

ENTREVISTA COM LENIO LUIZ STRECK

A EJJL nesta seção de entrevistas, mais uma vez oferece ao seu público leitor este diálogo enriquecedor de um pesquisador notável com numerosos trabalhos em temas de extrema importância e que desperta interesse e análise de especialistas na área da Filosofia do/no Direito e da Filosofia Política atual. A ampla divulgação de seus trabalhos no Brasil e em toda a América Latina, bem como suas participações e congressos e seminários têm sido objeto de importantes reflexões. Numa visão única e diferenciada do Direito, suas publicações são motivo de inspiração de uma geração. Dentre as muitas questões que poderiam ser relacionadas, foram escolhidos entrevistadores que pudessem provocar o *senso incommum* do entrevistado sobre assuntos atuais como, por exemplo, ponderação, neoconstitucionalismo e o ativismo judicial.

Nesta nossa entrevista, diferentes Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* (mestrados e doutorados), todos com área de concentração ou linha de pesquisa em Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, aceitaram o convite da EJJL.

Lenio Luiz Streck é Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS, na área de concentração em Direito Público. Professor permanente da UNESA-RJ, de ROMA-TRE (Scuola Dottorale Tulio Scarelli), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. FDUC (Acordo Internacional Capes-Grices) e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst.

Além disso, Lenio Luiz Streck é um dos mais destacados juristas brasileiros. Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica - IHJ (RS-MG). Membro da comissão permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, do Observatório da Jurisdição Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, da Revista Direitos Fundamentais e Justiça, da Revista Novos Estudos Jurídicos, entre outros. Coordenador do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Pesquisador e autor de inúmeras obras no Brasil e exterior. Dentre suas publicações mais recentes, destacam-se os seguintes livros: *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica* (3. ed.); *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise* (11. ed.); *Verdade e Consenso* (5. ed.), além dos livros, em espanhol: *Verdad y Consenso*, *Hermenêutica y Decisión Judicial*, e *Hermenêutica Jurídica: estudios de teoría del derecho*. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito

Entrevistadores:

Jorge Miranda – Doutor em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) pela Universidade de Lisboa (1979). Professor catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa (desde 1985). Membro de várias outras organizações científicas portuguesas e internacionais. Pertence aos conselhos científicos de diversas revistas científicas portuguesas e internacionais. Tem proferido conferências, ministrado cursos e participado em reuniões e congressos científicos em Espanha, França, Itália, Bélgica, Suíça, Alemanha, Áustria, Polónia, Rússia, México, Brasil, Marrocos, Cabo Verde, Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe, Moçambique, Macau e Japão.

Alexandre Morais da Rosa – Doutor em Direito (UFPR), com estágio de pós-doutoramento em Direito (Faculdade de Direito de Coimbra e UNISINOS). Mestre em Direito (UFSC). Professor Adjunto de Processo Penal e do CPGD (mestrado) da UFSC. Professor da UNIVALI. Juiz de Direito (SC). Pesquisa Judiciário, Processo e Decisão, com perspectiva transdisciplinar. Coordena o Grupo de Pesquisa Judiciário do Futuro (cnpq)

Nuria Belloso Martín – Doutora em Direito pela Universidade de Valladolid (Espanha). Professora titular de Filosofia do Direito da Universidade de Burgos (Espanha). Diretora do Departamento de Direito Público, coordena o Mestrado em Direito Empresarial e Negócios, Faculdade de Direito da Universidade de Burgos. Ele atuou como coordenador do Doutorado do Programa de Direito Público em desde 1996. Colabora e pesquisa com Universidades da América Latina e da América Central (Brasil, Argentina, Cuba, etc.) Sua pesquisa recai principalmente em quatro áreas temáticas: O pensamento jusfilosófica da escola espanhola do século XVI; Cidadania e fortalecimento dos direitos humanos; formas complementares de resolução de litígios (mediação, negociação); e, por fim, a interpretação jurídica e neoconstitucionalismo.

Ernilo Jacob Stein – Pós-doutor pela Universidade de Erlangen-Nuremberg (1972), Pós-doutor pela Universidade de Heidelberg entre outras. Um dos mais importantes pesquisadores brasileiros sobre Filosofia, com ênfase em Filosofia Contemporânea. Atuando principalmente nos seguintes temas: Fenomenologia, Antropologia, Heidegger, Círculo hermenêutico, Método.

Alfonso de Julios-Campuzano – Professor de Filosofia do Direito na Universidade de Sevilla-Espanha. Pesquisador visitante da Universidade de Ferrara e Bolonha, da Universidade de Oxford, da London School of Economics and Political Science e inúmeras universidades brasileiras, como a Universidade Federal de Santa Catarina, Universidade Federal do Paraná e Unisinos na condição de professor convidado dos cursos de Pós-graduação em Direito. Palestrante em cursos de mestrado e doutorado em universidades de prestígio, mantém cooperação científica e acadêmica tanto na Europa como na América.

Yuri Schneider – É Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS e Membro dos grupos de pesquisa “Teorias da Democracia no Âmbito da Efetivação dos Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos Fundamentais e Democracia a partir de Jürgen Habermas. Editor-Chefe da Revista de Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Editor-Associado da Revista Espaço Jurídico - Journal of Law da UNOESC.

Rafael Tomaz de Oliveira – Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Possui Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2007) e Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2005). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP/SP) e da Faculdade Guanambi (Guanambi/BA). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Constitucional e concreção de Direitos Coletivos; Ciência Política e Teoria do Estado; Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica.

Vinícius Mozetic – Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - (UNISINOS). Professor-visitante da Charles University, Praga – República; Professor-visitante e membro do grupo de pesquisa - per l'actualització del dret de la persona i familiar - UAB-Barcelona; professor-visitante da Cardinal Stefan Wyszyński University, Varsóvia - Polônia. Membro do grupo de pesquisa do Mestrado em Direito da UNOESC, Chapecó - Brasil (Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais). Advogado

Apraz-nos muito organizar esta entrevista, e é importante salientar que as discussões acadêmicas foram intensas e proveitosas. De fato, foi uma grande satisfação receber perguntas de renomados pesquisadores de diferentes partes do Brasil, e, ainda, do exterior. Mais que isso, respostas esclarecedoras de um dos mais importantes juristas da atualidade. Temos a certeza de que o leitor perceberá a consistência acadêmica das perguntas e respostas adiante organizadas. Nosso sincero agradecimento.

Desejamos a todos uma ótima leitura!
Os organizadores,
Yuri Schneider e Vinícius Almada Mozetic

A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E O PENSAMENTO DE LENIO STRECK

JORGE MIRANDA

1. O Supremo Tribunal Federal não deveria ser essencialmente um Tribunal Constitucional, aliviado da massa enorme de poderes que recebeu?

Lenio Streck: Sem dúvida, Professor. Durante o processo constituinte lutamos por isso. Mas não tivemos apoio sequer junto ao Supremo Tribunal, cujos integrantes preferiram continuar com o atual modelo. O problema do excesso de atribuições do Supremo Tribunal Federal se agrava pela opção presidencialista feita pelo constituinte, ratificada por plebiscito em 1993. As tensões constantes entre Executivo e Legislativo acabam sendo decididas pelo Judiciário, que se fortalece, transformando-se em um superpoder. É difícil exigir equilíbrio entre Poderes em um presidencialismo de coalisão como o brasileiro. Tudo isso acaba, como um moto contínuo, no ativismo judicial, a ponto de um dos Ministros da Suprema Corte, Marco Aurélio Mello, reiteradamente chamar a

atenção de seus pares para a ordem em que os Poderes da República estão elencados na Constituição: Legislativo, Executivo e, em terceiro lugar, o Judiciário. Penso que transformar o Supremo Tribunal em um Tribunal Constitucional por si não resolve o problema; seria necessário implementar o parlamentarismo, para mim mais compatível com o modelo de Tribunais Constitucionais. No atual modelo presidencialista “de coalisão”, repassar as tensões para um tribunal constitucional apenas transferiria o problema para outro superpoder.

2. É conforme ao Estado de Direito ser o senado que confere eficácia geral às decisões de Supremo Tribunal Federal no controle concreto da constitucionalidade?

