

UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS SOB A VISÃO DE RONALD DWORKIN E SEU USO INDISCRIMINADO NO BRASIL

ANALYSIS OF LEGAL PRINCIPLES UNDER RONALD DWORKIN'S VISION AND ITS INDISCRIMINATED USE IN BRAZIL

Celso Marins Torres Filho*

Renata Albuquerque Lima**

RESUMO: Percebe-se, historicamente, uma falta de uniformidade na compreensão do que representam os princípios para o direito, sua posição no sistema jurídico e os efeitos de sua incidência na atuação dos magistrados enquanto intérpretes e aplicadores das leis. No Brasil, em especial, este importante instrumento jurídico tem sido precipitadamente utilizado como subterfúgio para a reabertura da textura das normas, viabilizando o avanço da discricionariedade judicial. Esta alarmante realidade tem trazido novos holofotes às preocupações assumidas por Ronald Dworkin ainda no século passado, para quem os princípios, embora individualmente considerados não proponham uma resposta única e objetiva para os casos sobre os quais incidem, quando considerados em sua conjugação, vinculam a atuação do Juiz na direção do que ele denominou de resposta correta, afastando, com isso, a ideia de discricionariedade e reforçando a noção de um sistema jurídico fechado. Valendo-se das concepções lançadas na teoria deste importante jurista norte-americano, o presente estudo, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, apresentará as críticas lançadas, sobremaneira por Marcelo Neves e Lenio Streck, à aplicação indiscriminada dos princípios nas decisões judiciais, e os perigos gerados por esta realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios. Uso indiscriminado. Ronald Dworkin. Arbitrariedade.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Do positivismo ao pós-positivismo. 2 Os princípios, segundo Ronald Dworkin. 3 A aplicação indiscriminada dos princípios no Brasil: críticas e preocupações. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: Historically, there is a lack of uniformity in understanding what the principles of law represent, their position in the legal system, and the effects of their influence on the role of magistrates as interpreters and enforcers of laws. In Brazil, in particular, this important legal instrument has been precipitously used as a subterfuge for the reopening of the texture of the norms, making possible the advance of judicial discretion. This alarming reality has brought new focus to the concerns of Ronald Dworkin in the last century, for whom the principles, although individually considered, do not propose a single and objective answer to the cases on which they are based, when considered in their conjugation, of the Judge in the direction of what he called the correct answer, thereby removing the idea of discretion and reinforcing the notion of a closed legal system. The present study, by means of bibliographical and documentary research, will present the criticisms made, especially by Marcelo Neves and Lenio Streck, for the indiscriminate application of the principles in judicial decisions, and the dangers generated by this reality.

KEYWORDS: Principles. Indiscriminate use. Ronald Dworkin. Arbitrariness.

* Mestrando em Direito pela Centro Universitário Christus, Ceará. Graduado em Direito com bolsa de pesquisa CNPq pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Ceará. Advogado.

** Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Ceará. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduada em Administração pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Professora do Programa de Mestrado em Direito e do curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Christus, Ceará. Professora Adjunta do curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA), Ceará.

INTRODUÇÃO

Como se não fosse suficiente o histórico dissenso teórico que envolve os princípios, sua natureza e posição perante o sistema jurídico, tem-se presenciado na doutrina e, sobretudo, na jurisprudência nacional, a referência a tais institutos sem o devido rigor técnico. Tal prática, ao abrir espaço para a profusão da discricionariedade judicial, traz novamente à tona as preocupações há muito tempo assumidas por Ronald Dworkin e seu emblemático embate com Hebert L. A. Hart.

A par desta realidade e sem a pretensão de lançar novas luzes acerca do tema – já amplamente desenvolvido pela doutrina de escora, notadamente a estrangeira – o presente estudo tem por escopo reapresentar os princípios como institutos que vinculam a atuação judicante, fechando o sistema jurídico, em detrimento da discricionariedade proposta pelo positivismo hartiano, aproximando-os, desta forma, da teoria de Dworkin.

À vista de algumas ligeiras e modestas reflexões, pretende-se destacar o progressivo distanciamento das Cortes tupiniquins da concepção de Dworkin sobre os princípios jurídicos, no momento em que se valem destes como álibi para a reabertura da textura das normas, propiciando um infindável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete, tão combatida pelo citado jurista.

Neste norte, esta análise percorrerá as críticas apresentadas por Marcelo Neves e Lenio Streck ao fenômeno verificado, sugerindo maiores reflexões acerca dos perigos gerados pela utilização indiscriminada dos princípios no Brasil.

