

UMA DISCUSSÃO HERMENÊUTICA À CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO COMO MANDAMENTO DE OTIMIZAÇÃO

A HERMENEUTIC DEBATE ABOUT PRINCIPLE AS AN OPTIMIZATION COMMAND

Fausto Santos de Morais*

RESUMO

O que é princípio jurídico? Essa pergunta parece por vezes ser a mais evidente e, paradoxalmente, a mais oclusa. Refletindo sobre isso, este trabalho propõe a discussão sobre o conceito de princípio jurídico de Robert Alexy – e, muito mais, a abertura que esse conceito acaba ganhando *in terrae brasilis* –, procurando evidenciar o problema do uso discricionário da adoção desse conceito. Para o fim almejado o trabalho adota o método fenomenológico-hermenêutico, valendo-se de coleta de dados jurisprudenciais e a revisão bibliográfica para propor, como contrapartida à crítica, visão da vinculação do sentido de princípio jurídico a um modelo hermenêutico que privilegie a historicidade do Direito.

Palavras-chave: Robert Alexy. Conceito de princípio jurídico. Crítica Hermenêutica do Direito.

ABSTRACT

What is the legal principle? This question seems to sometimes be the most obvious and, paradoxically, the more occluded. Reflecting on this, this paper proposes a discussion on the concept of legal principle of Robert Alexy - and much more, opening this concept ends up winning in *brasilis terrae* -, seeking to highlight the problem of discretionary use of the adoption of this concept. Accomplishing these demanded to adopt a phenomenological-hermeneutic method, taking advantage of collecting data and jurisprudential literature review to propose, as counterpart, a critique vision of linking the sense of legal principle to a hermeneutic model that privileges the historicity the law.

Keywords: Robert Alexy. Legal Principle Concept. Hermeneutical Critique of Law.

1 INTRODUÇÃO

Essa questão deve ser resolvida mediante a ponderação entre os princípios jurídicos colidentes! Essa expressão pode advir (in)discriminadamente na fala do transeunte, que dá sua opinião numa entrevista televisiva colhida em meio às calçadas do país, passando pela manifestação dos alunos e professores nos bancos acadêmicos das faculdades de Direito, chegando até o voto dos ministros no plenário do Supremo Tribunal Federal – STF. Aliás, para esse, inúmeras questões já foram decididas por conta dessa colisão de princípios, são

* Doutor (2013) e mestre (2010) em Direito Público - UNISINOS (Capes 6) além de especialista em Direito Tributário - UPF (2006). Docente da Escola de Direito e PPGD da IMED, Passo Fundo/RS. Advogado; faustosmorais@gmail.com

exemplos: a criminalização da publicação de livro com conteúdo “racista” como produto da liberdade de expressão (HC 82.424/RS), a quebra de sigilo bancário e telefônico na investigação criminal quando se fizesse necessário (RE 389.808/PR), o porte de arma de fogo desmuniada mesmo quando o perigo concreto inexistisse (HC 104.410/RS), a prisão do fiel depositário (RE 349.703-1/RS), a extinção da punibilidade pela união estável do agressor à vítima no crime de estupro (RE 418.376/MS), a constitucionalidade das cláusulas de inelegibilidade (ADI 4.578/DF), a possibilidade de intervenção em entes federativos estaduais (IF 2.915/SP) e a pesquisa nas células-tronco (ADI 3.510/DF).

O grande problema identificado é que nessas decisões não fica claro qual é o conceito de princípio jurídico utilizado pelo(s) julgador(es), dando a impressão que qualquer argumento serve à condição de princípio jurídico para justificar a ponderação pelo intérprete. Diante dessa questão, o presente trabalho tem como objetivo apresentar objeções à conceituação de princípio jurídico existente na obra de Robert Alexy, considerando, principalmente, o problema da concepção quando utilizada *in terrae brasilis* sem os devidos cuidados a elementos analíticos e argumentativos. Esses elementos, conforme sustenta Alexy, que conformariam de fato um modelo congruente de aplicação e fundamentação racional do Direito. Assim, discutir o conceito de princípio nos termos do trabalho acaba sendo algo primordial ao crítico desenvolvimento teórico que busca a ampliação dos Direitos Fundamentais Civis como Direitos Subjetivos.

Para tanto, o trabalho orientado pelo método fenomenológico-hermenêutico e que se valeu da revisão bibliográfica desenvolveu o objetivo em três seções distintas. Na primeira, discute-se o empregado dos princípios jurídicos e indica-se a aproximação do conceito aquilo que se chamou “historicidade do Direito”. Num segundo momento, apresenta esboço histórico para mostrar como que se dá a aproximação da noção de princípio jurídico a valores. E, na terceira seção, propõe-se uma Crítica Hermenêutica para evidenciar o desafio interpretativo na aplicação dos princípios.

2 UMA CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO JURÍDICO ALÉM DE MANDAMENTOS DE OTIMIZAÇÃO: A FECUNDIDADE DA HISTORICIDADE DO DIREITO

Não é novidade dizer que a noção de princípio jurídico proposta por Robert Alexy¹ tenha sido endossada no mundo jurídico como critério diferenciador entre as espécies normativas, o que teria assegurado, no plano metodológico, a segurança de como se aplicar o Direito. A premissa seria: quando não fosse possível resolver os problemas² mediante a

¹ Noção que coordena a dogmática mundial e brasileira, embora Robert Alexy ao discorrer sobre a estrutura dos princípios jurídicos indique a sua condição de mandamentos *a serem otimizados* (ALEXY, 2000, p. 300).

² Alexy entende que a indeterminação normativa decorreria da abertura semântica da linguagem que, no Direito, teria também como consequência, a abertura estrutural.

aplicação das regras jurídicas, por subsunção, deveria o intérprete considerar os princípios jurídicos envolvidos, ponderando-os³ nos moldes da máxima da proporcionalidade.

Essa questão para colocar em evidência uma discussão sobre as possibilidades da interpretação e pode ser apresentada nos seguintes termos: a concepção de princípio jurídico de Robert Alexy como mandamento de otimização diluiria a deontologia dos critérios plasmados na historicidade do Direito, condicionando-a ao ato de vontade do intérprete.

Se a proporcionalidade seria aplicada para resolver o conflito entre princípios jurídicos, o estudo da *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy revelou uma série de “princípios jurídicos” que foram sopesados. Entre eles, por exemplo: princípio da dignidade humana, princípio da proteção do âmbito físico do desenvolvimento individual da personalidade, princípio do Estado Social, princípio democrático, princípio da defesa militar, princípio da manutenção e promoção dos ofícios manuais, princípio da liberdade de escolha profissional, princípio da liberdade artística, princípio da liberdade jurídica, princípio da liberdade fática, princípio da competência do legislador democraticamente legitimado.