Lenio Streck: O modelo brasileiro está assentando na distinção entre vigência e validade, a primeira a cargo do legislativo e a segunda, ao judiciário. Explico: desde 1891 temos o controle difuso. Somente em 1934 é que nos demos conta de que faltava um modo de conferir efeito erga omnes às decisões do STF. A solução foi a da remessa ao Senado, que suspende a vigência da lei com efeito ex nunc. Veja-se que, quando de sua criação, essa remessa levava em conta o fato de que o controle de constitucionalidade era somente difuso. Em 1965 transformamos nosso modelo difuso em misto, agregando o concentrado. E mantivemos a remessa ao Senado. Com a Constituição de 1988, não fizemos alterações nesse modelo. Separamos nitidamente o controle concentrado do controle difuso. O primeiro impasse ocorreu quando da discussão da Reclamação 4335, em que os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes entenderam que o artigo 52,X, que obriga a remessa da decisão difusa ao Senado, era obsoleto. Equiparam, então, os dois modelos em termos de efeitos. Penso que essa decisão foi equivocada. Devemos ter uma diferença entre uma decisão em controle difuso e em controle concentrado. Porque o Senado retirará, se assim entender, a vigência da lei. E isso somente pode ser com efeitos para o futuro. O controle concentrado é que, em regra, se dá para trás e para frente. Não pode haver efeito vinculante de uma decisão tomada em controle difuso.

3. É conforme ao Estado de Direito ser o Senado Federal a julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade?

Lenio Streck: O julgamento pelo Senado sempre tem um grave risco: tratando-se de crime, há que se ter extremo cuidado para não esvaziar o aspecto jurídico e transformar tudo em política e ideologia. É o caso recente, em que o direito foi obnubilado pela política. Transformaram o impeachment em uma espécie de recall ou em um mecanismo de queda de gabinete parlamentarista. Isso tem de ser alterado, futuramente.

4. Não é melhor a solução portuguesa de julgamento pelo Supremo Tribunal de Justiça?

Lenio Streck: Sem dúvida.

5. Não se corre o risco de parlamentarizar um sistema de governo presidencial?

Lenio Streck: Este é o ponto. Acabamos, no Brasil, de passar por um trauma. Mais um, aliás. Por quê? Porque capturamos elementos do parlamentarismo para encurtar o mandato de um Chefe de governo e Estado eleito democraticamente. Isso é grave. Não separamos devidamente o jurídico do político. Nitidamente, no caso da Presidente Dilma, o elemento jurídico foi contornado. A autonomia do direito, conquistada a duras penas naquilo que o senhor mesmo, Professor Jorge Miranda, chamou de Revolução Copernicana do Direito Público, ficou fragilizada.

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA

1. Até que ponto a noção de resposta constitucionalmente adequada é confundida como única resposta?

Lenio Streck: Talvez isso venha da tradução daquilo que Dworkin chamou de *one right answer*. Penso que isso quer dizer “uma resposta”. *One*. Dworkin não diz *the only*. Claro que é possível ler como única, reconheço. Mas me parece que o contexto da obra de Dworkin aponta para “uma resposta correta”, que, ao afastar as demais, se torna “aquela”. De todo modo, a CHD - *Crítica Hermenêutica do Direito* - não se preocupa com a tradição ou a opção dworkiniana. A CHD faz uma antropofagia de Dworkin e Gadamer, no sentido de estabelecer e /ou buscar “verdades hermenêuticas”. Lendo-se o direito na sua melhor luz, já se afastam os sentidos inadequados. Nesse sentido a hermenêutica não é, em si, como diz Stein, uma necessidade. Na verdade, é a complexidade do direito que exige que o compreendamos hermenêuticamente. Não se usa a fenomenologia hermenêutica ou até mesmo a teoria integrativa de Dworkin diretamente no direito. Isso seria instrumentalizar as teorias. Por isso, hoje já não respondo diretamente quando me perguntam coisas como “Dworkin não disse isso” ou “Gadamer não trabalhou esse ponto” ou “Heidegger não pensou no direito”. A Crítica Hermenêutica do Direito é uma teoria ou tese que opera desde sempre no nosso modo de lidar com o direito. Ela já é um produto a partir da qual fazemos desleituras no fenômeno jurídico. Gadamer, mesmo, escreveu a sua obra máxima que pode ser lida como Verdade *contra* o Método. Revolvido o chão linguístico em que se aloja a tradição do fenômeno, reconstrói-se a sua história institucional. Ao final, já estaremos em frente a um outro fenômeno. E, é claro, leva-se em conta que o direito tem especificidades. Como diz Ernildo Stein, os juristas tem uma arma poderosíssima contra as demais áreas: temos o Direito Positivo. Direito tem Constituição. Filosofia e psicanálise, não. Sociologia também não. Tenho objetividades mais “próximas” e “palpáveis”, por assim dizer. Limitações textuais quer dizer limitações de sentido. Deixemos que os textos falem: isto não quer dizer tão somente textos como se estivéssemos tratando de filologia. Textos, aqui, são eventos. Coisas. Fatos. Sim, fatos existem. Sou antinitscheano. Quando ele diz que fatos não existem e que só existem interpretações, eu digo: só existem interpretações porque existem fatos. Desse modo, complexa não é a realidade; complexas são as nossas visões sobre ela, como alerta Ernildo Stein. Por isso não pode

haver mais de uma resposta adequada a Constituição. Há uma criteriologia para, no direito, encontrarmos essas respostas. Se em Gadamer temos a tradição, a consciência dos efeitos da história, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica atuando para que o fenômeno se manifeste, tudo isso encontra correlato na CHD: tradição quer dizer coerência e integridade; tradição quer dizer entrega da doutrina de um “produto” interpretado, que deve ter um grau de veracidade (autenticidade), testado a partir de teorias contemporâneas sobre determinado ponto da teoria do direito *lato sensu*. Diferença ontológica quer dizer texto e norma, para além até mesmo do que disse Müller, uma vez que, enquanto para ele há textos sem normas, para mim, não há texto sem norma e nem norma sem texto. Círculo hermenêutico significa antecipação de sentido, pré-compreensão que deve ser suspensa para deixar que a linguagem pública constranja o elemento interno do intérprete. Agrega-se, aqui, a questão da responsabilidade política do juiz. Filósofo e psicanalista não têm responsabilidade política quando falam sobre Kant. Juiz quando decide, não faz simples escolhas: tem responsabilidade. E deve fundamentá-las a partir de elementos objetivos, constantes em uma estrutura chamada direito, que compreende Constituição, leis, regulamentos, jurisprudência, doutrina. Além disso tudo, há ainda a questão da integridade do direito, que age como elemento constrangedor diretamente, como as seis hipóteses pelas quais um juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei. E só nessas hipóteses, invertendo-se, a partir desse filtro, o direito em direção a um dever. Some-se a autonomia do direito, o compromisso com o não relativismo, o rechaço da discricionariedade e a questão da identificação de atitudes ativistas, que são perniciosas à democracia. Há três perguntas fundamentais que identificam se o ato é ativista ou se estamos em face de uma contingencial judicialização da política. Mais ainda, na CHD o processo é condição de possibilidade. Há um rechaço de que primeiro o juiz decide e depois busca a motivação ou fundamentação. Não pode haver livre convencimento motivado. É uma contradição performativa. Entra, aí, o dilema da ponte: não se pode atravessar o abismo gnosiológico do conhecimento, chegar do outro lado e depois retornar para construir a ponte pela qual já se passou. Decidir primeiro e só depois fundamentar é uma impossibilidade filosófica. Mas, fosse possível, o processo não teria importância. O próprio direito se tornaria inútil. E os juristas perderiam sua função. Restariam apenas quem decide. O direito seria pura empiria ou pragmatismo.

2. No artigo 489 do NCPC, quando o juiz indicar dignidade da pessoa humana sem fazer referência ao fundamento teórico (Kant, Hegel, etc.), estaria violando o dever de fundamentação?

Lenio Streck: Claro que não. Fundamentação é condição de possibilidade. Mas não é, necessariamente, uma fundamentação filosófico-paradigmática. Juiz tem responsabilidade política. Vou me estender um pouco e peço paciência. Há coisas importantes que deveriam fazer com que os juristas se dessem conta do perigo que é dar um tiro no pé ao desdenhar da importância da filosofia. Mas filosofia como “filosofia no direito” e não como ornamento. Por exemplo, quando falamos em livre convencimento ou livre apreciação da prova inegavelmente estamos tratando do paradigma filosófico instituidor da modernidade. *O sujeito* da modernidade é uma descoberta de Descartes.