1 DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO

Um dos primeiros baluartes do pensamento jurídico positivista foi o jurista inglês John Austin, fundador da Escola Analítica de Jurisprudência. Segundo Austin, somente possuíam o status de lei as normas que veiculassem a expressão direta de um comando estatal, ficando as demais normas regadas à categoria de lei impropriamente designada. Ainda conforme Austin, somente poderia ser objeto da Filosofia do Direito a lei posta por superiores políticos para ser seguida por pessoas consideradas politicamente inferiores. (AUSTIN, 1998).

Francamente liberal, Austin compreendia a lei como um comando politicamente determinado e a ser compulsoriamente implementado. Em seu pensamento, Comando e Obrigação seriam termos correlatos, dado que onde quer que surgisse uma obrigação, realizar-



se-ia um comando; e onde quer que se realizasse um comando, impor-se-ia uma obrigação. (AUSTIN, 1998).

Suplantando o pensamento de Austin, Hans Kelsen alçou o positivismo jurídico à sua máxima expressão científica e metodológica. Seu positivismo normativista apregoava a purificação científica do direito, afastando-o de preocupações metafísicas para centrar-se, tão somente, no universo normativo. O conhecimento jurídico, portanto, deveria ser neutro e hermético, indene a elementos estranhos, de cunho político ou sociológico. Mais ainda, a aplicação concreta da norma, referendada pelo julgador, enquanto intérprete da norma, deveria partir do sentido extraído do texto positivado. (KELSEN, 1998).

Estado e Direito se confundiriam, o que implicaria a inexistência de leis inconstitucionais ou decisões ilegais dentro do ordenamento positivado. Desse modo, todo o sistema normativo gozaria de validade, independentemente do conteúdo das suas normas, cujo pressuposto geral encontrar-se-ia na presunção de aceitação da validade de uma norma fundamental. Nesta perspectiva, qualquer norma resultante do titular do poder seria válida e apta para produzir efeitos, até que oficialmente declarada inválida. (KELSEN, 1998).

A fim de sistematizar o plano da validade da sua teoria normativa, Kelsen desenvolveu a ideia de norma fundamental, radicada em uma primeira norma posta, de feição constitucional, cujo corolário seria uma norma suposta, denominada norma hipotética fundamental, responsável pela validação das demais normas jurídicas. Kelsen propõe a existência de uma norma fundamental que constitui o fundamento de validade e de unidade da ordem normativa:

A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (KELSEN, 1998, p. 136).

Desse modo, a função da norma fundamental não seria ética ou política, mas meramente epistemológica.

O ponto de maior dificuldade metodológica do positivismo normativista de Kelsen reside na interpretação concreta da norma, que permitiria, pela sua estrutura, uma discricionariedade judicial de difícil controle. O modelo de discricionariedade de Kelsen é comparado a uma moldura, delimitada pelas técnicas gerais de interpretação das leis, dentro da



qual o intérprete possui ampla liberdade para extrair os sentidos contidos no seu texto. (KELSEN, 1998).

Destarte, dentre os vários sentidos possíveis, estarão em conformidade com o Direito aqueles que se mantiverem dentro dessa moldura normativa. Conforme assinalado por Hans Kelsen (1998, p. 247) “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor”.

A partir do século XX, coube a Herbert L. A. Hart, jusfilósofo inglês de patente orientação liberal, assumir a defesa da posição juspositivista. Seu modelo teórico fundava-se, basicamente, em três teses principais. Na primeira, defendia que a existência do Direito é definida por práticas sociais complexas; na segunda, explorava o caráter contingencial da relação entre o direito e a moral; e, na terceira, observava a textura aberta da linguagem jurídica, nela identificando normas jurídicas com termos genéricos, vagos e controvertidos. (HART, 2009).

O esforço inicial de Hart foi no sentido de construir uma teoria que superasse as teses positivistas de Austin e Kelsen, para propor um conceito de direito capaz de, a um só tempo, abarcar qualquer sistema jurídico vigente e elucidar a estrutura do Direito e o seu funcionamento sem considerar, deste modo, a justificação moral das práticas jurídicas analisadas. (HART, 2009).

Nesse intuito, Hart revigorou o pensamento de Austin, para identificar, no direito, uma relação de comandos que estabelecem obrigações respectivas (regras primárias), com a ressalva de que os comandos seriam reputados legítimos, porquanto representativos de valores aceitos pela comunidade (regras secundárias de reconhecimento). (HART, 2009).

Assim, Hart identificava que o direito resultaria da combinação de regras primárias de obrigação (regras impositivas de deveres em sentido positivo e negativo) e de regras secundárias de reconhecimento, alteração/modificação e de adjudicação, responsáveis pela imprescindível complementação estrutural do sistema jurídico, em função de fatores sociais externos. (HART, 2009).