Mesmo tendo sérias dúvidas sobre a natureza de mandamentos de otimização desses princípios, de acordo com a noção de Alexy, o sopesamento indicado pelo autor teria envolvido outras categorias diferentes. De tal forma que também foram sopesados pelo autor nos seus trabalhos, por exemplo: direitos fundamentais sociais diante de direitos de liberdade, direitos fundamentais sociais contra normas constitucionais materiais, direitos fundamentais sociais em tensão com direitos fundamentais sociais (sic), direitos fundamentais sociais com direitos coletivos, direito à vida e a incolumidade física diante a operacionalidade da justiça penal, liberdade de imprensa em colisão com a segurança nacional, direito fundamental da liberdade artística frente ao impedimento e ameaça ao trânsito, escassez da moradia contra a inviolabilidade do domicílio.

Para finalizar a indicação dos “princípios jurídicos” a partir de Robert Alexy, recorre-se a um de seus últimos trabalhos em que o sopesamento é feito no caso em que se discutia o ingresso do “motor scooter” no parque. Nessa oportunidade, foram sopesados com a liberdade de ação o princípio de paz e sossego no parque (ALEXY, 2010a, p. 15). É difícil imaginar a origem desse “princípio jurídico” na tradição jurídica – mesmo que num caso hipotético –. O problema no admitir princípios como esse, desvinculado da sua manifestação normativa congruente à historicidade concreta do direito, transforma-os em simples argumentos orientados à retórica, cujo poder deontológico da sua construção intersubjetiva é substituído pela necessidade pragmática de resolver o problema a qualquer custo, mesmo que se recorra a sopesamentos *ad hoc* e, por vezes, obscuros. E, nesse sentido, as questões de princípio acabam se resignando, impropriamente, à consciência do julgador.

³ A indicação quanto à ponderação é feita como figura de linguagem, visto que, no marco teórico proposto por Robert Alexy, a criação de regras para organizar a relação entre princípios no caso concreto implicaria na criação de uma “lei de colisão” (ALEXY, 2008a, p. 102, 163-164).

Em pesquisa que centrou o olhar a uma década de decisões do Supremo Tribunal Federal – STF que aplicaram o princípio da proporcionalidade (MORAIS, 2013), notou-se o envolvimento de inúmeros “princípios jurídicos”⁴ (sic) sopesados. Foram, portanto, sopesados: a presunção da inocência, a dignidade humana, a liberdade, o *due process*, o princípio da individualização da pena, o direito à inviolabilidade domiciliar, o princípio da especialidade, os valores da liberdade, igualdade e segurança, o princípio da insignificância, princípio da ofensividade, liberdade individual do devedor e dos direitos patrimoniais do credor, princípios da moralidade e probidade com a presunção de inocência, direito fundamental à participação política, à capacidade eleitoral do cidadão, não confisco, livre exercício da atividade profissional, princípio da nulidade da lei inconstitucional, interesse social relevante, direito fundamental à propriedade, princípio da equidade, liberdade de imprensa, liberdade de expressão, livre exercício do jornalismo, inviolabilidade ao direito à vida, plenitude da liberdade de pesquisa científica, interesse individual e interesse da comunidade, para ficar apenas nesses⁵.

Também foi lugar comum a referência nas decisões quanto à necessidade de ponderação entre interesses, bens, valores, princípios e direitos fundamentais. De acordo com o posicionamento constatado no STF (MORAIS, 2013), a resolução de algum dos problemas enfrentados exigia a ponderação das mais diversas categorias. Há, pois, sérias dúvidas quanto ao conceito de princípio jurídico utilizado, principalmente, diante da sua configuração como qualquer tipo de argumento que suporte a decisão de acordo com os interesses de uma das partes envolvidas nos casos apreciados. E pior, dificilmente se sabe o que são essas categorias ou de onde advém, por que deveriam ser considerados pela ordem jurídica brasileira e o que justifica a preterição desses a outros no sopesamento? Aliás, indo além, qual seria a autoridade da sua fonte na tradição jurídica ou poderiam ser livremente eleitos pelo julgador? Todas essas indagações apontam para a carga de solipsismo no sopesamento, visto que a escolha e definição dos “princípios” a serem sopesados acabam se submetendo, tão somente, à consciência do julgador, em detrimento à construção de critérios deontológicos intersubjetivos que não podem ser ignorados, eis que plasmados na tradição jurídica como compromissos e conquistas do progresso político-jurídico de dada sociedade.

⁴ A expressão é assim apresentada diante da incompreensão do conceito de princípio jurídico utilizado visto que inúmeras categorias acabaram sendo sopesadas, indiferentemente da sua condição lógica de mandamentos de otimização, como propõe Robert Alexy ao conceito de princípios jurídicos.

⁵ É possível indicar, ainda, o sopesamento dos seguintes entes: direitos dos militares à universidade, autonomia universitária, reserva possível, princípios da segurança jurídica e princípio da nulidade da lei inconstitucional, desqualificação e qualificação, direito fundamental de liberdade de expressão, vedação ao anonimado, interesse do estado na averiguação das condutas criminosas, delitos de perigo abstrato, princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, princípio da presunção de inocência e presunção da necessidade de prisão, liberdade do exercício profissional do advogado, princípio da insignificância, pretensão estatal de máxima proteção e interesse individual do réu, atuação punitiva do estado e o direito de não intervenção do indivíduo, dever de sigilo e prerrogativa do poder público de investigar os componentes transgressores da ordem jurídica, princípio da proibição de colher provas ilícitas, bem jurídico da privacidade.

A consequência disso pode ser vista no imaginário brasileiro; a proliferação dos princípios jurídicos já é denunciada por Streck naquilo que o autor denominou como *panprincipiologismo*⁶. Seguindo a orientação do autor, o recurso aos mais variados e exóticos “princípios jurídicos”, cuja colisão seria constatada no caso concreto (sic), serviria para o intérprete justificar o recurso à metodologia do sopesamento (em termos mais simples, ao princípio da proporcionalidade), sem muitas vezes, compreender, por exemplo, a incongruência da sua postura diante do modelo de Direito desejado. Explica-se: se a democracia é incompatível com a discricionariedade, uma vez que reclama critérios decisórios intersubjetivos, adotar a postura da filosofia da consciência seria abdicar dessa intersubjetividade, reprimando o problema da discricionariedade. Coloca-se, a partir desses termos, o seguinte problema um tanto quanto paradoxal: concretizar a democracia na democracia.

Não se pode esquecer que o senso comum teórico do direito brasileiro sucumbiu à diferença estrutural entre regras e princípios, o que dá sustentáculo à legitimação do método próprio à aplicação dos princípios. Essa diferenciação decorre da classificação de casos como fáceis e difíceis. Os fáceis, resolúveis por subsunção. Os difíceis via sopesamento. Cria-se, nessa perspectiva, dois métodos à interpretação jurídica.

