

## **REGRAS E PRINCÍPIOS: UM ENSAIO SOBRE A RELAÇÃO DA BASE TEÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA COM A HERMENÊUTICA *FREESTYLE***

*RULES AND PRINCIPLES: AN ESSAY ABOUT THE RELATION BETWEEN PRINCIPIALIST CONSTITUCIONALISM THEORETYCAL BASIS AND FREESTYLE HERMENEUTICS*

**Bruno de Oliveira Carreirão<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O modelo de Regras e Princípios; 1.1 O modelo de Regras e Princípios de Ronald Dworkin; 1.2 O modelo de Regras e Princípios de Robert Alexy; 2 Críticas à hermenêutica principialista; 2.1 Críticas à teoria dos princípios; 2.2 Críticas à aplicação brasileira da teoria dos princípios; 3 O problema da identificação de Regras e Princípios; Considerações Finais; Referência das fontes citadas.

### **RESUMO**

Este artigo pretende analisar a relação entre as decisões arbitrárias, em que o julgador deixa de lado o direito para julgar conforme suas convicções pessoais, com a base teórica do constitucionalismo principialista. A hipótese principal do artigo é de que as teorias principialistas conceituam as regras e princípios apenas com relação à sua aplicação, mas não fornecem nenhuma ferramenta para que o julgador consiga identificar no ordenamento jurídico se determinada norma é uma regra ou princípio. Assim, para analisar a hipótese, o artigo aborda as bases das teorias que distinguem as normas entre regras e princípios e os métodos hermenêuticos propostos para a solução de conflitos. Em seguida, analisa as críticas à hermenêutica principialista, diferenciando as críticas à teoria em si das críticas relacionadas à sua aplicação prática (ou má-aplicação) no Brasil. Por fim, demonstra que a utilização discricionária da hermenêutica principialista é propiciada por uma falha da própria teoria, que proporciona ao julgador o livre arbítrio de “escolher” como vai aplicar a norma, considerando-a como regra quando deseja aplicá-la de forma rígida ou como princípio quando deseja relativizá-la.

**Palavras-chave:** Teoria do Direito; Hermenêutica Constitucional; Regras e Princípios.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Pós-graduado em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito - EPD. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Advogado com atuação em Direito Civil, Direito Constitucional e Processual Civil. Membro efetivo da Comissão de Direito Constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina - OAB/SC. E-mail: [bruno@carreiraodalgrande.com.br](mailto:bruno@carreiraodalgrande.com.br)

## **ABSTRACT**

*This article intends to analyze the relation between arbitrary decisions, in which the judge leaves law aside to judge according to his personal convictions, with principalist constitutionalism theoretical basis. The article's main hypothesis is that principalist theories conceptualize rules and principles only regarding their application, but do not provide any tool for a judge to be able to identify if a norm is a rule or principle. Thus, to analyze the hypothesis, the article approaches the theoretical basis that distinguish norms between rules and principles and the hermeneutic methods proposed for conflicts solution. Then, it analyzes the principalist hermeneutic critiques, differentiating the criticisms toward the theory itself from the criticisms related to its practical application (or misapplication) in Brazil. Finally, it demonstrates that discretionary use of principalist hermeneutic is propitiated by a failure of the theory itself, which gives the judge free will to "choose" how to apply the norm, considering it as a rule when wishes to apply it rigidly or as a principle when wants to relativize it.*

**Keywords:** *Theory of Law; Constitutional Hermeneutics; Rules and Principles.*

## **INTRODUÇÃO**

No campo da Teoria do Direito, a segunda metade do Século XX ficou marcada pelas teorias ditas "neoconstitucionalistas", que, em contraponto ao positivismo jurídico, trouxeram novamente para o debate teórico a ideia do conteúdo moral das normas jurídicas e das decisões judiciais.

Entre as teorias neoconstitucionalistas que mais se difundiram estão aquelas que podem ser englobadas na corrente caracterizada por Luigi Ferrajoli como o Constitucionalismo Principialista, que tem como principais ideias a distinção das normas jurídicas entre regras e princípios e os métodos hermenêuticos para resolução de casos difíceis envolvendo colisões entre normas, com especial destaque para o método da ponderação de princípios, proposto por Robert Alexy.

Com a popularização de tais teorias e a sua aplicação cada vez mais frequente pelos juízes, as críticas não tardaram a surgir. A principal crítica é a de que tais teorias, que tinham como objetivo fornecer ferramentas para resolução de casos difíceis e tornar as decisões judiciais mais racionais, teriam, na realidade, por conta da admissão de conteúdo moral, dado margem a decisões arbitrárias, em que o julgador decide conforme seu próprio alvedrio e, posteriormente, utiliza

o método hermenêutico da ponderação de princípios para justificar a sua decisão já pré-concebida – o que chamo aqui de hermenêutica *freestyle*.

Por outro lado, os adeptos do constitucionalismo princípioalista defendem as teorias das críticas a respeito da discricionariedade nas decisões judiciais, argumentando que não se trata de uma consequência das teorias em si, mas sim da sua má compreensão e aplicação, como no Brasil, por exemplo, em que se apelidou a má aplicação da teoria de Alexy como “ponderação à brasileira”.

Estabelecido esse debate, meu objetivo com este artigo é analisar se a má aplicação das teorias do constitucionalismo princípioalista é propiciada por falha nas próprias teorias. Para tanto, minha proposta é analisar uma questão que é base para tais teorias: a distinção das normas entre regras e princípios.

Minha hipótese é de que as teorias princípioalistas conceituam as regras e princípios apenas com relação à sua aplicação, mas não fornecem nenhuma ferramenta para que o julgador consiga identificar no ordenamento jurídico se determinada norma é uma regra ou princípio. Como consequência, o julgador “escolhe” como caracterizar a norma, considerando-a como regra quando deseja aplicá-la de forma rígida ou como princípio quando deseja relativizá-la.