Vale assinalar, no especial tocante à regra de reconhecimento, que esta possuía especial função na teoria normativa de Hart, haja vista que encerrava o parâmetro de validade de todas as normas do sistema jurídico, além de atribuir competência a determinados sujeitos para

interpretar e aplicar as normas jurídicas, com base nos direitos fundamentais dos cidadãos e na estrutura política do Estado. (HART, 2009).

Indo além, Hart reconhecia que as regras possuíam textura aberta – dada a imprecisão dos seus termos – circunstância que faria surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por estas. Pelo pensamento hartiano, a indeterminação seria uma das características da norma jurídica, sendo certo que todo intento de guiar o comportamento humano mediante normas gerais é suscetível ao fracasso. (HART, 2009).

Nessa pisada, e corroborando o pensamento de Kelsen, Hart defendia que o Direito apresentava-se parcialmente indeterminado ou incompleto, circunstância sanada quando o julgador, ao debruçar-se na norma em sua imprecisão, extraía-lhe o sentido a partir da linguagem nela empregada, através do exercício da discricionariedade. Desse modo, Hart conferia aos tribunais explícita função criativa, reconhecendo aos juízes, em última instância, o papel de bem definir o alcance e significado da norma jurídica. (HART, 2009).

A par desses elementos, Lenio Streck apresenta as teses centrais que constituem o positivismo:

111

- 1 - que a existência (vigência e validade) do direito em uma dada sociedade depende das práticas dos membros dessa sociedade; são, pois, as fontes sociais do direito;
- 2 - que a validade de uma norma independe de sua ‘validade’ moral; trata-se, pois, da separação entre direito e moral (secularização), cuja discussão central reside na discussão do papel desempenhado pela razão prática no contexto d(e um)a teoria do direito. Ora, as teorias do direito positivistas haviam recusado fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito. Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado em uma razão teórica pura: o direito deveria, a partir de então, ser visto como um objeto que seria analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida. Isto significa dizer que para o positivismo pouco importava colocar em discussão – no campo de uma teoria do direito – questões relativas à legitimidade da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (legislativo, executivo ou judicial). No fundo, operou-se uma cisão entre validade e legitimidade, sendo que as questões de validade seriam resolvidas através de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que os problemas de legitimidade – que incluem uma problemática moral – deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de idéias presente num contexto democrático, o que levava inexoravelmente a um relativismo filosófico;
- 3 - que as normas jurídicas de um ordenamento não “cobrem” todas as hipóteses de aplicação; isto quer dizer que haverá “casos difíceis” que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso à discricionariedade, poder “delegado” aos juízes (é neste ponto que o positivismo se liga umbilicalmente ao sujeito solipsista – *Selbstsüchtiger* – da modernidade). Tais questões, de um modo ou de outro, estão presentes em Kelsen e Hart, que constituem, assim, o ‘ovo da serpente do positivismo contemporâneo’, embora realistas jurídicos, como Alf Ross, tenham, sob outro viés, parcela significativa de responsabilidade nesse *affair*. Kelsen ‘desiste’ de enfrentar o problema dos ‘casos difíceis’ (embora deles não fale, na especificidade), deixando a cargo dos juízes tal solução, a partir de um ‘ato de vontade’ (daí se falar do



‘decisionismo kelseniano’). Já Hart confia plenamente nos juízes para a resolução dos casos difíceis, desde que tal ‘escolha’ se dê no interior da zona de penumbra da norma. Ao transferir o problema da normatividade kelseniana para a decisão judicial, Ross conforma aquilo que se pode denominar de positivismo fático (o sentido da norma se dá na decisão). Mas em todos eles está presente a indissociabilidade entre ‘discrecionalidade/arbitrariedade e o sujeito do esquema sujeito-objeto [sic]. (STRECK, 2009, p. 5-6).

Feita essa breve síntese dos principais módulos teóricos do positivismo, é imprescindível proceder à análise do marco pós-positivista, cuja irradiação implicou a necessidade de uma profunda reformulação e revisão dos conceitos e paradigmas relacionados à própria compreensão do fenômeno jurídico e da ciência do direito.

Após a Segunda Guerra Mundial, ocorreu uma verdadeira virada filosófica da compreensão do direito enquanto ciência, período em que ficou demonstrado o fracasso do ideário positivista e seu caráter avalorativo. Com efeito, a cisão definitiva entre direito e moral, apregoada pela concepção juspositivista reinante, forneceu a seara perfeita para o surgimento de concepções jurídicas capazes de legitimar, do ponto de vista formal, violações prementes a direitos humanos fundamentais.