Sabe-se, ao seguir Alexy, que o sopesamento tem a sua validade mediante a assunção da natureza axiológica dos princípios, fazendo com que o seu conflito com outros princípios existentes devesse ser harmonizado pelo intérprete. Nesse sentido, sente-se falta de apresentar essa correlação entre princípios jurídicos e valores, adotando-se para tanto uma explicação historiográfica sobre o assunto, o que será feito na próxima seção.

3 DO PORQUE OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS SÃO VALORES? UM ESCORÇO NA HISTÓRIA DA TEORIA DO DIREITO

O grande problema é que a dogmática jurídica acabaria convencendo essas alternativas para solução dos casos fáceis e difíceis. Nos primeiros casos, a lógica agiria. Nos segundos, por não haver recurso lógico, poderia o intérprete exercer o seu poder de valorar, sua moral ou, sua vontade.

Essa cultura de sopesar o que der e o que for necessário ignora a força dos efeitos da histórica na nossa compreensão das coisas. Isso quer dizer que, por vezes, a tradição inautêntica pode estar tão fortemente arraigada à nossa cultura que somente uma postura

⁶ Expressão utilizada por Streck para criticar a criação de princípios jurídicos, tanto quanto necessário às necessidades de ponderação (sopesamento) do intérprete. Assim, refere o autor que: “o uso da ponderação, como um verdadeiro princípio, decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que venho denominando panprincipiologismo. Em linhas gerais, o panprincipiologismo é um subproduto do constitucionalismo contemporâneo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse panprincipiologismo faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional” (STRECK, 2011, p. 50).

crítica, com a denúncia dos efeitos da história⁷, poderia apresentar as impropriedades (ou incoerências) dos pressupostos assumidos.

Nesse sentido, um breve esboço histórico sobre a Teoria do Direito e à Hermenêutica Jurídica ajuda a indicar os problemas da mistura teórica quando se sopesa qualquer tipo de coisas, sejam eles: interesses, valores, princípios e direitos fundamentais. Para não cair na improdutividade, fixa-se como ponto histórico inicial a Alemanha do final do século XIX. Naquele momento havia grande discussão sobre a impropriedade do Direito como algo meramente formal e científico. A então vilã era a Jurisprudência dos Conceitos, concepção criticada diante do seu distanciamento da efetiva realidade social. Ela espelhava o ápice do idealismo alemão, crendo num Direito de característica lógico-formal e abstrata⁸.

O início do Século XX teve como marca a passagem da lógica e da razão pela vontade, visto que o agir humano não poderia ser reduzido àquelas, assunção essa que denunciava, como entende Losano, a influência do psicologismo de Freud e a filosofia moral de Nietzsche (LOSANO, 2010, p. 140). Essa “irracionalidade” aponta para a insuficiência do Direito criado pelo legislador, aumentando a importância do juiz na Europa continental⁹. Nesse espaço de criação dada ao juiz, Jhering provoca a migração da concepção de Direito como atos cognitivos do legislador e do juiz para uma postura voluntarista. Assim, o Direito não poderia ser explicado tão somente com recurso à sistematização racional – conceitual, mas considerar, também, a participação do jurista através do exercício da sua vontade (LOSANO, 2010, p. 148)¹⁰. Por inclinação a Jhering, as normas jurídicas deveriam, singularmente, realizar os seus fins práticos (BILLIER; MARYIOLI, 2001, p. 240), esses, estabelecidos e impostos pelo Direito através da vontade do sujeito¹¹. Influenciado pela “carga de realidade” reclamada pelo Direito, consolidou-se o movimento da Jurisprudência dos Interesses¹², cujo representante mais conhecido é Philipp Heck. Entendia este que a ciência do Direito estaria incumbida na investigação dos interesses valorados que deram causa à lei ou que foram conformados pela decisão valorativa do legislador (LARENZ, 2005, p. 66). Identifi-

⁷ Nesse sentido, com base em Streck, essa categoria serviria de indicação da necessidade reflexiva da dogmática jurídica sobre a cultura que produz, muitas vezes, diversos equívocos jurídicos, assimilados acriticamente (STRECK, 2011, p. 355).

⁸ A origem dessa corrente pode ser atribuída à resistência contra a positivação do Direito pela Escola Histórica de Savigny. O Direito não poderia ser reduzido à lei, mas expressar o espírito do povo (*Volksgeist*) (KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p. 167). Para tanto, os intelectuais teriam a capacidade de apreender o espírito do nível cultural histórico-jurídico. Seria o espírito do povo a entidade de que precisava Puchta para tomá-la como fonte de todas as proposições jurídicas individuais. Estariam elas relacionadas e condicionadas por aquele ente, como um nexó orgânico da sociedade. Fixar um conteúdo que permitisse deduções era a base da Jurisprudência dos Conceitos e a Filosofia do Direito a fonte desse conteúdo (LARENZ, 2005, p. 26).

⁹ Losano afirma que a relação entre legislador e juiz teria sido invertida. A contribuição para tanto é identificada pelo autor, também, no realismo norte-americano, com a substituição da razão pela razoabilidade (LOSANO, 2010, p. 144-145).

¹⁰ Interessante lembrar que essa concepção é identificada na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Uma análise acurada vai ver que o esquema de interpretação do conhecimento jurídico, a partir do conceito de norma, está ligado ao exercício de atos de vontade, bases à imputação jurídica (KELSEN, 2003, p. 87).

¹¹ Considerando que a sociedade seria a cooperação de fins concretos da sociedade, o papel do Direito seria garantir essa coexistência com a construção individual da norma, harmonizando os fins nos casos individuais. Assim, a luta pelo Direito seria reclamar a segurança do Estado para, mediante um poder coativo, manifestar a vontade sobre o fim que deveria prevalecer. (LARENZ, 2005, p. 59).

¹² Conforme Losano o Movimento do Direito Livre teria aberto caminho à Jurisprudência dos Interesses, reclamando ao juiz o poder de decidir o Direito livremente no caso concreto. Numa concepção menos radical, uma das facções do Movimento do Direito Livre reclamava tal possibilidade somente nos casos de lacunas no Direito positivo, noção esta, incorporada pela Jurisprudência dos Interesses. (LOSANO, 2010, p. 164).

cadadas lacunas ou dúvidas interpretativas no Direito positivo, deveria o intérprete recorrer aos interesses em jogo, dando preferência ou ponderando (*Abwägung*) ao mais importante¹³.

Interessante consignar, aqui, o posicionamento de Losano ao sustentar que tanto o Movimento do Direito Livre como a Jurisprudência dos Interesses foram campos férteis para o regime nacional socialista, visto que o fundamento do Direito estaria sob a vontade do Führer (*Führerprinzip*) (2010, p. 204). Assim, os juízes atuavam de duas formas, quais sejam: a primeira, aplicando rigidamente as leis do regime nacional-socialista, mas desviando-se delas quanto houvesse razão política para tanto; segunda, ignorando a lei, contra a sua própria letra, corrigindo-as de acordo com o “bem comum”, “boa-fé”, “sentimento popular” ou “à vontade do Führer” (LOSANO, 2010, p. 205)¹⁴.

