparado, Brasília: Thesaurus, 2008. 210 p. 183-184. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/o-controle-da-razoabilidade-no-direito-comparado/capitulo-iii/b-jurisprudencia-do-tribunal-constitucional-federal-2-jurisprudencia-dos-valores/d-jurisprudencia-dos-valores-e-o-problema-da-legitimidade-o-caso-dos-crucifixos>>. Acesso em: 02 ago. 2018

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/m%C3%BAtu>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

DONIZETTI, Elpidio. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009859/>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

GAJARDONI, Fernando Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, Andre Vasconcelos, OLIVEIRA Jr., ZULMAR, Duarte. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença - Comentários ao CPC de 2015. Método*, 07/2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971854/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

HOFSTEDE. Geert. Disponível em <<https://www.hofstede-insights.com/country-comparison/germany/>>. Acesso em: 01 jul. 2018

KELLER, Mauro de Medeiros. *Prudência e Direito: Pressupostos para a Compreensão Prudencial do Direito e da Justiça (parte I)*. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur16/mauro.htm>>. Acesso em: 06 nov. 2017

LAUAND, Jean. *Saber Decidir: a Virtude da Prudentia*. Disponível em: <http://www.hottopos.com/notand11/jean_mauro.htm> Acesso em: 08 nov. 2017

MARMELSTEIN, George. *50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra*. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em : 19 ago. 2018

MORAIS, Fausto Santos de. *A hermenêutica e a insuficiência da teoria de Alexy*. Conjur, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-29/fausto-morais-hermeneutica-insuficiencia-teoria-alexey>>. Acesso em 04 jul. 2018

OLIVEIRA, José Aguiar. A deliberação como condição de aplicação da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito*. 2016. V. 12, N. 2 (2016). Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1620/1058>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ROSA, Alexandre Morais da. *Alexy, seus defensores e a filosofia como lógica ornamental*. Conjur, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-19/alexey-defensores-filosofia-logica-ornamental>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

PERINE, Marcelo. *Quatro lições sobre a ética de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2006. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=RdJUma_0kgIC&pg=PA35&pg=PA35&dq=eupraxia+phronesis&source=bl&ots=OvZ5ss4bIO&sig=3uibeCu0VKN60r_OivH3_Albpig&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwii1PbjrpvXAhVJgJAKHbIPAf0Q6AEIJzAA#v=onepage&q=eupraxia%20phronesis&f=false> Acesso em: 15 nov. 2017

SANTANA, D. L. de; MENDES, G. A.; MARIANO, A. M.. *Estudo das dimensões culturais de Hofstede. Análise comparativa entre Brasil, Estados Unidos e México*. C@LEA – Revista Cadernos de Aulas do LEA, Ilhéus, n. 3, p. 1 – 13, nov. 2014. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/277130475_Estudo_das_dimensoes_culturais_de_Hofsted_e_analise_comparativa_entre_Brasil_Estados_Unidos_e_Mexico>. Acesso em: 01 jul. 2018.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 126.

SILVA, Bruno Campos. *Novo Código de Processo Civil*. Impactos na Legislação Extra vagante e Interdisciplinar, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016. (acompanhado de autores como Ada Pellegrini, Fredie Didier Jr. p.153-159

SILVA, Roger Michael Miller. *Fins e meios: uma discussão sobre a phronesis na Ética Nicomaquéia*. 2005. 148f. Dissertação (mestrado em Filosofia). Pontifícia universidade católica do rio de janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=6269@1>. Acesso em 20 ago. 2018

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais e relações entre particulares*. Revista Direito GV. v. 1 n. 1. p. 173 – 180. Maio. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35274/34067>>. Acesso em: 20 jul. 2018

SIMIONI, Rafael Lazzarotto (no prelo). *Ponderando a ponderação: crítica à relativização de direitos fundamentais e à máxima da proporcionalidade em países desproporcionais*

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 832p.

STRECK, Lenio Luiz. *A jurisdição Constitucional e as Possibilidades Hermenêuticas de Efetivação da Constituição: Um balanço crítico nos quinze anos da Constituição*. Rio de Janeiro: Revista da Escola da magistratura do estado do Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_66.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2018

STRECK, Lenio Luiz. *Lenio Streck fala sobre hermenêutica e jurisdição em tempos de solipsismo*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PrSI9umZWRw>>. Acesso em: 10 out. 2017

STRECK, Lenio Luiz. *Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!* Conjur, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 02 nov. 2017

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22241541/verdade-e-consenso---lenio-streck>> Acesso em: 01 ago. 2018

THEODORO JUNIOR, Humberto. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; OLIVEIRA, Júlio de Aguiar. *Trindade e Streck, seus defensores e a filosofia*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/trindade-streck-defensores-filosofia-logica-ornamental>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; OLIVEIRA, Júlio de Aguiar. *Uma teoria do direito sem filosofia?! Crítica às objeções de Trindade e Streck à teoria de Alexy*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/uma-teoria-do-direito-sem-filosofia-critica-as-objecoes-de-trindade-e-streck-a-teoria-de-alexey>>. Acesso em 04 jul. 2018.

VAZ, Henrique C. de L. *Ética e Cultura*. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=R0Bs_leKfooC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 11 nov. 2017.

VIDAL, Marcelo Furtado. Princípio da proporcionalidade, ponderação de bens e direitos humanos fundamentais trabalhistas. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 8 , n. 15. Jan./Jun. 2006. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/15/artigos/01.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2018.