Como reação à barbárie verificada no período Pós-Segunda Guerra, o pós-positivismo representou o veemente traço filosófico que redundou numa profunda reestruturação do sistema jurídico, predicando a limitação do poder estatal, a partir da efetivação dos direitos e garantias fundamentais do ser humano.

Nesse compasso, inaugurou-se a era das Constituições compromissórias e sociais que passaram a veicular especial proteção aos direitos de segunda e terceira dimensões, munindo-os de acentuada concretude até então incompatível com a estrutura normativa assentada exclusivamente no império da lei.

Ficou patente, a partir desse novo paradigma normativo, a insuficiência do modelo teórico positivista para a compreensão do fenômeno jurídico, que findou por ser superado pelo movimento neoconstitucionalista. Nesse contexto, exsurgiram as críticas direcionadas por Ronald Dworkin ao modelo teórico de Herbert Hart, concentrando os primeiros elementos que denunciavam a insubsistência do positivismo em relação ao modelo normativo estabelecido a partir na segunda metade do século XX.

2 OS PRINCÍPIOS, SEGUNDO RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin, jurista e filósofo norte-americano que se dedicou, dentre outras temáticas, ao estudo dos princípios jurídicos, desenvolveu um sólido e fecundo contraponto ao positivismo jurídico, em especial ao positivismo de Hebert Hart, de quem foi sucessor da cátedra na Universidade de Oxford.

Em sua obra intitulada *Taking Rights Seriously* (1977), Dworkin lançou mão de relevantes argumentos no debate sobre princípios, regras e as consequências da relação destes institutos.

Como um dos fronts de sua crítica, Dworkin identifica o sistema jurídico positivista como um conjunto composto exclusivamente por regras, que estabelecem quais condutas serão punidas pelo Estado. Ainda segundo a visão de Dworkin, no modelo normativista, estas regras são identificáveis por meio de critérios formais, desconsiderando-se o seu conteúdo, em um processo que se confunde com um verdadeiro *teste de pedigree*.¹ (DWORKIN, 2002).

Considerando a insuficiência de um sistema jurídico composto unicamente por normas, em contraponto a uma sociedade mutável e dinâmica, inevitavelmente ocorrerão lacunas jurídicas, que serão solucionadas, dentro da perspectiva positivista, pelo exercício da discricionariedade do juiz.

De outra banda, contemplada a imprecisão (abertura) da linguagem jurídica, permite-se ao intérprete a indicação de mais de um caminho interpretativo, ou seja, mais de uma solução. Por esta razão, e em especial nos chamados *hard cases*, a solução encontrada seria congenitamente imprecisa, ficando a decisão final, mais uma vez, sujeita à discricionariedade judicial.²

Para Dworkin, admitindo-se nesses casos a discricionariedade do magistrado, os direitos, como conhecidos hoje, estariam sob influência e direta dependência das escolhas subjetivas do intérprete. Nesse sentido, e considerada a existência de direitos conferidos antes mesmo da atribuição de poder de decisão a tais magistrados, a discricionariedade judicial, na

¹ Teste de pedigree é empregado na noção de um instituto que deve atenção à origem da norma, à sua linhagem e ao modo de sua produção.

² “Dworkin parte da preocupação com a forma através da qual o positivismo jurídico resolve os casos difíceis, ou seja, quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra” (FLORES FILHO, 2005, p. 129-146).

forma proposta pelos positivistas, implicaria em ruína do próprio Estado de Direito.

Em verdade, se assim o for, o juiz está, na prática, legislando *post facto*, ferindo irremediavelmente o princípio da irretroatividade das leis e a própria ideia de previsibilidade do sistema jurídico – elemento intrínseco à segurança jurídica.

Diferentemente, Dworkin defende que a solução desses casos difíceis esteja amparada por marcos do próprio direito³, refutando a possibilidade de criação do direito pelo julgador, por meio da interferência lesiva do arbítrio judicial. Tais marcos seriam os princípios que conduziriam o julgador na direção da resposta correta. Nesse sentido, na mesma esteira do pensamento de Dworkin, Dorneles (2009, p. 169-184) desenvolve: “[...] a toda pretensão jurídica corresponde uma resposta original, assentada na idéia de direitos, cujos princípios as regras jurídicas positivas agasalham, não havendo espaço para a sua criação, ou seja, para o ato discricionário do Juiz”.