A Jurisprudência dos Valores surge como forma de conceber o Direito pós-1945, buscando determinar os valores em que se fundam o Direito e que merecem proteção¹⁵. A tarefa seria, dessa forma, indicar a origem dos valores que guiassem a decisão do juiz quando o Direito positivo não oferece *critérios suficientes* à resolução do caso concreto¹⁶. Tais valores passariam a ser reconhecidos como algo supralegal ou prepositivo¹⁷. Aliás, não se pode esquecer a influência de Radbruch na recuperação dos valores no Direito. Sustentava o jurista que a ordem jurídica tinha como principais os seguintes valores: adequação aos fins, segurança e justiça¹⁸. Os dois últimos envolveriam a discussão sobre a validade do Direito positivo. Destarte, quando o Direito positivo alcançasse um patamar insuportável, provocando uma *injustiça extrema*, o valor da segurança deveria ceder¹⁹. Isso ficou conhecido como a “Fórmula Radbruch”, inclusive, adotada por Alexy para qualificar moralmente o Direito com a pretensão de correção (2009, p. 34)²⁰.

¹³ Heck advoga de uma forma geral que os comandos legais (lei, decisão judicial) se destinam a resolver conflitos de interesses, devendo o juiz, no caso de lacunas, recorrer a sua experiência de vida para garantir os interesses da comunidade. Assim deveria o juiz no caso de colisão (*Abwägung*) conciliar, equilibrar ou dar preferência ao interesse mais importante. Essa deveria ser o ato valorativo do juiz (HECK, 1947, p. 234-235).

¹⁴ O acaba desmistificando o positivismo jurídico como modelo favorecedor de regimes autoritaristas ou totalitaristas, mostrando que o contexto sócio-político em que se funda a lei é algo determinante, estrutural, ao Direito.

¹⁵ Explorando a fecundidade crítica a partir da literatura Trindade mostra a instituição jurídica do regime nacional-socialista e o movimento de transição para uma nova forma de pensar o Direito que recuperasse os elementos éticos-morais (TRINDADE, 2010, p. 27-100).

¹⁶ Losano sustenta que retornar à concepção da Jurisprudência dos Interesses, após o período nacional-socialista, nas lentes da Jurisprudência dos Valores, seria recuperar a ética para o Direito (2010, p. 192).

¹⁷ Larenz reconhece, assim que “a passagem a uma “Jurisprudência de valoração” só cobra, porém, o seu pleno sentido quando conacionada na maior parte dos autores com o reconhecimento de valores ou critérios de valoração “supraleais” ou “pré-positivos” que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições” (2005, p. 167).

¹⁸ Para Radbruch a Filosofia do Direito teria o papel fundamental de indicar os valores últimos e supremos a orientar o Direito (RADBRUCH, 2005, p. 24). Para Radbruch a Alemanha no período de 1933 até 1945 mostrou como o Direito poderia perder a sua referencia ideal quando a noção supraindividualista de fim teria determinado a negação total dos direitos individuais do homem. Refere Radbruch que, neste caso, a ideia de fim teria sufocado a necessidade de Justiça. Seria necessário reconhecer, portanto, que a Justiça deveria estar acima tanto dos fins almejados quanto da segurança jurídica (RADBRUCH, 2005, p. 43).

¹⁹ É dizer que a injustiça cometida contra todos pelo Direito positivo poderia ser suportada. O problema seria quando essa injustiça não fosse distribuída a todos, tornando-se insuportável. Logo, o próprio valor da isonomia, qualificativo do Direito positivo como justo, se perderia (RADBRUCH, 2009, p. 34-41).

²⁰ Esclarece, ainda, que Alexy identifica essa “Fórmula Radbruch” nas decisões do Tribunal Federal Constitucional alemão para analisar a injustiça do Direito positivo.

A valoração no Direito, como entende English, orientaria os conceitos normativos, eis que eles reclamariam preenchimentos valorativos do órgão de aplicação, seja nos casos em que houvesse conceitos indeterminados ou cláusulas abertas – em que a valoração se tornaria mais evidente, tal como na determinação do caso, em que uma série de valorações envolveria a aplicação do Direito (ENGLISH, 2008, p. 236-240)²¹.

Ainda, no último movimento em direção aos princípios jurídicos, Losano identifica Canaris e Larenz como juristas os quais teriam requerido aos princípios jurídicos noções orientadas a valores, mas autônomos, visto que seriam contemplados pelo sistema do Direito²². Ou seja, seria possível reconhecer ao Direito uma ordem orientada a valores objetivos, transitória e realizável progressivamente diante de novos problemas concretos (LOSANO, 2010, p. 243 e 311).

Encontra-se, em Larenz, por sua vez, a qualificação do caráter aberto (inacabado e inacabável) e fragmentário do Direito, não sendo possível integrar todas as normas e regulamentações jurídicas. Haveria, pois, à compreensão do Direito um sistema interno – derivado das valorações móveis da ordem jurídica, que poderiam ser organizadas e conhecidas mediante conexões de sentido produzidas pelo sistema externo. Em suma, essas duas noções de sistema, interno e externo, conduziriam o jurista à descoberta e concretização de princípios jurídicos, dando à jurisprudência uma condição de pensamento que, ao mesmo tempo, seria orientado a valores e sistemático. Assim, a resolução de problemas valorativos poderiam, de certa forma, serem considerados admissíveis se justificados ao sistema interno (LARENZ, 2005, p. 674-697), concebido como “critérios teleológicos-objectivos da interpretação e em conexão com o desenvolvimento do Direito, atendendo a um tal princípio” (LARENZ, 2005, p. 674)²³.

Também próximo dessa transição entre valores para os princípios, Canaris idealizava que os princípios seriam a correspondência de uma consequência jurídica a determinados valores do sistema jurídico. Esse sistema seria construído mediante uma ordem de valores, superiores, os quais o Direito buscava proteger (CANARIS, 2002, p. 86). Logo, os problemas concretos deveriam guardar adequação teleológica ou valorativa (CANARIS, 2002, p. 78), em defesa da unidade valorativa do sistema. Esse sistema poderia apresentar lacunas e contradições valorativas. Quando não fosse possível resolver esses problemas mediante o recurso aos valores do sistema, haveria lacunas no sistema de natureza valorativa (CANARIS, 2002, p. 239). Elas seriam produtivas para a evolução do sistema mediante a

²¹ Conforme o autor, não poderia o juiz, portanto, desprezar a “lei moral objetiva” pressuposta pelo legislador e aceita como válida pela convivência humana. Dever-se-ia considerar, ainda, a própria valoração pessoal como parte integrante do material valorativo. Ainda, esse descobrir o Direito, no caso concreto, exigiria do órgão julgador valorações e decisões de vontade em busca de um “Direito equitativo” (ENGLISH, 2008, p. 248). Posicionamento esse compartilhado também por José Lamego (1990, p. 64-65).