Para análise da hipótese, inicialmente, analisarei as teorias que distinguem as normas entre regras e princípios, focando o estudo nas teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, por serem os mais influentes representantes dessa corrente de pensamento, sobretudo no Brasil. Analisarei as bases teóricas das teses de ambos os autores e os métodos hermenêuticos por eles propostos para a solução de conflitos entre regras e princípios.

Em seguida, abordarei as críticas à hermenêutica princípioalista. Contudo, para não correr o risco de incorrer na “falácia do espantalho”, separarei as críticas à teoria em si das críticas relacionadas à sua aplicação prática (ou má-aplicação) no Brasil.

Por fim, após relacionar as críticas teóricas com as críticas práticas, examinarei a questão central do artigo, a respeito da possibilidade de a má-aplicação da

teoria dos princípios e as decisões arbitrárias fruto da hermenêutica *freestyle* terem relação com uma falha na própria teoria, referente à inexistência de um método para identificação de quais normas são regras e quais são princípios no ordenamento jurídico.

## **1 O MODELO DE REGRAS E PRINCÍPIOS**

A popularização da corrente do constitucionalismo princípalista – adotando aqui a terminologia proposta por Ferrajoli<sup>2</sup> - é notória nos últimos anos. Não é à toa que Humberto Ávila afirma que “a distinção entre regras e princípios virou moda”<sup>3</sup> e que “viraram lugar-comum afirmações, feitas em tom categórico, a respeito da distinção entre princípios e regras”<sup>4</sup>. Vários são os juristas que defendem essa distinção e se propuseram a teorizar a seu respeito. A fim de delimitar o objeto de estudo, optei aqui por focar a análise nas teorias de dois juristas considerados os mais influentes no tema: Ronald Dworkin e Robert Alexy.

As teorias de Dworkin e Alexy se assemelham pelo que Humberto Ávila chama de “modo final de aplicação”<sup>5</sup>, pois são teorias que distinguem as regras e os princípios pelo modo como tais normas são aplicadas. Para melhor compreender as teorias de ambos, destacarei as suas principais características nos tópicos a seguir.

---

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi, Constitucionalismo princípalista y constitucionalismo garantista, **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v. 34, p. 15–53, 2012.

<sup>3</sup> ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios**, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 29.

<sup>4</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 30.

<sup>5</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 48.

## 1.1 O MODELO DE REGRAS E PRINCÍPIOS DE RONALD DWORKIN

A teoria de Dworkin surge como uma crítica ao positivismo de Herbert Hart<sup>6</sup>. Hart afirmava que as normas jurídicas têm textura aberta, em razão das limitações da linguagem. Como toda expressão linguística, a norma tem um núcleo linguístico e zonas de incerteza. Para ele, os casos de fácil resolução estão no núcleo da expressão linguística, em que o objeto de interpretação e aplicação é facilmente inteligível, bastando mero silogismo para conectar o caso concreto à norma. Os casos difíceis, por seu turno, são aqueles localizados na zona de incerteza, o que impossibilita a aplicação do silogismo. Para a solução de tais casos, Hart afirma que é deixado um amplo poder discricionário para o julgador<sup>7</sup>.

Dworkin, por seu turno, formulou crítica a teoria de Hart, assim sintetizada por Luiz Henrique Cademartori:

A crítica de Dworkin a Hart, tal como entende MacCormick, se concentra nestes quatro pontos: (1) Hart não percebe ou subestima o papel dos princípios no processo de aplicação do Direito. (2) Os princípios não poderiam ser identificados pela regra de reconhecimento que, como se sabe, na caracterização do direito de Hart, tem precisamente o papel de indicar quais são as normas – no sentido mais amplo do termo – que pertencem ao sistema. (3) A teoria das normas sociais, em que se baseia a noção de regra de reconhecimento – e de norma, em geral – é insustentável. (4) Hart não caracteriza corretamente o poder discricionário do julgador, ao supor que, nos casos difíceis, os juízes atuem como quase-legisladores e exerçam um poder discricionário forte.

Em sua obra *Levando os direitos à sério*, Dworkin afirma que, quando juristas debatem a respeito de casos difíceis, “eles recorrem a padrões que não

---

<sup>6</sup> HART, Herbert L. A., **O Conceito de Direito**, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

<sup>7</sup> HART, **O Conceito de Direito**, p. 140.

funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios”<sup>8</sup>. Por essa razão, Dworkin ataca o positivismo jurídico, que, segundo ele, é um modelo que considera apenas regras.

Dworkin afirma que a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica, pois oferecem orientação de natureza diferente. Ele afirma que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”<sup>9</sup>. Portanto, diante de um caso concreto, “ou a regra é válida, e neste caso, a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”<sup>10</sup>.

Para exemplificar seu argumento, Dworkin se vale de um exemplo utilizando as regras do baseball. No baseball, se o bateador erra três rebatidas, ele está fora do jogo. Assim, um juiz não pode verificar que o bateador errou as três bolas e, mesmo assim, decidir não o eliminar da partida.

Por isso, Dworkin afirma que “se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida”<sup>11</sup>. Segundo o autor, a decisão do julgador é definir qual das regras é válida e qual deve ser afastada, utilizando critérios que podem ser definidos por outras regras do ordenamento jurídico, como, por exemplo, dando preferência à norma mais recente ou à norma mais específica – critérios muito bem expostos por Norberto Bobbio, em sua *Teoria do Ordenamento Jurídico*<sup>12</sup>.

Os princípios, no entanto, segundo Dworkin, não são aplicáveis da mesma maneira. Ronald Dworkin afirma que “os princípios possuem uma dimensão que

---

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald, **Levando os direitos à sério**, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

<sup>9</sup> DWORKIN, **Levando os direitos à sério**, p. 39.

<sup>10</sup> DWORKIN, **Levando os direitos à sério**, p. 39.