Aquilo que se mostrava nos sofistas ou no nominalismo ainda não era “o sujeito”. Ainda na modernidade, Kant mostra a impossibilidade da apreensão da coisa em si, isto é, o que precisamos para compreender algo não vem da coisa (em si), mas da autonomia do sujeito, liberto do “mito do dado”, por assim dizer. O contraponto foi o voluntarismo que tomou conta inclusive das correntes “críticas” do Direito. O que se diz sobre “a verdade” é fruto de tudo isso: da metafísica clássica, da filosofia moderna e das teses e teorias que buscaram ultrapassar aquilo que superou o objetivismo (realismo) pré-moderno. É nesse caldo de cultura que nos movemos, queiramos ou não. Quando tratamos de “provas no processo penal ou civil”, *estamos tratando das condições de possibilidade de dar sentido a um determinado fenômeno*. Pois não é que o Tribunal do Júri admite a íntima convicção? Fantástico. O indivíduo é condenado por uma maioria que entende, no seu íntimo, que ele é culpado. Íntima convicção, que no fundo é igual a livre convencimento. E mais não precisa ser dito. Já sugeri, há anos, que se alterasse isso. Vi que tem gente defendendo a ideia de que o livre convencimento seria necessário para o melhor direito, supondo uma “discricionariedade racionalizada” a meio caminho da íntima convicção e as provas tarifadas. Contra isso, afirmo: esse tipo de defesa só teria sentido se o Direito estivesse separado da filosofia. Só quem pensa o Direito fora dos paradigmas é que pode dizer que o livre convencimento é necessário, ignorando dois *linguistic turns* e toda a *intersubjetividade que mudou a história do pensamento*. Claro – e aqui vai uma ironia – o livre convencimento é necessário se o direito é visto como uma racionalidade instrumental. Ele é tão necessário (outra ironia) quanto a ponderação “à brasileira”, essa katchanga real que talvez tenha sido a maior fraude jurídica já manejada pelos juristas (e que está no parágrafo 2º do artigo 489 do CPC: já me ofereci para a Ordem dos Advogados do Brasil para elaborar a inicial de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade para expungir essa verruga epistêmica do Código). A presidente da República não quis vetar: deve ter sido “bem instruída” por sua equipe de assessoramento jurídico. Bom, isso apenas demonstra o cuidado com que o governo tratou o Direito nestes 14 anos. Repito: o Brasil é incrível. Por aqui ainda tem gente que acha que o Direito é apenas uma superestrutura. Ou uma mera racionalidade instrumental. Ou que “o direito é aquilo que o judiciário diz que é”. O que dá, ao fim e ao cabo, tudo no mesmo. Mas, por outro lado, se o Direito tem um papel de garantir a democracia – como deve ser sob o Estado Democrático – discricionariedade é igual a arbítrio. Chega a ser cansativo ter de explicar que um juiz sem livre convencimento (motivado que seja), não é um juiz do século XIX, o velho boca-da-lei. *Definitivamente, expungir o livre convencimento dos códigos não equivale à proibição de interpretar*. Não se reproduz sentido nem se o atribui livremente. Lembremos de Gadamer: antes de dizer algo sobre o texto, deve-se deixar que o texto diga algo. Também Müller, Habermas e Dworkin são testemunhas de que nem de longe o mundo é tão simples quanto à divisão entre exegese e não exegese, ou realismo e não realismo. Falta só aparecer alguém para dizer que onde está escrito “coerência e integridade” no artigo 926 do CPC, deve-se ler apenas “estabilidade”. Não me surpreenderia. Nesse sentido, tenho referido de há muito, ironicamente, que “não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa no Direito”. Veja-se que os franceses, para garantir o produto do legislador, tiveram que institucionalizar uma rígida exegese. Mas isso foi no século XIX. Não creio que em plena democracia e na vigência do paradigma do Estado Democrático de Direito, seja necessário, para garantir uma legalidade mínima,

seja necessário voltar a ter esse tipo de “amarração”. Vivemos hoje no paradigma da intersubjetividade. Logo, não há lugar nem para o “dono da lei”, nem para o “escravo da lei”. Ou há? Alunos de todo Brasil (nada – mais – tendes a perder): perguntem isso aos seus professores, principalmente para esse que fica dizendo que princípios são valores. Cobrem dele. Ponham-no contra a parede. E perguntem também por que o Brasil já é refém de um positivismo jurisprudencialista, fruto exatamente dessa algaravia que se transformou a teoria e a aplicação do direito. Se ele disser: “Isso só pode ser coisa de Lenio Streck”, não se zanguem com ele. Apenas continuem insistindo. Digam que ele pode responder a vocês na semana seguinte, dando a ele tempo para estudar isso. E Que aproveitemos as agruras, do solipsismo e as decisões tipo “ponto fora da curva” para construirmos barreiras contra o subjetivismo. *Democracia não rima com discricionarismo e com subjetivismo*. E com livre convencimento; e tampouco com a livre apreciação da prova.

3. A invocação de proporcionalidade se indicada a partir de Alexy deve aplicar a fórmula de sopesamento do final do livro dele?

Lenio Streck: A ponderação do CPC não pode ter nada a ver com Alexy, até porque ela é inconstitucional, porque é ponderação de regras, etc. Por outro lado, se quiser admitir que fique, ela deve ser a original. Só seria válida se obedecesse as três fases da máxima da proporcionalidade. No entanto, eis aí talvez o grande desafio, pois como a escolha dos princípios a serem ponderados sempre envolve um grau de discricionariedade, teremos algo próximo do que aconteceu ao caso Ellwanger. Vários juízes poderão invocar a ponderação e por sorte da vida poderiam acertar, e mesmo que acertem, por escolha discricionária dos princípios chegariam a resultados diferentes. Por todos os lados que se olha, estamos em face a uma crônica de um fracasso anunciado. Não está na sua pergunta, mas há ainda uma questão mais grave por trás do art. 489, § 2º, quando fala da justificação das premissas utilizadas para chegar à conclusão. Aí está embutida uma questão antihermeneutica, a de que o juiz escolhe a decisão para depois fundamentar. Além de ser um salto sobre a Fenomenologia, ela aponta para um erro que o próprio Alexy comete ao discutir o caso dos atiradores do muro, quando concorda com o resultado do uso da fórmula Radbruch pelo Tribunal Constitucional Federal, mas não com a argumentação utilizada pelo mesmo. Ou seja, para ele é possível chegar a uma conclusão e depois encontrar os caminhos. Essa tese enfraquece o processo, pois ele vira um instrumento. Volta-se, sempre, ao problema do protagonismo. E voltamos ao ponto inicial.

NURIA BELLOSO MARTÍN

El profesor Lenio Streck ha trabajado numerosos temas candentes, objeto de interés y de análisis por los especialistas de la Filosofía jurídica y de la filosofía política actual. Además de la amplia difusión de sus trabajos en al ámbito académico brasileño y latinoamericano, en España ha participado en diversas Jornadas y Encuentros, lo que ha facilitado que sus propuestas sean objeto de reflexión por parte de la doctrina jurídico-política española. Desde mi ámbito de trabajo, la Filosofía del Derecho, la asistencia a conferencias impartidas por el profesor Lenio, las lecturas de

sus obras y publicaciones, siempre me han resultado ilustradoras y sugerentes. Interpretación del Derecho, hermenéutica, principiología y tantos otros, siguen siendo centro de análisis de muchos trabajos y dando lugar a muchas páginas escritas al respecto. Sus obras y artículos constituyen un referente. Entre las múltiples cuestiones que se podrían formular al Profesor Lenio, nos decantamos por dos preguntas relacionadas con el neoconstitucionalismo y con el activismo judicial. No son interrogantes monolíticos sino que, a su vez, cada una de estas preguntas se puede desgajar en otras subsiguientes cuestiones.

1. Hay opiniones divergentes –tanto entre académicos como entre la doctrina– sobre el papel que le corresponde al Poder Judicial. La actitud de los jueces no siempre ha sido decisionista-activista. Como sabemos, a partir de la Codificación y, principalmente desde el establecimiento del Estado de derecho y de la consiguiente consolidación de la división de los poderes públicos, los administradores de justicia habían conservado una posición pasiva, de simple aplicadores del derecho positivo, para lo cual acudían a una simplista fórmula de solución silogística para los casos planteados, donde la ley era el referente para la interpretación y aplicación a los casos que se presentaban, limitándose prácticamente el juez a ser, la boca que pronuncia las palabras de la ley. Con la evolución del Estado legislativo al Estado constitucional, se supera la etapa anterior y surge un nuevo entorno “neoconstitucionalista”, en el que el juez tiene mayor margen de maniobrabilidad “decisional”, puesto que las reglas cerradas se rompen, dejando espacios para que este pueda realizar abstracciones hermenéuticas y deje atrás el antiguo esquema de construcciones silogísticas para la solución de casos. Profesor Lenio, con respecto al neoconstitucionalismo ¿qué opinión le merece el movimiento neoconstitucionalista? En su opinión, ¿puede llegar a convertirse en una nueva concepción del Derecho, como lo han sido el iusnaturalismo, el positivismo jurídico y el realismo jurídico? ¿Qué papel desempeñan los principios en este movimiento? ¿Cómo atajar el peligro de llegar a un “pan-principiologismo que, en definitiva, conllevaría inseguridad jurídica?