Posto isso, e numa visão de horizonte, a doutrina de Dworkin pretende reduzir o arbítrio da atividade judicial, sem chegar ao excesso de limitar tal atividade a uma aplicação mecânica das regras. Em contrapartida a essas questões, Dworkin defende o um sistema jurídico aberto e plural, composto, além de regras, por princípios, estes, inclusive, compreendendo a maior parte do sistema.⁴

Na teoria de Dworkin, há outro importante aspecto de diferenciação de princípios e regras: o tipo de orientação lógica ofertada por cada um dos institutos. A estrutura lógica da aplicação das regras remete à polarização tudo ou nada. Uma vez postos os fatos sobre os quais incidirá a regra, ou ela será válida, tendo sua consequência objetivamente considerada, ou será inválida, em nada influenciando no resultado extraído.⁵

Os princípios, por outro lado, não se submetem a essa dimensão do tudo ou nada. Em verdade, possuem características que lhe são próprias, quais sejam, as dimensões de peso e relevância, que não são igualmente verificáveis na formação das regras.

Assim, nas situações fáticas que se verifiquem interpenetrações de princípios, caberá ao

³ Que na concepção de Dworkin não é composto exclusivamente por regras, como proclamava Hart, sendo constituído também pelos princípios.

⁴ Os princípios, por sua vez, ao indicar toda pauta que não é posta como regra, são entendidos em duas vertentes: a dos princípios em sentido estrito (princípios normativos) e a das diretrizes políticas (programas de ação). Esses programas de ação representam um propósito ou um objetivo a ser alcançado por determinada comunidade. Os princípios normativos, por sua vez, são padrões que devem ser observados em razão de algum imperativo de igualdade, justiça ou outro elemento de cunho moral.

⁵ “Sem dúvida, uma regra pode ter exceções (...). Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto” (DWORKIN, 2002, p. 39-40).

juiz valorar o peso e a relevância de cada um deles para aquele evento fático. Independente do resultado, não se verificará a revogação de qualquer um dos princípios relacionados, mas simplesmente a superação deste por outro(s) de maior importância prática. Situação distinta ocorre com as regras, uma vez que, nas palavras de Dworkin, “*if two rules conflict, one of them cannot be a valid rule*”. (DWORKIN, 1997, p. 48).

Nesse empenho, digressões acerca da concretização dos princípios passam, inexoravelmente, pelo questionamento de sua importância e valor casuístico. Os princípios, mesmo com toda sua indeterminação – em maior ou menor grau – uma vez constituídos, permeiam e incidem sobre qualquer fato tido pelo sistema jurídico como objeto de regulamentação. Não bastante, pelo fato de representarem os mais fidedignos anseios do Direito, expressam verdadeiras exigências vinculantes que a ordem jurídica deve avocar.

Firme nessas premissas, Dworkin defende que, a par de toda possível e pretensa distinção entre princípios e regras, ambos vinculam e orientam a atuação do juiz. Via reflexa, mesmo nos casos difíceis, em que a aridez e objetividade das normas se mostrem insuficientes para apresentar uma resposta, o juiz deve – por estar obrigado – se valer do direcionamento dos princípios, a fim de encontrar a solução correta, tornando débil qualquer ideia positivista de discricionariedade em sua decisão.

De forma até mais didática, no exame do trato doutrinário conferido pela teoria de Dworkin à diferenciação entre princípios e regras, possível pontuar os seguintes aspectos principais:

1) ao passo em que as regras são identificáveis por meio de seu *pedigree* – espécie de critério formal que remete à sua origem –, os princípios são reconhecidos por sua medida de valor, parâmetro eminentemente material que incide sobre o seu conteúdo⁶;

2) no caso de conflito entre regras, a solução perpassa a formalidade: exclui-se do ordenamento jurídico, por uma questão de validade, uma das normas antinômicas. Diferentemente, no caso dos princípios, a solução exige uma mediação acerca da axiologia e da relevância de cada princípio, sempre orientado pelo caso em concreto, não importando em exclusão em definitivo de nenhum dos colidentes;

3) no que se refere à produção de efeitos, as regras são aplicáveis no tudo ou em nada,

⁶ “(...) Os princípios têm sua dimensão consagradora pela sua própria força normativa, vinculados a um critério material e derivados da moralidade política pressuposta pelas normas e instituições comunitárias”. (MELGARÉ, 2004, p. 97-112).

os princípios possuem uma textura mais maleável, sendo mais ou menos concretizados segundo critérios de valoração em contraponto ao caso concreto. Em outras palavras, as regras apresentam uma resposta reta aos casos previstos, ao passo que os princípios indicam a direção a ser seguida no ato de decisão.

Nessa proposta de distinção, afirma-se que os princípios não estabelecem um critério formal exaustivo de imediata aplicação, nem, por via reflexa, uma solução instantânea e preestabelecida de um caso prático posto à análise do Judiciário. Não obstante, os princípios proclamam a intenção regulatória do próprio sistema jurídico, apresentando, por assim dizer, o fundamento axiológico para a solução do caso em destaque.