<sup>11</sup> DWORKIN, **Levando os direitos à sério**, p. 43.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

CARREIRÃO, Bruno de Oliveira. Regras e Princípios: um ensaio sobre a relação da base teórica do Constitucionalismo Princípalista com a hermenêutica *Freestyle*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”<sup>13</sup>. Por isso, ele afirma que, “quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”<sup>14</sup>.

A respeito da colisão de princípios para Dworkin, discorre Virgílio Afonso da Silva:

No caso de colisão entre princípios, não há que se indagar sobre problemas de validade, mas somente de peso. Tem prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou, em sentido figurado, aquele que tiver maior peso. Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto. Em outros casos, porém, a situação pode inverter-se<sup>15</sup>.

É de tal distinção que Dworkin parte para criticar o positivismo de Hart e a ideia de que o juiz tem poder discricionário para decidir casos que não são regidos por uma regra estabelecida, pois ele argumenta que o julgador está vinculado aos princípios.

---

<sup>13</sup> DWORKIN, **Levando os direitos à sério**, p. 42.

<sup>14</sup> DWORKIN, **Levando os direitos à sério**, p. 42.

<sup>15</sup> SILVA, Virgílio Afonso da, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607–630, 2003, p. 609–610.

## 1.2 O MODELO DE REGRAS E PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy reconhece que foi a teoria de Dworkin que deu início à discussão sobre o tema<sup>16</sup>. Todavia, em sua teoria, Alexy conceitua regras e princípios à sua maneira, sem citar diretamente os conceitos do jurista americano, embora seja possível notar a sua influência. A tese de Alexy tem como base uma análise das decisões do Tribunal Constitucional Alemão, da qual ele parte para formular sua teoria a respeito dos direitos fundamentais – que, segundo ele, são enunciados por normas com estrutura jurídica de princípios<sup>17</sup>.

Em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy propõe a sua distinção entre regras e princípios. Para ele, regras “são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”<sup>18</sup>, em um critério parecido com o critério do “tudo-ou-nada” de Dworkin. Por isso, ele afirma que “se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”<sup>19</sup>.

Os princípios, por outro lado, são definidos por Alexy como “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados”<sup>20</sup>. Assim, ele argumenta que o grau de variação dos princípios é determinado pelos princípios e regras colidentes<sup>21</sup>. É por isso que Alexy afirma que a “a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”<sup>22</sup>.

---

<sup>16</sup> ALEXY, Robert, Sobre a estrutura dos Princípios Jurídicos, **Revista Internacional de Direito Tributário**, v. 3, p. 155-167, 2005, p. 156.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86.

<sup>18</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 91.

<sup>19</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 91.

<sup>20</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 90.

<sup>21</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 90.

<sup>22</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 91.

Alexy afirma também que “toda norma é ou uma regra ou um princípio”<sup>23</sup>. Tal afirmação marca uma divergência entre as teorias de Alexy e Dworkin, para quem “os princípios não são espécies do gênero ‘norma’”<sup>24</sup>.

Grande parte da obra de Alexy é dedicada a estabelecer os critérios para o julgador resolver os conflitos entre normas, evitando-se assim a discricionariedade. O conflito entre regras, para Alexy, é resolvido da mesma maneira que para Dworkin: ou com uma cláusula de exclusão ou com a declaração de invalidade de uma das normas<sup>25</sup>.

As colisões entre princípios, por seu turno, devem ser solucionadas de forma diversa. Alexy afirma que um dos princípios deve ser afastado, mas isso não significa “nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção”<sup>26</sup>.

É por isso que Alexy afirma que os “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”<sup>27</sup>.

Para solucionar a colisão entre princípios, deve ser aplicado o método que Alexy denomina como a “Lei da Colisão”, que é formulada da seguinte forma:

Se o princípio  $P_1$  tem precedência em face do princípio  $P_2$  sob as condições  $C$ :  $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$ , e se do princípio  $P_1$ , sob as condições  $C$ , decorre a consequência jurídica  $R$ , então, vale

---

<sup>23</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 91.

<sup>24</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos, **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**, São Paulo: Atlas, 2009, p. 128.

<sup>25</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 92.

<sup>26</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 93.

<sup>27</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 94.

uma regra que tem *C* como suporte fático e *R* como consequência jurídica:  $C \rightarrow R$ <sup>28</sup>.

Para Alexy, "as relações de prioridade entre princípios de um sistema não são absolutas, mas apenas condicionais ou relativas"<sup>29</sup>. Assim, a tarefa do julgador é "determinar relações de prioridade condicional corretas"<sup>30</sup>.

Para exemplificar a utilização da Lei da Colisão, Alexy utiliza um caso julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, conhecido como o "caso Lebach", que é assim sintetizado por ele:

[...] a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado "O assassinato de soldados em Lebach". Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, § 2º, e 2º, § 1º, da Constituição alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada. O Tribunal Estadual rejeitou seu pedido de medida cautelar para proibir a exibição, e o Tribunal Superior Estadual negou provimento ao recurso contra essa decisão. O autor ajuizou, então, uma reclamação constitucional contra essas decisões<sup>31</sup>.

Tratava-se, portanto, de uma colisão de princípios, entre a proteção da personalidade e a liberdade de imprensa. Naquele caso, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que, por se tratar de fato que já havia sido

---

<sup>28</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 99.

<sup>29</sup> ALEXY, **Sobre a estrutura dos Princípios Jurídicos**, p. 159.

<sup>30</sup> ALEXY, **Sobre a estrutura dos Princípios Jurídicos**, p. 159.

<sup>31</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 100.

noticiado, não haveria mais tanto interesse na informação, razão pela qual a proteção da personalidade deveria ter prevalência. No entanto, a liberdade de imprensa permaneceu como uma norma válida dentro do ordenamento jurídico.