Lenio Streck: Excelente pregunta, estimada Professora Núria. De fato, foi um longo caminho a superação do juiz formalista e da metodologia de aplicação subsuntiva do direito. Ocorre que, no modo como o neoconstitucionalismo vem sendo apresentado, principalmente no Brasil, corre-se o risco de simplesmente fazer uma leitura simplista do positivismo jurídico, como se ele fosse tão-somente aquele positivismo da contraposição “positivismo-jusnaturalismo”. Parece-me que o neoconstitucionalismo, quando diz que suas características são “mais principios e menos regras, menos subsunção e mais ponderação”, caiu em uma armadilha. Ignorou que o positivismo foi se rearranjando no decorrer das décadas. Só para fazer um pequeno esboço histórico: O positivismo combatido pelos diversos neoconstitucionalismos parece se restringir ao positivismo clássico (exegético ou legalista). Mas, permito-me dizer e apontar que, já em Kelsen, temos um positivismo pós-exegético. Depois Herbert Hart introduz um positivismo que pode ser chamado de inclusivo, tentando colocar de volta a moral excluída pelo positivismo anterior. Observe-se que Kelsen pro-

cura resolver isso a partir da cisão direito-ciência do direito; ele faz uma metalinguagem sobre a linguagem objeto; por isso, para ele, a ciência do direito está separada da moral; já o direito, não - ele se abeberou, para isso, no neopositivismo lógico. Friedrich Muller faz uma crítica ao positivismo clássico com seu pós-positivismo. Que já não é a mesma coisa que a crítica que Dworkin vai fazer do positivismo de seu professor, Hart. Dworkin, com sua crítica à discricionariedade e àquilo que ele entende por positivismo, abre uma nova fase no pós-positivismo ou antipositivismo. Criticando Dworkin veio seu colega, também aluno de Hart, Joseph Raz. Este faz uma nova tese: o positivismo exclusivo. Há ainda o positivismo normativo (que não é o velho normativista), no qual podemos colocar MacCormick. No meio do caminho vem outro autor que se autodenomina não-positivista, que é Robert Alexy. Por isso, quero apenas dizer da complexidade do conceito de positivismo. Logo, diria que o direito já superou de há muito o velho positivismo (que, penso, a ele você estar se referindo). A discussão de Dworkin, por exemplo, já considerava isso superado. Sua crítica já foi naquilo que Hart falava. Por isso, se o neoconstitucionalismo for uma tentativa de superação do positivismo legalista, parece ter chegado tarde. E, mesmo assim, apenas coloca em lugar do juiz boca da lei um juiz dos princípios. Não quero fazer injustiças com o neoconstitucionalismo e seus defensores. Mas as características delineadas por eles dá azo a este raciocínio. De minha parte, apenas quero dizer que a hermenêutica procura encontrar um caminho que supere os dois caminhos mais comuns seguidos pelo positivismo: o exegético que aposta em uma concepção objetivista (lei e direito são a mesma coisa - é a famosa tese do juiz boca da lei) e as formas de positivismo voluntarista (aqui se inclui o realismo jurídico - que podemos chamar de positivismo fático ou empirismo jurídico), que se baseiam no subjetivismo do juiz. Modestamente, tenho procurado trabalhar isto em diversas obras, como *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, *Verdade e Consenso* e *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Assim, a aposta no protagonismo judicial e na ponderação de valores leva o neoconstitucionalismo perigosamente aos braços das correntes realistas. Sim, sei que a maioria dos neoconstitucionalistas aposta na ponderação de matriz alexiana e, assim, sustentam que esse procedimento tem o condão de dar racionalidade às decisões judiciais. Alexy também pensa isso. No entanto, ele mesmo não abre mão da discricionariedade. Ora, a discricionariedade não é uma fatalidade. Só o é para o positivismo. Logo, sob pretexto de superar um tipo de positivismo, o neoconstitucionalismo se arrisca a cair nos braços de outro modelo de positivismo, aquele que aposta na discricionariedade e no subjetivismo. Mas, o neoconstitucionalismo é uma corrente ou teoria bem intencionada e com características bem interessantes e importantes para quem aposta de ver o direito como fator de transformação social. É inegável que o neoconstitucionalismo se importa com as questões sociais. Minha objeção é uma aposta no protagonismo judicial. E isso, para mim, acaba dando vazão, como no Brasil, a um forte ativismo judicial.

2. Con relación al activismo judicial y su relación con la teoría de la división de poderes, ¿Considera, que el fenómeno del activismo judicial produce el efecto de ir desvaneciendo las líneas funcionales que separan los poderes públicos? Ese sistema de controles recíprocos entre ramas ¿no se está “desbalanceando” a favor de un poder con mayor acen-

to controlador o limitador que, concretamente, se inclina a favor del Poder Judicial?. Es decir, si un juez desborda arbitrariamente su ámbito funcional más allá, incluso del principio de colaboración, ¿Cómo podría evitarse que se desvanezcan los límites competenciales de la función pública?. ¿Es injustificada la acusación a los órganos de administración de justicia de un abusivo activismo judicial?. ¿No será que ese pretendido “activismo judicial” no es más que la respuesta -una actitud acertada- que se debe asumir para llenar el vacío de poder que dejan los otros Poderes? ¿Se corre el peligro de que, por el afán de que el Poder Judicial dicte soluciones justas, llenando los huecos que dejan los otros Poderes que no están actualmente como debieran?

Lenio Streck: Em primeiro lugar, esse fenômeno chamado ativismo deve ser diferenciado de outro fenômeno: a judicialização da política. O primeiro é behaviorista. O juiz coloca os seus juízos morais, éticos, políticos no lugar dos do legislador. Até mesmo na faticidade ele acaba introduzindo sua visão particular, moralizando a relação fato-direito. Já a judicialização é contingencial. Ela acaba ocorrendo em casos de incompetência de um dos Poderes, mormente nos sistemas presidencialistas. Em segundo lugar, o ativismo aparece no Brasil de forma bem diferente da de outros países. O ativismo judicial no Brasil deixaria Duncan Kennedy corado. Para mim, não existe “bom ativismo”. Ele é pernicioso para a democracia. Deve, pois, ser evitado. Na minha teoria da decisão, tenho colocado um conjunto de mecanismos para, primeiro, identificá-lo e, na sequência, evitá-lo, enfim, controlá-lo. Mormente no lugar mais sensível do ativismo, o direito a saúde e a educação, há três perguntas fundamentais a serem respondidas: está o judiciário diante de um direito fundamental, subjetivamente exigível? Este direito, em situações similares, pode ser concedido a toda e qualquer pessoa que o pedir? Por fim, se é possível transferir recursos das outras pessoas para fazer aquela ou um grupo feliz, sem violar a isonomia no seu sentido substancial, já levando em conta toda a força do estado social previsto na Constituição? Se uma das respostas for negativa, não se está diante de uma judicialização, mas, sim, de uma atitude ativista. Tenho escrito muito sobre isso. Ativismo é o modo como o judiciário introduz a moral no direito. É como se o legislador e o poder constituinte não tivesse discutido na esfera pública as questões relacionadas à moral e à ética, por exemplo. E que o juiz é a figura transcendental apta a incluir a moral. Ora, isso é antidemocrático.

ERNILDO STEIN

1. Você certamente evoluiu no seu esforço de pensar a filosofia no direito de um modo articulado e inovador a ponto de se tornar um dos teóricos mais notáveis no cenário jurídico brasileiro com repercussão internacional. A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) atravessa coerentemente sua grande Obra e lhe dá um perfil único entre nós. Certamente a presença da Fenomenologia Hermenêutica tornou-se o núcleo que alimenta as diversas dimensões de seu pensamento. Mas o estudo da virada linguística foi um caminho importante para descobrir a superação do objetivismo na linguagem e por consequência o objetivismo no direito. Como se deu esta verdadeira revolução para sua CHD?