Os princípios, são, portanto, elementos, acima de tudo, valorativos, imbuídos do sentido avocado pela ordem jurídica. Portanto, para a efetivação do seu conteúdo, exigem uma atuação reflexiva e criteriosa de quem os aplica, de forma que se traduza num verdadeiro *ius dicere*.

A par disso tudo, reconhecer o sistema jurídico como sendo formado apenas por regras ou, segundo Dworkin, por princípios e regras, implica em formas distintas de se compreender o funcionamento e a dinâmica da técnica jurídica. Não obstante, cumpre registrar que não está em questionamento ou consideração o que a atividade judicial comumente pratica.

Em verdade, o ponto nodal do presente estudo – e sobre o qual se fundamenta a base mais ampla da teoria de Dworkin a este respeito –, não é dizer o que o juiz deve fazer, mas sim afirmar que há princípios que, por serem vinculantes, o obrigam, determinando o seu fazer. (BRONZE, 2002).⁷

3 A APLICAÇÃO INDISCRIMINADA DOS PRINCÍPIOS NO BRASIL: CRÍTICAS E PREOCUPAÇÕES

Fruto de um verdadeiro sincretismo metodológico⁸, a doutrina e a jurisprudência nacionais encontram-se imprudentemente vacilantes quanto à penetração dos princípios na

⁷ Para Dworkin, embora possa ser correto afirmar que os princípios, individualmente considerados, não propõem uma resposta única e objetiva para os casos sobre os quais incidem, impende reconhecer que a conjugação dos princípios que compõem o sistema jurídico como um todo vinculam a atuação do Juiz na direção do que ele denomina resposta correta, rechaçando a ideia de discricionariedade defendida pelos positivistas e reforçando a ideia de um sistema fechado.

⁸ “Sincretismo metodológico é uma expressão utilizada para simbolizar o que ele aponta como estratégia argumentativa que concilia métodos de interpretação e aplicação que são incompatíveis entre si”. (GOMES, Renata Nascimento; SIMINIONI, Rafael Lazzarotto, 2016, p.249-266).

atividade judicante. Vilipendiando a profundidade e a noção de unidade das doutrinas estrangeiras, elas parecem importar teorias e institutos jurídicos aos pedaços, retirando-os do contexto do qual nasceram, e no qual pretendiam incidir.

Em outras palavras, já faz parte da praxe jurídica nacional a referência arbitrária e descontextualizada a teses e pensamentos como forma de subsidiar provimentos jurídicos, que são, por vezes, fruto de um entendimento meramente íntimo do julgador, desprovido de um legítimo suporte jurídico correspondente.

Nesse contexto, possível reconhecer, na prática jurídica nacional, a aplicação indiscriminada dos princípios. Longe de pretender elencar de forma exaustiva os problemas que envolvem tal prática, o presente estudo pretende trazer à tona algumas das críticas já lançadas nesse sentido, bem como compartilhar as preocupações que devem impregnar aqueles que observam o fenômeno sob enfoque.

Nesse contexto, diversos juristas brasileiros lançam alertas e críticas acerca da aplicação indiscriminada dos princípios pelos agentes estatais em sua atividade judicante, dentre os quais merecem destaque Lenio Streck e Marcelo Neves, pela profusão de seus ensinamentos.

De forma – infelizmente – oportuna, este primeiro jurista cunhou a expressão *pan-principiologismo* para denunciar a prática nefasta que vem se estabelecendo no Judiciário. Para ele, criou-se uma “verdadeira usina de produção de princípios despídos de normatividade”. (STRECK, 2012).

Aparentemente desprezando os anos de construção doutrinária que foram empenhados na conceituação dos princípios jurídicos, a classe togada parece não se contentar com aqueles princípios já consagrados pelo ordenamento jurídico. Passam, desta forma, a criar uma infinidade de subprincípios ou “princípios derivados”, como se estes pudessem simplesmente nascer de sua vontade enquanto julgador.⁹

⁹ “Há milhares de dissertações de mestrado e teses de doutorado sustentando que “princípios são normas”. Pois bem. Se isso é verdadeiro – e, especialmente a partir de Habermas e Dworkin, pode-se dizer que sim, isso é correto – qual é o sentido normativo, por exemplo, do “princípio” (sic) da confiança no juiz da causa? Ou do princípio “da cooperação processual”? Ou “da afetividade”? E o que dizer dos “princípios” da “proibição do atalhamento constitucional”, da “pacificação e reconciliação nacional”, da “rotatividade”, do “deduzido e do dedutível”, da “proibição do desvio de poder constituinte”, da “parcelaridade”, da “verticalização das coligações partidárias”, da “possibilidade de anulamento” e o “subprincípio da promoção pessoal”? Já não basta a bolha especulativa dos princípios, espécie de subprime do direito, agora começa a fábrica de derivados e derivativos. Tem também o famoso “princípio da felicidade” (desse falarei mais adiante!). No livro Verdade e Consenso (Saraiva, 2011), faço uma listagem de mais de quarenta desses standards jurídicos, construídos de forma voluntarista por juristas descomprometidos, em sua maioria, com a deontologia do direito (lembremos: princípios são deontológicos e não teleológicos!). (STRECK, 2012).