Há ainda a possibilidade de haver uma colisão entre um princípio e uma regra – questão polêmica dentro da teoria dos princípios, que Alexy optou por não explorar<sup>32</sup>. Para a solução de tal colisão, Virgílio Afonso da Silva sugere duas possibilidades, embora reconheça serem ambas inviáveis:

(1) Nas colisões entre uma regra e um princípio é necessário fazer um sopesamento entre ambos para saber qual deve prevalecer: nesse caso, a definição de regras como normas que garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos cai por terra, porque poderão ocorrer casos em que uma regra, a despeito de válida e aplicável, seja afastada, sem que com isso perca sua validade. Além disso, um eventual sopesamento só pode envolver normas que tenham a *dimensão do peso*, o que regras não têm.

(2) As colisões entre uma regra e um princípio devem ser solucionadas no plano da validade: nesse caso, seria necessário aceitar que, quando um princípio tiver que ceder em favor de outra norma no caso concreto, terá ele que ser expelido do ordenamento jurídico. Isso seria incompatível com a idéia segundo a qual a validade de um princípio não é afetada nos casos em que sua aplicação é restringida em favor da aplicação de outra norma<sup>33</sup>.

Virgílio Afonso da Silva aponta que, na realidade, as regras já são resultado da ponderação de princípios realizada *a priori* pelo legislador, de modo que “não se pode falar em uma colisão propriamente dita”<sup>34</sup>. Assim, ele destaca que a relação entre regra e princípio não é de colisão, mas sim de restrição, pois a

---

<sup>32</sup> SILVA, Virgílio Afonso da, **Direitos Fundamentais**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 52.

<sup>33</sup> SILVA, **Direitos Fundamentais**, p. 51.

<sup>34</sup> SILVA, **Direitos Fundamentais**, p. 52.

regra é a expressão de uma restrição já pré-estabelecida pelo legislador a um princípio.

## **2 CRÍTICAS À HERMENÊUTICA PRINCIPIALISTA**

Um ponto em comum entre as teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy é o combate à discricionariedade do julgador, seja na crítica de Dworkin à ideia de Hart de que os casos difíceis são decididos pelo juiz conforme seu poder discricionário, seja na intenção declarada de Alexy de formular um método para tornar mais racional o processo decisório.

Todavia, os resultados da aplicação das teses principlistas não necessariamente refletem as intenções de seus formuladores. Não é à toa que Eros Grau, após anos sendo Ministro do Supremo Tribunal Federal, chegou à conclusão de que precisava rever todo o seu pensamento a respeito de princípios e passou a “temer juízes que, usando e abusando dos princípios [...], sem saber o que é direito, fazem suas próprias leis”<sup>35</sup>.

Para não correr no risco de incorrer na chamada “falácia do espantalho”, considero necessário distinguir aqui as críticas teóricas das críticas à aplicação prática (ou à má aplicação) da teoria, conforme abordarei de forma mais detalhada nos tópicos a seguir.

### **2.1 CRÍTICAS À TEORIA DOS PRINCÍPIOS**

Provavelmente o ponto mais criticado, do ponto de vista teórico, da teoria dos princípios é a técnica da ponderação de princípios, considerada como uma “porta de entrada” para juízos morais no processo de tomada de decisões judiciais. Essa crítica é bem exposta por Jürgen Habermas.

Habermas critica a teoria de Alexy por interpretar princípios como se fossem valores. Segundo ele, essa concepção é equivocada, pois os princípios, que são

---

<sup>35</sup> GRAU, Eros Roberto, **Por que tenho medo dos juízes**, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

“normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm sentido teleológico”<sup>36</sup>. Ele fundamenta esta ideia, afirmando que valores expressam preferências desejáveis à coletividade, ao passo que as normas – inclusive os princípios – impõem uma obrigação, motivo pelo qual não podem ser tratados da mesma forma:

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira<sup>37</sup>.

O constitucionalista Friedrich Müller também critica a redução dos direitos fundamentais a meros valores, conforme expõe Paulo Bonavides, citando conferência proferida pelo jurista alemão:

Tratando-se de interpretar direitos fundamentais, cabe, por derradeiro, a indagação decisiva: é o direito fundamental valor ou norma?

Eis a questão precípua. Friedrich Müller a levanta precisamente ao ocupar-se da hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais. Sua resposta, porém, é de todo o ponto negativa. Segundo ele, os direitos humanos – em nossa terminologia designados preferencialmente por direitos fundamentais – não são “valores”, são “normas”, e quando a Constituição os positiva se tornam direitos vigentes (*geltendes Recht*).

Conclui o insigne Mestre que o dever do jurista é, portanto, interpretá-los como normas, e quem assim não o faz,

---

<sup>36</sup> HABERMAS, Jürgen, **Direito e Democracia**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 316.

<sup>37</sup> HABERMAS, **Direito e Democracia**, p. 317.

insistindo em tomá-los hermeneuticamente por “valores” em verdade os “des-valoriza” (*ent-wertetsie gerade*)<sup>38</sup>.

A grande crítica de Habermas é ao fato de a aplicação da teoria da ponderação dos princípios conferir discricionariedade ao julgador no caso de colisão entre princípios, pois ao serem tratados como valores – ou seja, preferências desejáveis à coletividade –, qualquer razão pode ser utilizada como fundamentação:

Ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito. [...] Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos<sup>39</sup>.

Müller compartilha desta crítica de Habermas. Para ele, o método da ponderação “é questionável em vários aspectos, não se considerando de modo algum as objeções existentes do direito de Estado contra a insegurança jurídica associada à ponderação de bens e contra o risco de juízos de valores subjetivos”<sup>40</sup>.

Müller alerta ainda:

A teoria da ponderação de princípios] não forneceu à prática quase nenhuma indicação útil de como as entidades a serem ponderadas poderiam ser racionalmente circunscritas e avaliadas em seu “peso” de uma forma

---

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 15ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 627-628.

<sup>39</sup> HABERMAS, **Direito e Democracia**, p. 321-322.

<sup>40</sup> MÜLLER, Friedrich, **Teoria Estruturante do Direito**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 268-269.

comprovável e realmente passível de ser discutida entre os indivíduos<sup>41</sup>.