²² Cordeiro vai criticar essa estrutura de pensamento, entendendo que não seria possível construir um discurso meramente epistemológico sobre o Direito de tal forma que apreendesse e justificasse cientificamente (ciência moderna) uma ordem de valores (2002, p. XXVIII).

²³ Esses critérios seriam considerados como pautas diretivas da decisão jurídica, enquanto ideias materiais que, por força de sua convicção, justificariam as resoluções jurídicas.

erupção de novos valores extra-legais que encontrassem adequação ao sistema (CANARIS, 2002, p. 123-124).

A aproximação entre valores e princípios jurídicos pode ser facilmente percebida na proposta dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy²⁴, o que daria suporte à concepção daquela espécie normativa como mandamentos de otimização organizados mediante esquemas de sopesamentos para, através de um juízo de valor do intérprete (2008a, p. 148), conceber o sistema jurídico como uma ordem transitiva de valores²⁵.

O grande problema compartilhado pelo paradigma jurídico, que vem desde o movimento “irracional” até o atual sopesamento dos princípios jurídicos, seria a cisão metafísica entre razão teórica e razão prática, característico da filosofia da consciência. A concepção de razão prática, que parece ser determinante também para Alexy, fundar-se-ia na esperança na liberdade deliberativa do sujeito sobre questões morais valorativas, como uma faculdade do querer. Dessa forma conforme Höffe define a razão prática kantiana, o querer do sujeito decorreria da sua capacidade racional e, portanto, livre, dotando-lhe de condições para decidir independentemente das suas inclinações (2005, p. 188). Essa razão prática, cujo decisionismo é latente, tentaria ser contornada por Alexy mediante o apelo à convalidação racional da escolha²⁶, o que se daria pelo esquema procedimental-argumentativo da sua Teoria da Argumentação Jurídica. O decisionismo ou, para fins desta tese, a discricionariedade, acabaria sendo o pressuposto do decidir²⁷.

4 DA CRÍTICA HERMENÊUTICA AO (AB)USO METAFÍSICO NO CONCEITO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Parece inquestionável considerar que esse modelo teórico esteve sempre orientado sobre o paradigma da filosofia da consciência, depositando no sujeito a condição primor-

²⁴ Aliás, o objetivo da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy seria a “reabilitação da tão depreciada teoria valorativa dos direitos fundamentais”, considerando que “a positivação de direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais representa uma *abertura do sistema jurídico* perante o sistema moral”. (ALEXY, 2008a, p. 29).

²⁵ Ricardo Lobo Torres entende que Alexy fundaria a sua teoria numa teoria de valor, cujos valores seriam estáticos e já organizados (2009, p. 516). Com respeito ao posicionamento do autor, entende ser possível interpretar a proposta de Alexy como dois sistemas, um interno (ordem hierárquica flexível de valores-princípios) e outra externa (dogmática jurídica), muito parecido com as propostas de Larenz e Canaris.

²⁶ Alexy vai dizer que o modelo decisionista, meramente psicológico, seria substituído pelo modelo fundamentado. Assim, “O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes” (2008a, p. 165).

²⁷ A crítica de Streck é certa quando indica a confusão entre os princípios gerais do Direito e os princípios constitucionais, principalmente, na metodologia que orienta a aplicação dos mesmos. Assim, quando a legislação fosse insuficiente os princípios resolveriam o problema com recurso à moral (razão prática) do intérprete. Seria, para Streck o caso em que “os princípios representariam uma espécie de “reforço” da razão prática para o direito, que seriam acionados pelo julgador no momento em que as regras codificadas não apresentassem uma resposta imediata para a questão. Evidentemente, essa tese é problemática, uma vez que funda o problema das vaguezas e ambiguidades em uma razão prática ainda prisioneira do solipsismo do sujeito epistemológico da modernidade. Essa problemática é facilmente identificável na teoria da argumentação jurídica que entende que os princípios são mandados de otimização. No fundo, isso implica afirmar uma continuidade (ou sobrevida) dos velhos princípios gerais, agora acrescentados/recheados com predicados morais, tanto é que, em determinados momentos e circunstâncias, a moral ainda se sobrepõe ao direito (pensemos na fórmula Radbruch, apoiada por autores do porte e da importância de Alexy)” (2011, p. 56).

dial de escolher entre os entes disponíveis (interesses, valores ou princípios) aquele de (sua) preferência como âmbito da sua razão prática. Esquece-se, portanto, a participação do intérprete na compreensão do Direito. Não há método que legitime o lugar do jurista num âmbito externo ao seu objeto de conhecimento. Eis o motivo porque essas concepções que aproximam os princípios a valores não passam pela barreira da filosofia da linguagem. Se a linguagem é o âmbito do pensar, em que a compreensão do sujeito e o objeto se manifesta, a noção de princípio jurídico não pode estar à disposição (*Ge-stell*) de sopesamentos, mas na proposta construtivista de um empreendimento histórico de natureza ontológica-existencial. Nesse sentido, o *mundo prático* (STRECK, 2011, P. 105) do Direito não deve(ria) admitir a cisão entre o conhecer próprio da razão teórica e da razão prática.

Por isso a Crítica Hermenêutica do Direito, ao endossar o pensamento de Dworkin (STRECK, 2011, p. 71)²⁸, procura tomar o “regime” ao requerer que o conceito de princípio jurídico sirva para superar o modelo de direito baseado exclusivamente nas regras, pretendendo o reconhecimento da imbricação ontológica entre direito, moral e ética. Esse reconhecimento ontológico não admitiria que as razões morais e éticas simplesmente poderiam ser incluídas no direito mediante as convicções pessoais do intérprete – o que seria certificado pelo procedimento argumentativo proposto por Alexy –, mas que as razões morais e éticas já são parte do direito, consistindo em elementos que proporcionam a autonomia do sistema²⁹ ou o âmbito de moralidade que sugere Dworkin.

Não se pode esquecer que Alexy trabalha o conceito de princípio jurídico numa dicotomia³⁰ entre mundo ideal (princípios) e real (regras), que é superada pelo enraizamento dos comandos jurídicos vinculados aos elementos éticos e morais na prática cotidiana do direito. Seria dizer, de outra forma, que o direito institui um modo prático de ser no mundo, cujos imperativos são compreendidos por todos aqueles que partilham da ordem jurídica. O que se quer dizer é: os princípios jurídicos na condição de critérios decorrem do modo-de-ser-do-Direito. Da historicidade jurídica. Da tradição.