Esta prática, além de trazer insegurança jurídica e ainda mais nebulosidade à temática já incerta da concretização dos princípios jurídicos, parece ter como finalidade unicamente fundamentar o decisionismo judicial, sem qualquer respeito às regras já postas.

Com relação especificamente ao uso excessivo de princípios jurídicos na fundamentação de decisões, Marcelo Neves (2014) aponta como aspecto determinante – ou mesmo reflexo deste contexto – o fato de a prática jurídica ser vigorosamente marcada por abusos dos agentes públicos, em especial com o uso da ponderação desmedida. Sobre esta questão, afirmou o seguinte:

Com vistas a reduzir a esfera de subjetividade do juiz e do administrador e evitar blindagem de determinados conceitos, ainda que com certos parâmetros estabelecidos pela doutrina, não se pode aplicar a ponderação imoderadamente como técnica decisória quando houver regra expressa razoável sobre a matéria, ainda mais quando a própria regra integrar a constituição. (NEVES, 2014, p. 179).

Nesse mesmo sentido Aragão (2014, p. 63):

A deferência aos enunciados normativos é pertinente e se justifica não por mero formalismo, mas porque a ponderação já foi realizada quando da edição da norma, pelo constituinte (quando se tratar de norma constitucional) ou pelo legislador (quando se tratar de norma infraconstitucional), e até mesmo pela administração pública. Logo, utilizar a ponderação para decidir nos casos em que já há regra tutelando determinado direito seria *reponderar valores já ponderados*.

Ainda segundo Marcelo Neves, esta prática acaba por rejeitar as regras, assumindo o uso desmedido dos princípios, os quais, por não alcançarem a mesma definitividade daquelas, podem ser mais modelados para subsidiar decisões inconsistentes do ponto de vista legal e interesses particularistas. Desta forma, os princípios se tornam o caminho e o instrumento mais apropriados para a perpetração de abusos processuais. (NEVES, 2014, p. 182). Contrariando o que teorizou Dworkin, os princípios são, hoje, utilizados como forma de reabrir a textura das normas, dando espaço à discricionariedade judicial tão combatida pelo citado jurista.

Aliás, a discricionariedade judicial parece ter encontrado no seio dos Tribunais Superiores seus mais empenhados defensores. Por causar inegável perplexidade a qualquer um que tenha minimamente se identificado com a doutrina de Ronald Dworkin, impende trazer à baila a emblemática decisão do Superior Tribunal de Justiça (AgReg em ERESP nº 279.889-AL), na qual o Ministro Humberto Gomes de Barros assim se pronunciou:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (STJ - EREsp: 279889 AL 2001/0154059-3, Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins, Data de Julgamento: 27/08/2003, S1 - Primeira Seção, Data de Publicação: DJ 28/10/2003 p. 184).

Sobre os mesmos passos de Dworkin, Lenio Streck, no que tange à crítica à discricionariedade judicial, ressalta que, no Brasil, esta vai muito além do que era chancelado até mesmo por Hart – isso para não falar da contradição com o que era defendido por aquele primeiro jurista. Para Streck, “o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete.”¹⁰ Nessa malsinada jornada, os princípios acabam tornando-se verdadeiros álibis.

Somando ao exposto, Marcelo Neves (2014, p. 201) percebe o que ele intitula de “estilo *ad hoc* de argumentar na jurisprudência constitucional brasileira”. Nessa linha, alerta que a principiologia e o modelo de sopesamento, se adotados de forma imprecisa e inconsequente, estimulam um casuísmo descomprometido com a força normativa da Constituição.

Somente com a coerência de princípios é que se assegura a virtude soberana da teoria de Dworkin que é a igualdade e a previsibilidade do tratamento jurídico dispendidos em cada caso, que só podem ser garantidos pela completude do ordenamento jurídico. O Direito como integridade rejeita a discricionariedade judicial, que leva à insegurança jurídica e inviabiliza a fixação *ex ante* de direitos individuais.