No sentido contrário da teoria de Alexy, Habermas defende que os direitos fundamentais não se sujeitam a uma análise valorativa quando “levados a sério em seu sentido deontológico”<sup>42</sup>. Habermas afirma que, na realidade, deve ser escolhida a norma mais adequada ao caso:

No caso de colidirem com outras prescrições jurídicas, não há necessidade de uma decisão para saber em que medida valores concorrentes são realizados. Como foi mostrado, a tarefa consiste, ao invés disso, em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes<sup>43</sup>.

Portanto, para Habermas, a colisão entre as normas ocorre apenas *prima facie*, pois, após a análise do julgador, o resultado deve ser a identificação de que apenas uma delas é adequada ao caso concreto.

Importante destacar que, segundo Habermas, decidir sobre a adequação de uma norma a um caso concreto não se confunde com decidir sobre a sua validade, haja vista que esta se refere à justificação da norma, enquanto que a adequação se refere à sua aplicação<sup>44</sup>. Tal ideia tem origem na teoria dos discursos de Klaus Günther, que diferencia os discursos de justificação da norma dos discursos de sua aplicação. Segundo Günther, “somente se o nosso saber abrangesse todos os casos de aplicação de uma norma é que faríamos coincidir o juízo sobre a validade da norma com o juízo sobre a adequação”<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> MÜLLER, **Teoria Estruturante do Direito**, p. 272.

<sup>42</sup> HABERMAS, **Direito e Democracia**, p. 322.

<sup>43</sup> HABERMAS, **Direito e Democracia**, p. 322.

<sup>44</sup> HABERMAS, **Direito e Democracia**, p. 271.

<sup>45</sup> GÜNTHER, Klaus, **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**, São Paulo: Landy, 2004, p. 65.

Portanto, decidir que uma norma não deve ser aplicada a um caso concreto não implica necessariamente em ser considerada inválida, pois tal juízo se dá no campo da aplicação, não no da justificação da norma.

Alexy não deixou de se defender das críticas, em posfácio de edição posterior de sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Nesse posfácio, Alexy argumenta que as críticas de Habermas são provenientes de um "ceticismo radical"<sup>46</sup>. Ele afirma que "a objeção de Habermas à teoria dos princípios seria em seu cerne justificada caso não fosse possível elaborar juízos racionais sobre intensidades de intervenções, sobre graus de importância e sobre o relacionamento entre ambos"<sup>47</sup>.

Todavia, Alexy reconhece que sua teoria nunca sustentou a tese de que o sopesamento de princípios possibilita uma conclusão racional em todos os casos e que "sempre salientou que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco"<sup>48</sup>. Ainda assim, ele argumenta que o resultado racional em alguns casos é possível, "e o conjunto desses casos é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método"<sup>49</sup> – o que me parece uma defesa teoricamente inconsistente, pois condicionar a validade de um método hermenêutico a apenas alguns bons resultados poderia servir para qualquer método, ainda que puramente retórico.

Crítica relevante à teoria dos princípios também é a formulada por Ferrajoli. O jurista italiano afirma que a teoria a respeito da técnica da ponderação de

---

<sup>46</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 581.

<sup>47</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 581.

<sup>48</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 594.

<sup>49</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 594.

princípios contém uma “confusão entre fatos e normas”<sup>50</sup>. Isso porque, para ele, só é possível ponderar a respeito da situação fática submetida a julgamento.

Assim, Ferrajoli argumenta que “a ponderação como método de solução dos problemas interpretativos não tem espaço na aplicação da lei”<sup>51</sup>, pois, para ele, “configurar a ponderação como escolha ponderada de uma norma em prejuízo de outra, e admitir, portanto, a derogabilidade das normas constitucionais, equivale a desprezar a sujeição do juiz à lei”<sup>52</sup>.

É por essas razões que Ferrajoli considera que tal teoria é incompatível com o próprio Estado de Direito, que tem como pilar de sustentação, desde o seu advento, a adstrição do Estado-Juiz à lei. Erro Graus argumenta nessa mesma linha, ao afirmar que “a vinculação do intérprete ao texto – o que excluiria a discricionariedade judicial – instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios [...] são praticadas à margem do sistema jurídico”<sup>53</sup>.

Em defesa da hermenêutica principlista e da teoria dos princípios, Virgílio Afonso da Silva argumenta que “não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito”<sup>54</sup>. Ele defende que, embora muitos considerem a ponderação de princípios um método irracional e subjetivo, dessa premissa não decorre a

---

<sup>50</sup> FERRAJOLI, Luigi, **A democracia através dos direitos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 132.

<sup>51</sup> FERRAJOLI, **A democracia através dos direitos**, p. 135.

<sup>52</sup> FERRAJOLI, **A democracia através dos direitos**, p. 135–136.

<sup>53</sup> GRAU, **Por que tenho medo dos juízes**.

<sup>54</sup> SILVA, **Direitos Fundamentais**, p. 147.

conclusão de que “outros métodos – sobretudo a subsunção – seriam capazes de conferir uma racionalidade quase perfeita”<sup>55</sup>.

A respeito das palavras de Virgílio, penso que cabe um questionamento: se a hermenêutica principialista tem como objetivo tornar as decisões mais racionais e menos discricionárias, como podem os principialistas se contentar em argumentar que outros métodos são tão subjetivos quanto?

## 2.2 CRÍTICAS À APLICAÇÃO BRASILEIRA DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Estabelecidas as críticas teóricas ao constitucionalismo principialista, outra questão precisa ser enfrentada: a aplicação prática da teoria dos princípios no Brasil. Isso porque, ainda que a teoria seja passível de críticas, como exposto no tópico anterior, as críticas aos resultados produzidos no Brasil podem ter origem diversa, resultante de sua má-aplicação.