Dessa forma, a revolução promovida pela Crítica Hermenêutica do Direito contra o regime positivista enfrentaria o chavão pelo qual os princípios jurídicos – como conceitos indeterminados ou abertura semântica das preposições jurídicas – abririam a interpretação. A interpretação do Direito é algo sempre aberto. Quando a filosofia passou a se concentrar

²⁸ Vale lembrar a afirmação de Poscher que tanto Esser quanto Dworkin entenderiam que a adjudicação judicial deveria levar em consideração não somente os critérios positivados no sistema jurídico, mas considerar, como parcela importante do ato de decisão, as máximas de princípios reconhecidos na prática, isto porque, estando os argumentos de princípio envolvidos, haveria a preocupação com a forma correta de se decidir – e, no ver de Poscher, superando a noção de separação entre Direito e Moral. Existiria relação entre o Direito e a Moral. Os princípios morais poderiam ganhar a condição de jurídicos sempre que fossem recepcionados como tal, quer dizer, quando ajustados aos reclames institucionais e doutrinários do Direito. Neste caso, poderiam ser considerados como princípios jurídicos (POSCHER, 2009, p. 7).

²⁹ Confirma-se, dessa maneira, a natureza cooriginária existente entre direito e moral proposta por Habermas (2003, p. 254).

³⁰ A presença de dicotomias em mundos reais e ideais, teóricos e práticos, seria marca das teorias positivistas do direito. Nesse sentido afirma Streck que “no plano da teoria do direito (contemporânea), é possível constatar que o modelo excessivamente teórico de abordagem gera uma espécie de *asfixia da realidade* (mundo prático). Ou seja, o contexto prático das relações humanas concretas, de onde brota o direito, não aparece no campo de análise das teorias positivistas. Mas, mesmo quando aparece, esse “aparecimento” vem sob forma de cisão: fato e direito” (2010, p. 89-90).

no âmbito da linguagem como lócus do filosofar, assumiu-se o ônus das precompreensões como fontes de abertura e fechamento da interpretação.

Assim, o Direito caracterizado como um empreendimento interpretativo teria como efeito a abertura significativa que somente pode ser fechada no ato de aplicação. Ou seja, o sentido jurídico só pode ser conhecimento no momento de aplicação, em que o caso concreto específico reclama a resposta jurídica sobre o problema. Antes da aplicação, qualquer especulação *a priori* está fadada ao erro, pois não existiria sentido *a priori* independentemente do seu contexto de significação. Pode ser que, diante de determinado problema concreto, todo o constructo teórico sobre os comandos do sistema jurídico não deem conta da facticidade próprio do problema concreto.

Entender o Direito como uma prática interpretativa seria reconhecer que o jurista desenvolve uma capacidade racional própria, forjada mediante o exercício da razão hermenêutica. Isto é, pensando no problema da aplicação do direito, o jurista somente consegue adjudicar porque as suas precompreensões lhe fornecem o subsídio significativo necessário para a compreensão do comando jurídico, seja ele analiticamente nomeado como regra ou princípio jurídico. Esse sentido jurídico é constantemente colocado em xeque frente a um novo ato de adjudicação, pois este permite que o jurista confirme a sua compreensão dos comandos normativos do sistema ou lhes afaste.

A analiticidade pode servir como condição epistemológica, todavia, não se sustenta sem a (pre)compreensão. Somente porque se compreende o comando jurídico é que se pode afirmar epistemologicamente, por exemplo, que as regras são aplicadas mediante subsunção. Se ignora, por vezes, que o ato de subsumir está ligado às (pre)compreensões que o intérprete possui do comando normativo³¹. Portanto, até mesmo em casos conhecidos como regidos pela subsunção, o intérprete teria a tarefa de efetivar a lei no caso concreto. Este ato de concretização nada mais seria do que aplicar a lei. Como desenvolveu Gadamer: a resolução dos casos jurídicos individuais, buscando a sua correção através do direito, seria o exemplo privilegiado do ato de aplicação (*applicatio*) (GADAMER, 2004, p. 432).

Assumindo essa perspectiva, o texto – como uma regra jurídica, uma premissa maior à subsunção – não contém em si mesmo o sentido. A norma não existe por si mesma, mas tão somente interpretada, visto que a significação somente é obtida no contexto conjuntural em que a palavra foi empregada (BLEICHER, 1992, p. 173). É esse o alerta de Streck, para quem as regras não se sustentam numa suficiência ôntica. Em outras palavras, as regras não possuiriam o seu sentido independente da condição ontológica-existencial como sua condição de possibilidade (2011, p. 178). Portanto, antes mesmo de uma tentativa de subsumir-deduzir o sentido das regras, algo se antecipa. Este algo é a compreensão. Na

³¹ Waldron possui posicionamento muito similar ao sustentado. Vai dizer o jurista que, mesmo nos casos claros, os juízes agiriam considerando fundamentos morais (e aqui, espula-se: morais-jurídicos) como proteção as expectativas estabelecidas, deferência as instituições democráticas e a integridade no tratamento dos casos “iguais” (2009, p. 13).

compreensão está dimensionada a condição ontológica-existencial cujos imperativos ético-morais dos princípios jurídicos já fazem parte.

Por consequência deste reclame hermenêutico, a relação entre regras e princípios para além da cisão estrutural metodológica assumida pela postura positivista entre essas “espécies normativas”³², implicaria um reconhecimento da unidade e da diferença. Isso porque ambas as espécies normativas estão envolvidas pelo mesmo meio, quer dizer, pela linguagem. A linguagem seria condição de possibilidade sentido (normativo)³³.

É claro que se poderia distinguir regras de princípios jurídicos. Essa distinção não poderia, ainda assim, reduzir-se ao modelo epistemológico científico nos moldes do positivismo normativista ou do não-positivismo alexyano, por exemplo. A diferença seria ontológica. Ou seja, permitiria reconhecer o sentido do direito entificado semanticamente numa regra, mas dependente da sua condição existencial-ontológica. Seria esta diferença, a condição de possibilidade da relação entre Direito (positivado mediante a lei ou a jurisprudência) e mundo prático, como produto do compartilhamento de comandos normativos na vivência concreta.

A diferença ontológica permitiria compreender os princípios jurídicos como algo mais originário que conceitos vazios e abstratos ou preposições normativas indeterminadas, passíveis de serem preenchidos significativamente e *ad hoc* com conteúdos valorativos dos intérpretes.

Essa é a crítica a acompanhar o sopesamento dos princípios jurídicos que os transforma em regras. Ao se atribuir ao sopesamento a possibilidade de adjudicação valorativa do intérprete, adicionando valores na hierarquização de princípios jurídicos, esquecer-se-ia a dimensão ontológica-existencial do sentido jurídico, acabando por reproduzir o modelo científico normativista guiado pelas distintas etapas interpretativas cognitivas e valorativas.