Lenio Streck: Obrigado pelos elogios e pela pergunta. A grande temática do direito vem sendo, mormente a partir da segunda metade do século XX, a questão da superação do positivismo e, ao mesmo tempo, a questão de como controlar a moral. No século XIX essas preocupações não estavam na ordem do dia. A moral estava reclusa. O positivismo jurídico a trancafiou. Os sucessos históricos do século XIX e do início do século XX exigiram um novo tipo de direito. Ihering, Philipp Heck e tantos outros iniciaram um movimento para libertarem a moral e seus “companheiros” da prisão epistêmica em que se encontravam. Diz-se, assim, que, da razão, os juristas passaram para a vontade, para o voluntarismo. Há um longo caminho percorrido até os nossos dias. No meio do caminho, a segunda grande guerra. E o surgimento da jurisprudência dos valores, modo filosófico de enfrentar a dureza e a rudeza do velho positivismo que o sociologismo jurídico já iniciara há mais tempo. Depois de Kelsen, Hart, Müller e os positivistas pós-hartianos e o seu principal contender, Dworkin, a teoria do direito passou a ter um novo panorama. Entretanto, parece ter faltado uma discussão – e essa falta ainda pode ser detectada hoje – de um enfrentamento do problema do positivismo e dos pós-positivismos a partir dos paradigmas filosóficos. Isso é uma coisa que passou a me intrigar cada vez mais depois da Constituição de 1988, em que o Brasil foi invadido por concepções subjetivistas que reproduziam coisas do século XIX, como o solipsismo de Oskar Büllow. Perguntava-me, então: como é possível que, depois de um *linguistic turn* e de um *ontological turn*, ainda no direito o sujeito da modernidade resistia? Como é possível que, até hoje, ainda se diz que sentença vem de *sentire*, que o juiz tem livre convencimento, que o juiz procura a verdade real e coisas desse gênero? Perguntava-me: onde está ou onde entra a filosofia nesse contexto? Gadamer e Heidegger e as obras de Ernildo Stein (veja a importância de sua contribuição, professor) me mostraram o caminho. Havia um algo a mais que não estava sendo mostrado pela teoria do direito. Mesmo Friedrich Müller, com sua inestimável colaboração, não assumiu Gadamer em sua profundidade e tampouco o teorema fundamental da diferença ontológica que o senhor trata tão bem no livro *Diferença e Metafísica*. Portanto, o positivismo clássico, com suas objetivações e calcado no objetivismo, equiparando lei e direito e fazendo com que o direito imitasse o mito do dado, não poderia ser derrotado apenas colocando no lugar da razão um dono da vontade ou, para ser mais simples, substituindo o juiz boca da lei (do que está dado) por um sujeito com a certeza de si do pensamento pensante. Isso era e é muito primário. E não tem nada de análise filosófica. Tinha que ter algo mais. Daí a ideia de mostrar a superação desse objetivismo a partir da fenomenologia hermenêutica, mostrando que não há universalidade, mas também não há o empírico. A hermenêutica é, como o senhor sempre disse, a cadeira que se assenta entre o objetivismo e o subjetivismo. Mas superar o objetivismo é uma coisa. Derrotar ou amarrar a barbárie interior do sujeito da modernidade é que são outros quinhentos, como se diz na minha terra. Isso exigiu um esforço bem maior. Avançar na discussão, Construir uma clareira para marcar posição...

2. Mas seu pensamento se poderia ter desgarrado no deserto de uma lógica ou semântica da linguagem jurídica. Como se articulou sua descoberta e passagem para a Her-

menêutica, com a Fenomenologia Hermenêutica em Heidegger e a Hermenêutica Filosófica em Gadamer? Foi a necessidade de superar o positivismo jurídico que o levou a afirmar a dupla estrutura da linguagem do pensamento hermenêutico? Ou há outros elementos se articulando em sua teoria para ela ser uma CHD?

Lenio Streck: Minha trajetória na crítica do direito passa pela contingência história do regime autoritário e o período posterior a Constituição. Antes da Constituição, os críticos do direito necessariamente tinham que rejeitar a estrutura formal constituída por um arcabouço autoritário. Sequer Constituição havia. Com a aprovação da Constituição, muda o cenário e, portanto, os pressupostos epistêmicos. Se antes o empirismo jurídico era o meio para o enfrentamento da estrutura, apelando ao voluntarismo de juízes comprometidos com a democracia, a partir de 1988 passamos a ter outro quadro. O voluntarismo já não fazia sentido. Ou seja: se antes de 1988 tínhamos que lutar contra o positivismo clássico formalista, agora, pós- CF/88, necessitávamos de uma teoria que passasse a respeitar o texto, sem que isso configurasse um retorno ao velho positivismo clássico-exegético ou de suas vulgatas muitos presentes no Brasil. A fenomenologia hermenêutica se apresentou como essa cadeira que se assentava entre o objetivismo que sustentava o formalismo e o subjetivismo que sustentava o velho empirismo ou as posturas voluntaristas que, já no início do século XX, apostavam em uma espécie de “livremo-nos do juiz boca da lei”. Percebia, então, no início dos anos 90, que a dogmática jurídica, enfim, os discursos jurídicos, ainda estavam presos ao velho formalismo, mas, incrivelmente, esse formalismo mirava as leis anteriores a Constituição. Não havia um formalismo em relação à aplicação da Constituição. Por exemplo, o controle de constitucionalidade demorou a ser uma prática. Mormente o controle difuso. Ou seja: a doutrina era formalista para sustentar o velho e, ao mesmo tempo, voluntarista para negar o novo. E, de certo modo, ainda ocorre hoje. Incrivelmente, a dogmática começou a construir princípios para com eles descumprir a Constituição em nome da qual eram feitos. Um imaginário ativista tomou conta do direito. A defesa da legalidade constitucional passou a ser mal vista, isto é, passou a ser vista como sendo uma atitude positivista. Como se ser positivista fosse um mal em si. Além disso, parcela da dogmática que se diz pós-positivista acaba sendo justamente aquilo que rejeitam: são positivistas fáticos ou empiristas jurídicos. Resultado: construiu-se no Brasil um positivismo jurisprudencialista. Esse é e foi o estado da arte no qual tentei plantar as sementes da CHD. Que ficou com alguns pontos básicos retirados de Gadamer, Heidegger e Dworkin, como o antirrelativismo, a superação do esquema sujeito-objeto, levar os textos a sério e trazendo para o direito uma adequada diferença entre direito e moral. Isto é, as bases para não permitir que a moral corrija o direito. O Direito, é claro, é construído com a moral, ética, em uma linguagem pública, democrática. Evitar, portanto, que o sujeito da modernidade, esse sujeito que assujeita os objetos, conspurque o produto elaborado em uma linguagem compartilhada, em um *a priori* compartilhado pela comunidade. A tentação, no direito, de uma espécie de razão teológica, é muito grande para o juiz decidir. Em vez de responder com base nesse *a priori* compartilhado e na estrutura constrangedora que deve ser o direito, o juiz não vem resistindo a responder às perguntas (casos jurídicos) com base na sua percepção pessoal. Nesse caso, sequer houve a secula-

rização. E longe está a magistratura de incorporar os dois corpos do rei, tese pela qual se expurgaria essa racionalidade ainda teológica do juiz. É possível dizer, nessa linha, que a aplicação do direito ainda vem sendo feita a partir de uma metafísica ontoteológica, para usar o conceito que consta no livro *As Voltas com a Metafísica e a Fenomenologia* (Ernildo Stein).

A CHD teve, desde o início, a preocupação de escapar da armadilha do positivismo nas suas diversas modalidades. Sem os paradigmas filosóficos, torna-se impossível vencer o positivismo. Sem uma análise filosófica, não podemos solucionar os problemas da moral no direito. Não esqueçamos que desde o século XIX o problema central do direito é o que fazer com a moral. O positivismo clássico simplesmente cindiu direito e moral. Depois disso, as diversas teorias tentaram lidar com isso. Pessimistas como Kelsen simplesmente partiram para uma linguagem de segundo nível. Optaram por discursos externos, meramente descritivos, problemática que se repete, de outro modo, sem a diferença de níveis de linguagem, no positivismo exclusivo contemporâneo. A hermenêutica, a partir da captura epistêmica que fiz com a CHD, pode ser o caminho para enfrentar tanto os discursos objetivistas, como os discursos subjetivistas, que acabam ideologizados. Nesse sentido, a dupla estrutura da linguagem é um importante componente para demonstrar que não interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. Portanto, com isso, a CHD se preocupa com o modo como se julga e não apenas com o modo de justificação do que foi dito pelo juízo. A CHD aposta em um discurso de primeiro nível e não em um discurso meramente apofântico. Por isso, não se pode admitir discursos subjetivistas, relativistas ou discricionaristas. Porque, se os admitíssemos, o próprio direito perderia a autonomia mínima para os discursos adjudicadores, como a moral, a política, etc. Para o direito ser direito, devemos preservar-lhe minimamente o seu caráter normativo e naquilo que ele mesmo diz no Estado democrático de Direito. A Constituição não é apenas uma mera ferramenta, um instrumento para ser manipulada. Ele é constituinte. Ora, se é constituinte da própria realidade em uma democracia, se deixarmos que discursos solipsistas valerem mais do que ela, a CF e o restante da estrutura do direito, então a própria democracia fica fragilizada.