Virgílio Afonso da Silva, a esse respeito, afirma:

[...] não é possível argumentar contra uma construção teórica recorrendo ao simples fato de que *esse ou aquela tribunal decidiu de forma diversa*. Decisões que contrariam teorias – positivistas, jusnaturalistas etc. – existem aos milhares, e não é preciso procurar muito para achá-las. Apontar problemas em uma teoria exige que *problemas internos a ela sejam demonstrados*<sup>56</sup>.

Em tese de doutorado, Fausto Santos de Moraes<sup>57</sup> demonstrou que em quase duzentas vezes que o Supremo Tribunal Federal utilizou o método hermenêutico de Robert Alexy, o utilizou de forma diversa da proposta por seu criador.

---

<sup>55</sup> SILVA, **Direitos Fundamentais**, p. 147.

<sup>56</sup> SILVA, **Direitos Fundamentais**, p. 58.

<sup>57</sup> MORAIS, Fausto Santos de, **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013.

Segundo Eros Grau, “a ponderação entre princípios tem sido operada, pela jurisprudência e pela doutrina, *discricionariamente*, à margem da interpretação/aplicação do direito, conduzindo à *incerteza jurídica*”<sup>58</sup>. Após sua experiência como Ministro do STF, Grau afirma que “juízes, especialmente *juízes constitucionais*, têm lançado mão, intensamente, da técnica da chamada *ponderação entre princípios*”<sup>59</sup> e que “essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, discricionariamente, perigosamente”<sup>60</sup>.

A situação se agrava, no cenário brasileiro, quando os juízes utilizam “princípios” que sequer existem para fundamentar suas decisões legiferantes e ao arrepio da lei, tais como o princípio da “felicidade”, o princípio da “confiança no magistrado da causa”, dentre outras excrecências que podem ser encontradas aos borbotões na jurisprudência pátria, bem como a razoabilidade e proporcionalidade – que não são e nunca foram princípios<sup>61</sup>. É o que Lênio Streck chama de panprincipiologismo<sup>62</sup>.

Sobre esse fenômeno, discorre Mônica Medeiros:

As importadas técnicas da ponderação, da otimização e rótulos afins, passou a ser não somente dominante, mas também sufocante no Brasil nos últimos anos. A tendência de superestimar os princípios em detrimento das regras, o uso desmedido da retórica principialista e a criação de princípios que não estão, nem implicitamente, na Constituição Federal, para resolver subjetivamente casos específicos, citando apenas alguns dos legados do neoconstitucionalismo, provoca uma inconsistência no

---

<sup>58</sup> GRAU, **Por que tenho medo dos juízes**.

<sup>59</sup> GRAU, **Por que tenho medo dos juízes**.

<sup>60</sup> GRAU, **Por que tenho medo dos juízes**.

<sup>61</sup> GRAU, **Por que tenho medo dos juízes**.

<sup>62</sup> STRECK, Lênio Luiz, **Verdade e Consenso**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 475.

sistema jurídico e, conseqüentemente, tende a apagar a fronteira da separação de poderes<sup>63</sup>.

Eros Grau argumenta que a proporcionalidade e razoabilidade foram banalizadas e aplicadas como se conferissem ao Poder Judiciário “a faculdade de corrigir o legislador, invadindo-lhe a competência”<sup>64</sup>. A respeito da utilização de tais “princípios” pelo STF, assim discorre:

O número de vezes nas quais esses dois “princípios” são mencionados pela jurisprudência do STF Federal nestes últimos anos – seja determinando *normas de decisão*, seja conformando a produção de *normas jurídicas gerais* – impressiona muito, a ponto de podermos, ironicamente, dizer que ele deixa de ser um *Tribunal constitucional* para se transformar em um *tribunal da proporcionalidade e da razoabilidade*<sup>65</sup>.

Gilberto Callado também aponta que “nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal proferiu polêmicas decisões de efeito normativo”<sup>66</sup>, sempre embasando-se em argumentos de cunho sentimental e desprendidos da racionalidade jurídica, alicerçados em direitos inexistentes. Segundo ele, “fala-se hoje em direitos das minorias, direitos fraternos e direito à felicidade”<sup>67</sup> e que “vistos de perto, muitos desses direitos nada têm de concreto nem trazem o estigma da autenticidade”<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> SOUSA, Mônica Medeiros Gaspar de, **A Retórica Principlista: O uso dos princípios de Direito como fórmulas de redundância na Prática jurídica**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 130.

<sup>64</sup> GRAU, **Por que tenho medo dos juízes**.

<sup>65</sup> GRAU, **Por que tenho medo dos juízes**.

<sup>66</sup> OLIVEIRA, Gilberto Callado de, **Hermenêutica e Política do Direito**, Florianópolis: Conceito, 2014, p. 13.

<sup>67</sup> OLIVEIRA, **Hermenêutica e Política do Direito**, p. 14.

<sup>68</sup> OLIVEIRA, **Hermenêutica e Política do Direito**, p. 14.

Assim, Callado também critica a hipertrofia do Poder Judiciário nos últimos anos, com suas decisões legiferantes e a conseqüente quebra da harmonia entre os poderes da República:

O neoconstitucionalismo quebrou a harmonia, a organicidade e a subsidiariedade do sistema normativo, e traduziu-se por isso em uma espécie de *constitucionalismo totalitário*, com a concentração de seus efeitos em um só poder, o Poder Judiciário. Desse modo, a política do direito judicializou-se através do ativismo judicial, mediante incursão na área de atribuição de outro poder da República<sup>69</sup>.

Por isso, vê-se que a aplicação da teoria dos princípios no Brasil apresenta problemas muito maiores do que os problemas teóricos apontados no tópico anterior. O constitucionalismo princípioalista deu azo à hermenêutica *freestyle*, em que o magistrado decide conforme suas próprias convicções morais, fundamentando sua decisão em uma ponderação de princípios – que podem, inclusive, ser princípios que não existem.