O sentido dos princípios, entretanto, não poderia ser livremente preenchido pelo intérprete, isto porque eles envolveriam questões que ultrapassam uma decisão individual valorativa, mas deveriam dar valor ao compromisso ético moral coletivo fundamental. Ao se decidir por esses fundamentos ético-morais, cotidianamente, como compromissos sociais, os princípios jurídicos ganhariam, progressivamente, ares de institucionalização toda vez que as decisões posteriores no sistema jurídico se rendem ao seu sentido. Essa necessidade já foi identificada neste trabalho tanto como o modo-de-ser-do-Direito quanto como a historicidade do Direito.

³² Em trabalho que apresenta ampla investigação nos posicionamentos de Dworkin e Alexy sobre os conceitos de regras e princípios, bem como, propondo um aporte crítico, Oliveira vai chamar a atenção sobre a concepção de princípio jurídico de Alexy como vinculado as velhas noções positivistas (OLIVEIRA, 2008, p. 45-64).

³³ O pressuposto da linguagem (como algo ontológico-existencial) desestrutura qualquer tentativa de estabelecer a diferença entre regras e princípios jurídicos numa dimensão somente epistemológica. Isto é, a capacidade estrutural-analítica não daria conta da sua condição de possibilidade ontológica. Isso seria óbvio pois, antes da pergunta científica que explique o por quê das regras e dos princípios jurídicos, o seu comando normativo é compreendido diante do modo-de-ser-do-Direito. Assim, a epistemologia jurídica se sustentaria numa ontologia (existencial) jurídica.

De forma diferente, Borowski também indica a vinculação daquilo que se chama de princípios jurídicos a elementos ínsitos à tradição jurídica, o que reforça a tese aqui sustentada da intrínseca vinculação entre os princípios jurídicos e a historicidade do Direito. Nesse sentido, o autor refere que os princípios jurídicos seriam um tipo de critérios obtidos com a interpretação – ou, conforme a crítica, compreensão, do direito positivo e dos precedentes (BOROWSKI, 2010, p. 23)³⁴. Seria no modo-de-ser-do-Direito que o intérprete poderia compreender os critérios plasmados, capacitando-os com o conhecimento necessário para aplicá-los na solução jurídica correta ou adequada. Viria a ser esse o cominho da Resposta Correta ou Adequada à Constituição.

Sieckman parece indicar algo similar. O autor refere que as proposições jurídicas (sejam elas decorrentes de reflexões dogmáticas ou decisões judiciais) exigiriam a apresentação argumentativa dos critérios de validade jurídicos considerados. De fato, uma das mais relevantes funções da argumentação seria indicar que a decisão encontrou no Direito um critério relevante que suporta a decisão, digo, proposição jurídica (SIECKMAN, 2010, p. 58)³⁵.

Ao assumir esse pressuposto, parece que os princípios jurídicos recobririam o seu valor deontológico, tendo o reconhecimento da imperatividade do seu comando normativo. Essa postura implicaria uma contraposição, ao que entende Alexy, nos seguintes termos: a força normativa dos princípios jurídicos não viria da sua idealização, mas, sobretudo, da sua institucionalização. De tal forma afirma Streck que a: “*institucionalização de um princípio demanda a constituição de uma tradição*” (2011, p. 530). Isso representa que o comando normativo do princípio jurídico decorre do seu *modo-de-ser* (*algo como algo*), forjado, eminentemente, no mundo prático. No modo-de-ser-do-Direito.

Fica evidente o “mundo” que separa os dois autores. Para Alexy, os princípios jurídicos estão num mundo ideal, cuja realidade é trazida por um ato de vontade (valorativo-ponderativo³⁶) do intérprete. Para Streck, o intérprete está no mundo prático, forjador dos imperativos jurídicos indicativos de um determinado *modo-de-ser* manifestado pelos princípios jurídicos e compreendido pelo jurista. Desse modo, não seria forçoso dizer: a partir de Streck, os princípios jurídicos, como formações significativas ontológicas, direcionariam a compreensão jurídica porque condicionam as precompreensões sobre a norma jurídica, permitindo que a interpretação do comando normativo estivesse sempre em referência à

³⁴ Condição que na nossa compreensão sobre as fontes do Direito também pode ser estendida à dogmática jurídica (crítica) na discussão sobre os critérios/princípios jurídicos em que se fundam as leis e as decisões judiciais. Interpretar o direito positivo, e aqui se colocam as decisões judiciais nessa reflexão, seria identificar os princípios jurídicos direta ou indiretamente envolvidos no suporte da aplicação das normas jurídicas (BOROWSKI, 2010, p. 23). Esse suporte, ao que se refere Borowski, pode ser facilmente compreendido como a historicidade do Direito.

³⁵ Assim, a validade de determinada norma poderia ser indicada pelo preenchimento de requisitos formais (e aqui, especula-se, no caso da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, a verificação das 28 regras indicadas pelo autor), mas também outros requisitos decorrentes duma condição autônoma para a validade normativa. Esses requisitos, leia-se critérios, acabariam por representar a justificação da validade da decisão. Nesse sentido, Sieckmann arremata dizendo que tais requisitos poderiam ser chamados de princípios e representariam a base ou fonte para o desenvolvimento da argumentação jurídica (2010, p. 60).

³⁶ Lembre-se nesse momento a crítica que Habermas faz a Alexy quanto a perda da força deontológica dos princípios se concebidos como mandamentos de otimização (2003, p. 258).

tradição jurídica. Isso nada mais seria que a instituição ontológica-existencial do Direito ou sua historicidade.

Contra esse poder moral do intérprete, a virada principiológica não admitiria esse tipo de postura. O jurista, como ser-no-mundo, seria determinado pela sua facticidade e historicidade, produtos da tradição jurídica como uma prática interpretativa. Assim, os juízos sobre o Direito não se dariam separados ou descolados da sua compreensão do modo-de-ser do Direito.

Esse modo-de-ser, podendo identificá-lo como característica normativa dos princípios jurídicos, não permitiria que o intérprete recorresse à moral externa ao Direito, produto da sua subjetividade. Ao invés disso, deveria o intérprete reconhecer os influxos da moralidade,³⁷ na condição de padrões normativos de conduta marcados na tradição (jurídica).

Considerando esses pressupostos filosóficos, não poderia a argumentação jurídica vir a ser confundida com a fundamentação, como faz, por exemplo, Robert Alexy. Isso porque a fundamentação reporta-se ao âmbito da compreensão, cuja dimensão ontológica-existencial é o apoio para o entendimento do sentido das coisas. Por sua vez, a argumentação jurídica colocaria ao jurista o desafio de, através de uma dimensão causal-explicativa, justificar publicamente a sua compreensão do *modo-de-ser-do-Direito* e como ele deve ser aplicado no caso concreto. Desse modo, ao contrário do que expressa Alexy, não é a argumentação que fundamenta (legítima) racionalmente o Direito, mas o Direito quando fundamentado pode ser explicitado argumentativamente.