3. Imagine-se diante da paisagem jurídica, aonde a incidência de sua teoria deu os melhores resultados e o levou a ampliar, com grande repercussão, sua crítica a outras teorias. Você se tornou um dos maiores constitucionalistas do Brasil. Poderia descrever o horizonte onde sua visão da Constituição se tornou mais criadora e inovadora diante das leituras da maioria dos que trabalham com a Constituição entre nós? Com a maneira nova de ver a Filosofia no Direito você descobriu que dimensões que, em geral, podem ampliar a seriedade dos que aproximam a Filosofia do Direito? Penso ter satisfeito minimamente a solicitação que me foi feita. Que tenham sucesso no trabalho e contribuam para o cada vez maior conhecimento deste grande Autor.

Lenio Streck: Primeiro, a fenomenologia hermenêutica, uma vez que com ela superei no direito o velho esquema sujeito-objeto proporcionava duas leituras superadas – ou normativista-objetivista ou subjetivista-empirista-voluntarista – proporcionou-me fazer um salto em relação

às teorias tradicionais sobre o papel da Constituição. Para além e a partir de Hesse, Canotilho e Ferrajoli, penso que consegui dar a Constituição a dignidade de texto-evento. Com essa visão, superei também a tradicional visão neokantiana de que princípios são valores. Essa tese enfraquece a Constituição. Ora, se princípios são normas, então não podem ser valores. Além disso, a dignidade dada a Constituição fez com que a imbricação com a hermenêutica proporcionasse a que fosse possível unir aquilo que Dworkin tratava como um levar o Direito a sério com o que Gadamer diz sobre “se queremos falar algo sobre um texto, devemos deixar que o texto nos diga algo”. A tese de que o juiz decide e não escolhe, contribuição que busquei em Rambach, retirou a teoria da decisão dos braços do relativismo que admite múltiplas respostas. Dentro disso, tem-se que a decisão deve ser feita por princípio e não por política ou moral. Claro: juiz não é escravo da lei. Ele não é uma alface. Mas também não é o dono da lei. Venho tentando mostrar à comunidade jurídica, tarefa que não é fácil, que a interpretação do direito é *applicatio*. E que essa *applicatio* não é nem um ato de descrição não cognitivista e tampouco um ato cognitivo irresponsável que, paradoxalmente, o transforma em um não cognitivismo como é o empirismo jurídico. Mais do que isso, venho tentando mostrar que a democracia não pode depender de gestos individuais de juízes. Se a democracia depender de atitudes ad hoc do judiciário, é porque a própria democracia fracassou. É disso que se trata fazer direito em uma democracia.

ALFONSO DE JULIOS-CAMPUZANO

Su dilatada trayectoria intelectual gira en torno a las cuestiones interpretativas, a la hermenéutica como horizonte de sentido en el cual la norma adquiere su plenitud significativa y desborda los esquemas clásicos del viejo modelo de la subsunción que reducía la aplicación del derecho a un procedimiento mecánico de naturaleza lógico-deductiva. Como alternativa a esa visión, necesariamente incompleta y sesgada del proceso de materialización social de las normas, el modelo de la ponderación ha venido a poner de relieve la necesidad de cohonstar por vía interpretativa los valores constitucionales, pues corresponde al juez determinar qué medida de satisfacción o realización de un derecho es compatible con la constitución. Ello convierte la interpretación en una actividad inagotable, pues, como ha afirmado Zagrebelsky, en El derecho dúctil, “el punto de partida se muestra siempre históricamente contingente”.

1. Profesor, usted ha sostenido un punto de vista crítico frente al modelo de la subsunción, propio del positivismo legalista, y al modelo de la ponderación, asociado a la revalorización de la actividad interpretativa y a lo que algunos autores han denominado rematerialización o remoralización del derecho (Latorre, Zagrebelsky...), como consecuencia de la incorporación de un denso contenido sustantivo en las constituciones posteriores a la segunda guerra mundial. Al hilo de ello quisiera plantearle: ¿En qué sentido ambos modelos resultan insuficientes y por qué reivindica una mediación crítica entre ambos? Si el constitucionalismo contemporáneo restablece, mediante la incorporación de los principios, la conexión entre derecho y moral, que se muestra ahora como una relación necesaria que ha de ser dilucidada en cada caso conforme a los hechos y circunstancias que

lo hacen diferente, ¿se puede decir, en alguna medida, con Viehweg en *Topik und Jurisprudenz*, que la interpretación es la búsqueda de la solución más justa para el caso concreto? Y si es así, ¿en qué medida esa apertura al horizonte axiológico de la justicia supone alguna suerte de superación del positivismo, un recurso a una instancia axiológica que, a través de los principios, conecta el derecho que es con el derecho que debe ser, de modo que, según la teoría de la decisión judicial de Dworkin, a los principios le cumple la tarea de integrar el ordenamiento jurídico en una unidad de relativa armonía?

Lenio Streck: Perfeita a colocação, professor Campuzano. O segundo pós-guerra fez uma ajuste de contas com a moral. As placas tectônicas da teoria do Direito se reagruparam. Agora a Constituição é norma. Então a moral é cooriginária ao direito. Exatamente por isso que as teorias axiologistas que pretendem interpretar a lei e a Constituição com aportes da moral, sob o argumento de valores, colocam-se na contramão da democracia. Uma democracia deve dispensar os discursos morais feitos por juízes, enfim, do judiciário em geral. Direito corrigido pela moral fragiliza a democracia. Nesse sentido, teorias como a tópica retórica continuam presas ao esquema sujeito-objeto. Ou seja, a tópica, embora trabalhe com a perspectiva de camadas de sentido retórico que visam a racionalizar a interpretação, continua apostando no protagonismo judicial. A posição que defendo não é nem o positivismo clássico ou o contemporâneo positivismo excludente, e nem tampouco os positivismos inclusivos ou as teorias da argumentação que apostam na ponderação. Talvez o grande problema da teoria do direito seja a de pensarmos que a superação do positivismo possa ser feita pela simples colocação em lugar do juiz boca da lei um juiz dos valores, da ponderação ou algo desse tipo. Ocorre que os positivismos também evoluíram. Por exemplo, mais confiável até que o neoconstitucionalismo axiologista pode ser o positivismo inclusivo, que pelo menos tem algum cuidado para a incorporação da moral a partir de fontes sociais. Minha postura é antipositivista ou não positivista, porque supera os diversos positivismos. Nem um positivismo com um olhar externo-descritivo, nem um positivismo normativo (como Juan Garcia Amado, Waldrom ou MacCormick) e também não os positivismos inclusivos. A preocupação com a teoria do direito, para mim, deve estar centrada no controle das decisões judiciais. Juiz não pode ter liberdade de decidir, mesmo que se diga que o seu livre convencimento seja motivado. Também a ponderação se mostra problemática, porque seu próprio criador diz que não pode abrir mão do poder discricionário. Além disso, a ponderação vem sendo aplicada de forma atecnica, sem passar pelas fases da teoria original. A ponderação se transformou em um instrumento para o exercício de subjetivismos. Por isso, minha *Crítica Hermenêutica do Direito* tenta fugir dos subjetivismos ao máximo. Nesse sentido, reforço o papel da doutrina, que deve fazer constrangimentos epistêmicos à jurisprudência.