### **3 O PROBLEMA DA IDENTIFICAÇÃO DE REGRAS E PRINCÍPIOS**

Após analisar os problemas teóricos da hermenêutica princípioalista e os problemas práticos decorrentes de sua aplicação no Brasil, podemos perceber que estes são, sem dúvida, muito maiores. Enquanto é possível argumentar, no plano teórico, que o método da ponderação de princípios é tão subjetivo quanto qualquer outro – como argumenta Virgílio Afonso da Silva<sup>70</sup> –, a aplicação brasileira do método deu nítida margem a decisões mais discricionárias, sobretudo porque os magistrados brasileiros não o aplicam conforme foi teoricamente concebido.

O ponto a que quero chegar aqui, no entanto, é anterior à ponderação de princípios. Isso porque, como já exposto, no contexto do constitucionalismo

---

<sup>69</sup> OLIVEIRA, **Hermenêutica e Política do Direito**, p. 14.

<sup>70</sup> SILVA, **Direitos Fundamentais**, p. 147.

principlista, as normas se dividem em regras e princípios e apenas os conflitos entre princípios estão sujeitos ao método da ponderação. Ou seja: antes de efetuar uma ponderação, cabe ao intérprete identificar se as normas aplicáveis ao caso *prima facie* são regras ou princípios.

A minha hipótese principal neste artigo é que a teoria falha ao fornecer ao intérprete qualquer ferramenta para que possa, ao se deparar com o texto da norma, identificar se tal norma é uma regra ou princípio. Essa falha na teoria proporciona ao julgador o livre arbítrio de “escolher” como vai aplicar a norma: se quer aplicá-la na base do tudo-ou-nada, define-a como regra; se quer aplicá-la com o método da ponderação, considera-a como um princípio. E assim, seguindo seu “livre convencimento”, o magistrado fundamenta sua decisão com a hermenêutica *freestyle*.

É por essa razão que certa vez, em conferência proferida em Florianópolis, Humberto Ávila afirmou que o pior que pode acontecer com uma norma no Brasil é ser considerada princípio, pois princípios são as normas que o juiz pode relativizar ou ignorar.

O próprio Humberto Ávila, embora não rejeite a distinção da norma entre regras e princípios, em sua obra *Teoria dos Princípios*, lança crítica às teorias que fazem tal distinção com base no critério que ele chama de “modo final de aplicação”<sup>71</sup> – inclusas aí as teorias de Dworkin e Alexy. Isso significa que as teorias distinguem as regras e princípios apenas quanto ao modo em que são aplicadas, sem, contudo, definir como podem ser identificadas no ordenamento jurídico.

Humberto Ávila critica justamente a possibilidade de o intérprete “inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar”<sup>72</sup>. Como exemplo, Ávila cita o art. 224 do Código Penal, que prevê a presunção de violência em casos de conjunção carnal com menor de 14 anos. Segundo Ávila, “a norma não prevê

---

<sup>71</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 48.

<sup>72</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 49.

qualquer exceção<sup>73</sup>. Ainda assim, o STF, ao julgar um caso em que a vítima tinha 12 anos, “atribuiu tamanha relevância a *circunstâncias particulares não previstas pela norma*, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal<sup>74</sup>.”

Virgílio Afonso da Silva, fiel discípulo de Alexy, tratou de responder as críticas de Humberto Ávila. Virgílio argumenta que “o modo de aplicação, de fato, não decorre do texto objeto da interpretação, mas da interpretação desse texto<sup>75</sup>.” Por isso, ele afirma que “é tarefa do intérprete definir se a norma, produto da interpretação, é uma regra ou um princípio<sup>76</sup>.”

É justamente nessa resposta de Virgílio que reside o meu ponto central: de nada adianta os adeptos da hermenêutica princípioalista desenvolverem métodos sofisticados de aplicação de regras e princípios se, por outro lado, deixam ao completo arbítrio do intérprete identificar se a norma é uma regra ou princípio, sem desenvolver nenhum método teórico para tal interpretação.

Um exemplo que acredito deixar mais claro o que quero dizer é o caso em que o STF julgou a aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa<sup>77</sup> às eleições de 2010. A Lei Complementar nº 135 foi publicada e entrou em vigor em 4 de junho de 2010. A Constituição Federal, por seu turno, em seu art. 16, prevê que “a lei que

---

<sup>73</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 49.

<sup>74</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 49–50.

<sup>75</sup> SILVA, **Direitos Fundamentais**, p. 57.

<sup>76</sup> SILVA, **Direitos Fundamentais**, p. 57.

<sup>77</sup> BRASIL, **Lei Complementar nº 135**, Brasília: Congresso Nacional, 2010.

alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”<sup>78</sup>.

A meu ver, o art. 16 da Constituição é claro no sentido de que a lei não pode ser aplicada a processo eleitoral que ocorra menos de um ano após entrar em vigor, sem abrir qualquer exceção. Parece-me, portanto, que é uma norma que deveria ser aplicada com base em subsunção e, nos termos da hermenêutica principialista, deveria ser considerada uma regra.

Todavia, quando o STF julgou o Recurso Extraordinário nº 633.703, cinco ministros votaram no sentido de que a Lei da Ficha Limpa deveria ser aplicada às eleições de 2010. Em particular, o voto da Min. Carmen Lúcia é ilustrativo do ponto que estou tentando demonstrar: ao considerar a norma insculpida no art. 16 da Constituição como “princípio da anterioridade eleitoral”, a Min. Carmen Lúcia afirmou que “o princípio constitucional prevalecente é o da proteção ético-jurídica do processo eleitoral, sobrepondo-se o direito da sociedade a uma eleição moralizada, proba, impessoal e legal ao voluntarismo daquele que pretende se pôr ao crivo do eleitor”<sup>79</sup>.

Mesmo os ministros que votaram pela não aplicabilidade da lei para as eleições de 2010 consideraram a referida norma como um princípio, tanto que a tese que foi fixada no julgamento do recurso foi que “a Lei Complementar 135/2010 não é aplicável às eleições gerais de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral”<sup>80</sup>.