Para que se evite tudo o que fora acima exposto, necessário o empenho de toda a comunidade jurídica no sentido de buscar um rigor técnico e teórico na aplicação do direito. A falta de um estudo jurídico nacional mais aprofundado e mais próximo da realidade brasileira,

¹⁰ Na visão de Lenio Streck, “a todo tempo, a colocação do problema da discricionariedade judicial leva-nos, necessariamente, até Ronald Dworkin e seu célere debate com o positivismo de Herbert Hart”. (STRECK, 2012, p. 53).

somado ao verdadeiro sincretismo metodológico¹¹ gerado a partir de importação de conceitos e teorias estrangeiras sem a necessária adaptação ao nosso sistema têm aberto campo para atuação discricionária dos julgadores, ferindo de morte a doutrina de Dworkin, muitas vezes referenciado em decisões que ele mesmo não chancelaria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O embate teórico entabulado por Hart e Dworkin sintetiza o diálogo – com inegáveis pretensões de superação – verificado entre o positivismo e o pós-positivismo e se apresenta como verdadeira fronteira da hermenêutica jurídica no século XX.

Nesse palco de discussões, deu-se maior importância à análise do ordenamento jurídico sob a perspectiva dos magistrados, ganhando relevância o debate sobre a discricionariedade judicial, por meio da discussão do problema da textura aberta do direito.

Nesse contexto, os princípios são apresentados por Dworkin como instrumentos de fechamento do sistema jurídico, ao passo que vinculam, assim como as regras, a decisão do magistrado, suprimindo-lhe o poder discricionário defendido por Hart, mesmo nos casos difíceis.

Ocorre que o sincretismo metodológico, adotado pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, acaba por distanciar os princípios, na prática jurídica, de suas concepções teóricas clássicas. Com efeito, no Brasil, a discricionariedade judicial vai muito além do que era chancelado até mesmo por Hart, pra não falar da contradição existente com a teoria de Ronald Dworkin. O que se percebe é a utilização indiscriminada dos princípios, em especial nas Cortes superiores, como forma de abrir caminho ao subjetivismo dos intérpretes.

A solução para essa disfunção parece passar novamente pela doutrina de Ronald Dworkin. Diferentemente do que se vem tentando nas práticas dos Tribunais brasileiros, os princípios não se prestam a fundamentar qualquer decisão pré-eleita pelo magistrado, tampouco

¹¹ “Com essa terminologia pretendemos demonstrar, do mesmo modo, uma prática que vem se tornando cada vez mais recorrente, quer no juízo de primeira instância, quer nos tribunais superiores, de se utilizar de maneira equivocada concepções conflitantes como se compatíveis fossem, fundindo-as. O risco dessa utilização é o potencial ofensivo de quebra do princípio democrático e até mesmo do constitucionalismo. A utilização de diversas teorias de linhas argumentativas conflitantes para fundamentar uma mesma Decisão acaba por se transformar em uma tentativa de justificação de decisão previamente formulada, antes de se percorrer um caminho hermenêutico na interpretação do(s) direito(s) envolvido(s) a partir do caso concreto e, portanto, desvinculada do debate construído pelo processo” (GOMES; SIMINIONI, 2016, p. 261).

servir de álibi de sua atuação. Em verdade, faz-se necessária uma (re)leitura da doutrina de Ronald Dworkin, mas não aos pedaços, como tem sido feita, e sim em sua inteireza e completude, tudo isso com vistas a afastar a discricionariedade que vem permeando o Judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined; and, the uses of the study of jurisprudence*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Embargos de Divergência no Recurso Especial, nº 279889, Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins, Data de Julgamento: 27/08/2003, S1 - Primeira Seção, Data de Publicação: Diário de Justiça Eletrônico, 28/10/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=525558&num_registro=200101540593&data=20030407&tipo=69&formato=PDF>. Acesso em: 8 set. 2017.

BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

DORNELES, Marcelo Lemos. A tese da resposta certa em Dworkin. *Revista do Curso de Direito*, Cruz Alta: Unisinos, v. 1, n. 1, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FLORES FILHO, Luiz Fernando. Os princípios na visão de Ronald Dworkin. *Ágora (Caçador)*, v. 12, 2005.

GOMES, Renata Nascimento; SIMINIONI, Rafael Lazzarotto. Para uma fundamentação adequada das decisões: o problema do sincretismo metodológico interpretativo. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, Ano 14, n. 18, jan./jun. 2016.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELGARÉ, Plínio. Princípios, regras e a tese dos direitos: apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin. *Revista de Informação Legislativa*, v. 163, n. 41, jul./set. 2004, p. 97-112.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fonte, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O panpricipiologismo e o sorriso do lagarto. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

Submissão: 09/09/2017
Aceito para Publicação: 21/12/2017