2. Es reconocida su contribución a la hermenéutica en obras como *Verdade e Consenso* o *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica* en las que reivindica, sustancialmente, el método hermenéutico en la interpretación de las normas y, singularmente, en la interpretación constitucional, de modo que la norma jurídica, en cuanto unidad significa-

tiva expresada a través del lenguaje, sólo puede aprehenderse en el horizonte de sentido que le otorga la precomprensión del intérprete, y el contexto social, cultural y político en el cual se inserta. Desde ese punto de vista ha adquirido notoriedad la crítica que Jürgen Habermas ha realizado a las formas encubiertas de dominación que, como una trama, se subtienden a través de los usos lingüísticos, por lo cual ha reivindicado una hermenéutica jurídica crítica que, fiel a su cometido, depure los usos perversos del lenguaje en aras de la plena emancipación humana. La teoría consensual de la verdad de Habermas conecta, así, verdad, interpretación y consenso en el marco de una teoría crítica de la sociedad, ¿en qué sentido puede decirse que sus planteamientos concuerdan o convergen con este sugerente enfoque habermasiano?

Lenio Streck: Habermas é importante por duas razões: uma, pelo seu salto em direção a autonomia do direito e, assim, o desenvolvimento da cooriginariedade entre direito e moral. Com isso, afasta os valores, que são contingentes. Cada um tem os seus. Segundo, Habermas não confia no sujeito da modernidade. Logo, foge do protagonismo judicial. Porém, ao desonerar os juizes de fazer os discursos de fundamentação, parece transformá-lo em um juiz boca dos discursos de fundamentação. Além disso, esses Discursos de fundamentação (Begründungsdiskurs) são feitos sem situação concreta. São prévios. Isso é um problema. Neste caso, há uma mera epistemologização do discurso jurídico. O caso concreto desaparece. Surge, assim, um grave déficit hermenéutico de seu discurso. Como aplicar o direito? Como funciona uma sentença? Habermas não responde. Por outro lado, seu conceito de verdade não me parece o mais adequado. O consenso por si não pode ser o critério para a verdade. Eu diria, como repto, que a verdade é que não precisa do consenso. Mas o consenso precisa da verdade para ser um efetivo consenso e não meramente uma coisa artificial.

Por fim, considero Habermas o grande teórico da democracia do século XX. Sua aversão ao relativismo e à discricionariedade o colocam como um poderoso aliado na luta pela autonomia do direito. E nisso a hermenéutica que proponho está lado a lado com Habermas.

YURI SCHNEIDER

Qual o maior problema (ou mácula) que o positivismo jurídico (e sua discricionariedade) e a “era do principiologismo” (Verdade e Consenso) pode trazer para a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil? Seria somente a “multiplicidade das respostas” ou a possibilidade de “qualquer resposta”?

Lenio Streck: Digamos que, se positivismo entendermos o positivismo fático, isto é, o velho empirismo jurídico ou o positivismo inclusivo que anda sempre em busca de uma identidade, mas acaba incorporando a moral sem uma criteriolgia, então, sim, o maior problema é a decisão poder ser qualquer uma. O direito acaba sendo posto – e a origem da palavra positivismo vem de “eu ponho” - pelo judiciário. Dali para um positivismo jurisprudencialista é meio passo. Agora, se estivermos falando do positivismo exclusivo de Joseph Raz, a situação se altera. Para ele, o direito

reivindica autoridade. E ali não entra moral. Isso é bom. Ele não permite qualquer resposta, embora sustente não haver uma correta. A seu favor, diga-se que sua teoria é externa, descritiva. Não é normativa. Para mim, o positivismo exclusivo, em uma democracia com uma Constituição pervasiva como a brasileira, seria válido se a ele se colocasse o caráter normativo, que tinha em Austin. Mas, veja: meus elogios ao positivismo exclusivo são apenas porque o vejo como aliado para combater o estado de natureza interpretativo que se instaurou no Brasil.

2. Em sua interpretação qual a importância da teoria de Dworkin (que desacredita na possibilidade de juízes se divorciarem da razão prática) e de Gadamer (e a “destruição” método), para a concretização dos Direitos Fundamentais?

Resposta: A *Crítica Hermenêutica do Direito* incorporou elementos desses dois autores. A hermenêutica é uma das coisas mais sutis que existem, porque ela é cheia de detalhes, porque, nas mínimas coisas, estão os giros, estão as circunstâncias que fazem com que a compreensão tome um caminho ou a compreensão tome outro caminho. Eu acho que Dworkin tem uma teoria da decisão. Gadamer teria, se eu for a fundo. Eu teria que ter um auditório gadameriano só para falar sobre isso, porque eu teria que ter, digamos, uma espécie de auditório ideal para poder compreendermos que, quando Gadamer fala na autoridade da tradição e na possibilidade de verdade, ali tem a decisão. O seu antirrelativismo é a decisão, isto é, os meus pré-juízos que me constroem são a condição de possibilidade da resposta correta ou adequada, porque ele fala várias vezes, e eu descobri isso. Se você pegar uns textos meus, você vai ver as partes que eu descobri quando ele fala em resposta certa. Eu cito em alemão e depois, traduzo para o português onde ele diz quando a resposta é certa, e ele diz o seguinte: a resposta é certa quando eu já não me pergunto sobre ela. Isso é genial, porque é uma espécie assim, digamos, de uma cotidianização das perguntas e das respostas. Então, nesse sentido, seria uma teoria da decisão judicial. Mas aí para avançarmos, então, o que eu faço? Eu pego Heidegger, Gadamer, Dworkin, juntos os três e construo aquilo que chamo de *Crítica Hermenêutica do Direito - CHD*. Alguns críticos dizem que estou equivocado na relação que faço entre Dworkin e Gadamer. Sim, afirmo que a *Crítica Hermenêutica do Direito* é caudatária desses dois autores, além de Heidegger, é claro. E de Wittgenstein, naquilo que ele rejeita, nas Investigações, a linguagem privada, *locus* do solipsismo. Aliás, usar Heidegger também gera críticas, mormente de filósofos, quando dizem que Heidegger nada escreveu sobre o direito. Grande descoberta, não? Heidegger é um filósofo, assim como Descartes e Aristóteles. E o que estes escreveram sobre o direito? Filósofos compreendem o mundo. E o mundo é mais que o direito, pois não? A *Crítica Hermenêutica do Direito* funda-se numa filiação a tradição hermenêutica continental (Heidegger-Gadamer) em diálogo com alguns aportes teóricos de Dworkin. Trata-se de uma leitura que os aproxima em determinados aspectos. Estamos falando justamente disto: uma leitura. A CHD não é uma teoria heideggeriana ou gadameriana, em sentido estrito, do direito. É uma teoria jurídica que se alicerça nestas tradições. Assim também, antropofagicamente, alguns aportes da teoria integrativa de Dworkin também são trazidos para constituir um referencial comum. A partir desta imbricação, e de construções originais que fui elaborando ao longo do tempo, não se trata mais, diretamente, de Heidegger, Gadamer e Dworkin, mas

sim de uma teoria que, em certo sentido, autonomiza-se, ainda que se ancorando nestes aportes. Isto tudo para dizer que, neste caminho, em nenhum momento afirmo que Dworkin era um hermenêuta propriamente dito, no sentido de ser um caudatário desta tradição, tampouco que mesmo estando numa tradição distinta apropriou-se diretamente de todo este arcabouço a ponto de que sua teoria fosse tão-somente um desenvolvimento daquela. Todavia, mesmo conhecendo o lugar de fala de Dworkin entendo ser factível a hipótese de que houve algumas influências da tradição hermenêutica em seu empreendimento teórico, de modo que algumas interseções se evidenciam, seja diante de menções expressas ou como pano de fundo. Podemos começar discorrendo sobre a questão da historicidade da/na interpretação, como o próprio jurista norte-americano fizera no Império do Direito. Não preciso, aqui, mostrar onde isso está escrito. Todos sabemos. Trata-se de um ponto central na superação do positivismo, pois Dworkin mostra, a partir de Gadamer, que na interpretação jurídica deve haver uma fusão de horizontes, uma consciência da distância histórica entre o momento de criação e o momento da interpretação a fim de se fazer justiça ao texto (no sentido de deixar o texto dizer algo), no caso, o texto da lei ou mesmo os precedentes. Este “processo” é guiado tendo em vista o peso dos efeitos da história sobre o intérprete, o que se observa na alegoria do romance em cadeia. Na interpretação haveria sempre algo do passado com algo do presente, sendo, portanto, construtiva/criativa. Ademais, isto tudo se dá num movimento circular que articula a parte e o todo, onde tanto um como outro são constantemente modificados/atualizados.