Embora as teorias principialistas não tenham sido necessariamente citadas no caso comentado, é evidente a sua influência, seja na consideração de normas

---

<sup>78</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília: Congresso Nacional, 1988.

<sup>79</sup> BRASIL, **Recurso Extraordinário nº 633703**, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011, p. 186.

<sup>80</sup> BRASIL, **Recurso Extraordinário nº 633703**.

CARREIRÃO, Bruno de Oliveira. Regras e Princípios: um ensaio sobre a relação da base teórica do Constitucionalismo Principialista com a hermenêutica *Freestyle*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

como princípios, seja na expressão “princípio prevalecente” utilizada no voto da Min. Carmen Lúcia.

Outro caso mais recente – e mais grave – que pode ser mencionado é o do Habeas Corpus nº 126.292<sup>81</sup> e da Medida Cautelar nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44<sup>82</sup>, em que o STF autorizou a execução da pena privativa de liberdade após o julgamento em 2ª instância.

O art. 5º, LVII, da Constituição Federal, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”<sup>83</sup>. Parece-me claro que não há nenhuma exceção a tal norma. Todavia, o STF, ao analisar o dito “princípio da presunção da inocência”, entendeu que a culpa não estaria sendo presumida na execução antecipada da pena e que o trânsito em julgado é condição apenas para a culpabilidade, não para a aplicação de pena – e aí eu pergunto: se a presunção de inocência não serve para impedir o cumprimento de pena privativa de liberdade, serve para que então?

São exemplos que ilustram o que chamo aqui de hermenêutica *freestyle*: são decisões em que o julgador decide conforme seu livre arbítrio, muitas vezes influenciado por questões externas ao processo, como questões políticas ou ideológicas ou a pressão da opinião pública, relativizando ou ignorando normas e utilizando a hermenêutica principialista – ou a “retórica principialista”, conforme termo utilizado por Mônica Medeiros<sup>84</sup> – para justificar a decisão.

---

<sup>81</sup> BRASIL, **Habeas Corpus nº 126.292**, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2016.

<sup>82</sup> BRASIL, **Medida Cautelar nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44**, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2018.

<sup>83</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**.

<sup>84</sup> SOUSA, **A Retórica Principialista**: O uso dos princípios de Direito como fórmulas de redundância na Prática jurídica.

A hermenêutica principlista é especialmente perigosa por ter servido justamente como mascaramento de decisões arbitrárias, dando-lhes apenas uma aparência de racionalidade. A falta de um instrumental teórico para identificação de quais normas são regras e quais normas são princípios deu enorme margem para a sua larga utilização discricionária.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Algumas questões, por evidente, permanecem em aberto. É possível estabelecer um método racional de identificação de regras e princípios no ordenamento jurídico? Existe algum método hermenêutico que propicie decisões mais racionais do que o método principlista? Como impedir que os juízes se utilizem da teoria dos princípios para aplicar a sua hermenêutica *freestyle*?

As respostas para tais questões são evidentemente muito mais complexas do que a pergunta que me propus a responder aqui e poderiam ser objetos de outros trabalhos. Todavia, creio que a crítica à falta de critério metodológico para identificação de regras e princípios no ordenamento jurídico serve, ao menos, como ponto de partida para identificar o porquê de o principlismo ter dado margem para decisões cada vez mais discricionárias.

Não significa, contudo, que eu esteja rejeitando a existência de abertura semântica de determinadas normas e nem defendendo que a subsunção pura e simples seja suficiente para a solução de todos os casos. Todavia, o aperfeiçoamento do positivismo jurídico, ao invés da sua rejeição, ainda me parece um caminho mais interessante para o desenvolvimento de uma hermenêutica que propicie decisões mais racionais e menos sujeitas à vontade pessoal do julgador.

Da análise das bases teóricas do constitucionalismo principlista, é possível concluir que as teorias que distinguem regras e princípios o fazem apenas com relação ao seu modo de aplicação, estabelecendo que as regras se aplicam por subsunção, enquanto que os princípios precisam ser considerados na dimensão do peso.

Também foi possível perceber que, embora seja possível argumentar, no plano teórico, que o método da ponderação de princípios é tão subjetivo quanto qualquer outro, a aplicação brasileira do método deu nítida margem a decisões mais discricionárias, sobretudo porque os magistrados brasileiros não o aplicam conforme foi teoricamente concebido.

No entanto, parece-me claro que a falha metodológica fundamental do constitucionalismo princípioalista é a inexistência de um critério que permita ao julgador identificar no ordenamento jurídico quais normas são regras e quais são princípios, permitindo assim que o intérprete escolha como classificar a norma, a depender do modo que deseja aplicá-la – e geralmente considerando como princípio a norma que pretende relativizar ou ignorar.

Assim, a conclusão é de que, por conta de tal falha, a teoria princípioalista tem servido de maquiagem teórica para fundamentar a hermenêutica *freestyle*, dando aparência de racionalidade para decisões *contra legem* em que o julgador julgou conforme a sua própria vontade.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos Princípios Jurídicos. **Revista Internacional de Direito Tributário**, v. 3, p. 155-167, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 126.292**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 135**. Brasília: Congresso Nacional, 2010.

CARREIRÃO, Bruno de Oliveira. Regras e Princípios: um ensaio sobre a relação da base teórica do Constitucionalismo Principialista com a hermenêutica *Freestyle*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: [www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica) - ISSN 1980-7791

\_\_\_\_\_. **Medida Cautelar nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2018.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário nº 633703**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v. 34, p. 15–53, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013.

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

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Hermenêutica e Política do Direito**. Florianópolis: Conceito, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607–630, 2003.

SOUSA, Mônica Medeiros Gaspar de. **A Retórica Principialista: O uso dos princípios de Direito como fórmulas de redundância na Prática jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARREIRÃO, Bruno de Oliveira. Regras e Princípios: um ensaio sobre a relação da base teórica do Constitucionalismo Principalista com a hermenêutica *Freestyle*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Recebido em: 03/03/2018

Aprovado em: 23/07/2018