Diferente dessa vinculação à tradição jurídica como limite de compreensão do intérprete, uma das interpretações perigosas que se confere a Alexy é dar ao intérprete o poder de integrar as suas convicções pessoais morais no direito, mediante regras processuais-jurídicas as quais confeririam legitimidade racional ao resultado obtido. O processo judicial serviria de elemento procedimental legitimador do ato de vontade (juízo de valor) em racional e, portanto, legítimo. O reconhecimento dessa prática alcançaria o seu ápice nos casos difíceis. De outra forma: esgotando-se o material jurídico, poderia o intérprete recorrer à moral (ALEXY, 2008b, p. 68).

Isso, pois, a diferença entre os juristas é que Alexy sustenta que os argumentos jurídicos devem ser utilizados pelo intérprete para fundamentar racionalmente as decisões, dotando-as de legitimidade pela pressuposição de racionalidade havida mediante a adoção de regras argumentativas. *E mais, nos casos vistos acima, seja nos trabalhos teóricos de Alexy ou na jurisprudência do STF (MORAIS, 2013), os princípios jurídicos dissociados da historicidade do Direito se caracterizariam como qualquer razão que pudesse justificar um direito subjetivo*³⁸. Esse

³⁷ As aspas foram empregadas tão somente para chamar atenção quanto a indisponibilidade do apelo a moralidade pública - no conjunto de padrões que determinam uma dada comunidade -, sendo ela, uma marca ontológica no intérprete sobre o sentido do dever-ser nos fenômenos jurídicos.

³⁸ Isso explica, por exemplo, que embora Alexy atribua aos princípios jurídicos a condição de razões otimizáveis, concorrentes com outras razões do tipo "jurídica" ou "gerais", as razões apresentadas para sustentar o direito de uma das partes pouco tem um compartilhamento

posicionamento faria com que a concepção de princípio jurídico estivesse afastada dos argumentos, existindo um independentemente do outro. Caberia ao jurista, desde um mundo ideal próprio dos princípios, trazer os princípios ao mundo real por sua individual pretensão de correção³⁹.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do uso de princípio jurídico como uma categoria vinculada à historicidade do Direito não é uma mudança fácil. Isso porque, o uso da noção de princípio jurídico na condição de razão disponível para sustentáculo de um Direito Subjetivo é usada de maneira massiva no Direito Brasileiro (in)distintamente ao modelo de mandamentos de otimização pensado por Robert Alexy.

Concentrando-se na teoria do jurista alemão, identificou-se na teoria proposta por ele pontos sensíveis no conceito de princípio jurídico suscetíveis a um emprego discricionário pelo intérprete. Algo que já é visto no Direito Brasileiro, especialmente, quando decisões são baseadas em atos de vontade e fundamentadas (justificadas racionalmente) *a posteriori*. Não se pode deixar de destacar que o principal problema identificado no Direito Brasileiro seria a compreensão deficiente do modelo teórico de Robert Alexy que condiciona o conceito de princípio jurídico às regras e uma metodologia que estrutura o emprego de dois sistemas de justificação do julgado (a saber, regras de justificação interna e externa). Aliás, também sobre a curatela de Alexy, essas questões somente tem sentido se devidamente associadas ao conceito de *Pretensão de Correção*. Conceito esse, primordial para se compreender Alexy.

Apesar de tudo isso, mostrou-se que há uma alternativa ao conceito de princípio jurídico de Alexy, condicionando-o este conceito aquilo que se denominou “postura hermenêutica”. E ela seria a exigência de uma atitude responsável do intérprete no emprego dos princípios jurídicos. Essa responsabilidade pôde ser traduzida no trabalho como o *modo-de-ser-do-Direito*. Portanto, antes de uma decisão que sopesse, deveria o jurista reconhecer a sua vinculação a critérios jurídicos intersubjetivos de dever-ser. Isso dar-se-ia pela coerência decisória à historicidade do Direito ao invés do exercício de atos de vontade em que as preferências pessoais do intérprete acabam assumindo o rótulo de “princípio jurídico” cujo nascimento, via de regra, acaba sendo ad hoc e decisionista.

intersubjetivo, sendo, na maioria das vezes, casuisticamente criadas na necessidade de formular (e vencer) o sopesamento no caso concreto. Veja-se o exemplo do princípio da paz e sossego no parque (sic). Parece ser o retorno ao velho modelo hermenêutico de *decidir* e depois fundamentar. Na verdade, em decorrência do exercício da discricionariedade no sopesar, como ato de vontade, o mais certo seria dizer: *escolher* e depois fundamentar. O problema estaria no ato de escolher (STRECK, 2010, p. 105).

³⁹ Um dos problemas apontados por Sieckmann, por exemplo, seria que essa interpretação da argumentação jurídica de Robert Alexy e a pretensão de correção poderiam condicionar a aceitação racional da decisão mediante esquemas de convencimento, orientados, tão somente, ao convencimento (SIECKMANN, 2007, p. 198).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Two or Three. In: BOROWSKI, Martin. *On the Nature of Legal Principles*. ARSP-Beiheft 119 (Franz Steiner: Stuttgart, 2010a), p. 9 -18.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveria Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008a.

ALEXY, Robert. La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Filosofía y Derecho. Trad. e estudo introdutório Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2008b.

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*. v. 13. n. 3. Set 2000, p. 294-304.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992.

BOROWSKI, Martin. The Structure of Formal Principles. In: BOROWSKI, Martin. *On the Nature of Legal Principles*. ARSP-Beiheft 119 (Franz Steiner: Stuttgart, 2010).

CANARIS, Claus – Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1.

HECK, Phillip. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1947.

- HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2003.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma <<recepção>>*. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no Direito: o século XX*. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, v. 2.
- MORAIS, F. S. de. 2013. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. São Leopoldo, RS. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 346p.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- POSCHER, Ralf. The Principle Theory: How Many Theories and What is Their Merit? In: *Institutionalizing Reason: Perspectives On The Legal Philosophy of Robert Alexy*. New York: Oxford University Press, 2009.
- RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Tradução Wenceslao Roces. México: FCE, 2005.
- RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. Tradução Luis Villar Borda. Bogotá: Editorial Temis, 2009.
- SIECKMANN, Jan-R. The Theory of Principles – A Framework For Autonomous Reasoning. In: BOROWSKI, Martin. *On the Nature of Legal Principles*. ARSP-Beiheft 119 (Franz Steiner: Stuttgart, 2010).
- SIECKMANN, Jan-R. Human Rights and the Claim to Correctness. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. A jurisprudência dos valores. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009.

TRINDADE, André Karam. A Teoria do Direito após Auschwitz: notas a partir de “O leitor”, de B. Schlink. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Robert Magalhães; COPETTI NETO; Alfredo (orgs.). *Direito & Literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

WALDRON, Jeremy. Judges As Moral Reasoners. *I-Con*. v. 7. n. 1. 2009, p. 2-24.