Recordo-me de alguns autores que identificam alguns destes matizes hermenêuticos em Dworkin como Paul Ricoeur, David Ingram, Juan Carlos Bermejo, Rodolfo Arango e José Lâmega. E dentre aqueles que compõem nosso grupo de pesquisa lembro de Francisco Borges Motta, que em suas pesquisas, tanto no mestrado como no doutorado, também enfatizou estes aspectos. Na especificidade, David Ingram reconhece que Dworkin sofreu influências gadamerianas na formulação de sua teoria jurídica. Sendo o direito uma prática interpretativa, esta demandaria um *background* filosófico que afastasse a discricionariedade de leituras meramente contextualistas. Desta forma, as ideias de Gadamer como tradição e o peso da história efetual serviram de suporte para Dworkin pensar num fenômeno que se modificasse a partir de uma referência pretérita que precisaria ser levada em consideração e constantemente reconstruída. Assim, Ingram enfatiza, permito-me pegar o livro para citar: “Dworkin recorre ao filósofo alemão Hans-Georg Gadamer (1975) para explicar como um sistema jurídico evolui ao longo do tempo. Gadamer afirma que aplicar o direito a casos novos é semelhante traduzir ou interpretar um texto do passado”.

RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA

1. Lenio, nós sabemos - inclusive pelo resultado de nossas pesquisas no âmbito do PPG em Direito da Unisinos - que a pré-compreensão produz uma espécie de “benção mista”: ao mesmo tempo que viabiliza qualquer projeto interpretativo por parte daquele que quer compreender um texto, ela também demarca as estruturas fundamentais daquilo que será materializado na interpretação realizada. No plano jurídico, penso que as maiores consequências desse duplo acontecimento tenham sido identificadas por ti em dois mo-

mentos distintos de tua obra. No primeiro, quando você afirmava que não se interpreta para compreender, mas, sim, compreende-se para interpretar. Em consequência, desmistifica-se o jargão retórico presente em certo ciclo iluminista de que primeiro se decide para depois buscar-se a fundamentação técnica (como se estivéssemos a recuperar Rousseau e sua máxima: “depois que a vontade é fixada, a Razão busca os fundamentos para justificá-la); No segundo, já quando a crítica ao solipsismo metodológico no âmbito da epistemologia jurídica fica ainda mais evidente em tua obra, você parece reforçar essa primeira afirmação a partir da diferença entre decisão e escolha. Você considera possível encontrar um fio condutor entre essas questões? Ou seja, entre a compreensão como condição de possibilidade e a decisão como um ato que expressa um compromisso de um certo agente político com a sua comunidade e não simplesmente um ato de vontade? Gostaria que você comentasse um pouco mais sobre isso.

Lenio Streck: Perfeito seu comentário que introduz a pergunta. A pré-compreensão é condição de possibilidade. Ela não pode ser confundida com subjetivismo, ideologia ou qualquer vontade de poder. Um dos malefícios de uma má leitura de Gadamer e seu conceito de pré-compreensão é essa confusão. Usa-se a pré-compreensão para, com ela, dizer que na hora de interpretar, o juiz tem sempre a sua pré-compreensão. Incrivelmente usam a pré-compreensão para dizer que o juiz não é neutro. Sim, como se Gadamer fosse um ingênuo. A partir disso, procuro colocar uma correta leitura do conceito de *Vorverständnis* (pré-compreensão). Ela é estruturante. Desde sempre, falamos de um lugar. Não domino esse a priori que compartilho no plano da intersubjetividade. Ter a consciência dos efeitos que a história tem sobre mim é condição para uma adequada compreensão dos fenômenos. As coisas não são porque as quero de um modo ou de outro. A subjetividade não pode assujeitar as coisas. O solipsismo é fruto de uma barbárie interior. Você está absolutamente correto ao invocar esse mito iluminista de que o juiz primeiro decide para só depois motivar o que decidiu. Se isso for verdade, então estamos reféns da subjetividade desse sujeito moderno. Se isso for verdadeiro, o trabalho da doutrina jurídica se torna inútil. Mais do que isso, o processo penal e processo civil se tornam objetos descartáveis. Se o juiz primeiro toma a decisão e depois a fundamenta, é porque ele tem o processo como um mero elemento ornamental. Preocupados com isso, Ernildo Stein e eu fizemos, em 2004, uma conferência tratando dessa temática: interpretamos para compreender ou compreendemos para interpretar? E nossa resposta, é óbvio, foi no sentido de que necessariamente compreendemos para interpretar. Antes mesmo do conhecimento já há um algo que se me antecipa. A partir disso, posso dizer que juiz não escolhe. Na democracia, ele decide. E esse ato de decidir é um ato de responsabilidade política. Uma sentença é um ato de decisão e não de escolha. É um ato de poder, em nome do Estado. Dworkin diz que a sentença é um ato de responsabilidade política. Por isso mesmo é que a sentença não é uma mera opção por uma ou mais teses. Nesse sentido, Heinrich Rombach deixa claro que a análise autêntica do fenômeno da decisão exige um desprendimento com relação às representações e modelos habituais do fenômeno. Afirma que tanto o decisionismo irracional quanto o racionalismo – e as correspondentes teorias da decisão que se formam a partir deles

– acabam por entulhar o problema na medida em que tornam indiferentes o fenômeno da decisão e o fenômeno da escolha. Segundo o autor, decidir é diferente de escolher. E essa diferença não se apresenta em um nível valorativo (ou seja, não se trata de afirmar que a decisão é melhor ou pior que a escolha), mas, sim, estrutural. Rombach diz, textualmente: “Respostas de escolha são respostas parciais; respostas de decisão são respostas totais, nas quais entra em jogo a existência inteira”. No caso da decisão jurídica (sentença), é possível adaptar a fórmula proposta por Rombach para dizer que ela pressupõe um comprometimento por parte do agente judicante com a moralidade da comunidade política. Isso significa, em termos dworkinianos que a decisão é um ato de responsabilidade política. É por isso que a jurisdição, em um quadro como esse, não efetua um ato de escolha entre diversas possibilidades interpretativas quando oferece a solução para um caso concreto. Ela efetua “a” interpretação, uma vez que decide – e não escolhe – quais os critérios de ajuste e substância (moralidade) que estão subjacentes ao caso concreto analisado. Portanto, há uma diferença entre o decidir, que é um ato de responsabilidade política e o escolher, que é um ato de razão prática. O primeiro é um ato estatal; o segundo, da esfera do cotidiano, de agir estratégico.

2. Fale um pouco sobre a sua luta contra o solipsismo judicial.

Lenio Streck: O que tenho dito em minha teoria da decisão que devemos, fundamentalmente, evitar que a decisão seja dada por ideologia, subjetividade ou por interesses pessoais, porque esse é o espaço em que entra o sujeito solipsista mais especificamente – sim, aquele “sujeito-viciado-em-si-mesmo (*Selbstsüchtiger*) e que continua infernizando o que resta da modernidade. De todo modo, tranquilizemo-nos: o juiz não é uma figura inerte, neutra. Não, não quero – e jamais pretendi – proibir os juízes de interpretar, como alguns, equivocadamente, vivem apregoando. Portanto, não há dúvida de que pulsa um coração no peito dos juízes. Mas não é disso que se trata. Tenha-se claro, mas muito claro mesmo, que discutir teoria da decisão não tem absolutamente nada a ver com o repristinamento do juiz boca da lei ou outras coisas rasas como essa. E não percamos mais tempo com essas aleivosias. Ainda uma coisa: O sujeito solipsista que critico como o responsável pelo autoritarismo no direito age desse modo porque está escorado em uma institucionalidade, falando de um determinado lugar (o lugar da fala, em que possui o *skeptron*, em uma alegoria com Homero ou com a concha do livro *The Lord of Flies*). Uma vez inserido em uma cotidianidade – para além desse lugar e sem os atributos desse poder de fala – perde-se no entremeio de outras institucionalidades. Falo do solipsismo judicial, pois. Ele pode não ter ou sofrer os necessários constrangimentos epistêmicos na sua função. Entretanto, no cotidiano, não age desse modo. Nem pode. Caso contrário, entraria em choque com a primeira pessoa que encontrasse na rua, que não o reconhecesse. Para ser mais simples: se nos autos o juiz troca o significado dos significantes, no seu cotidiano não pode agir do mesmo modo. O que quero dizer é que esse solipsismo de que falo só o é em uma dada institucionalidade. Procurando ser mais claro ainda: Gadamer diz que, se queres compreender um texto – e textos são eventos, fenômenos – deves deixar que este, o texto, lhe diga algo. Isto quer dizer que não devemos ignorar esse grau mínimo de objetividade. É o que chamo de mínimo “que é”. Nesse sentido,

a realidade constrange. A estrutura, a intersubjetividade, a tradição, enfim, essa linguagem pública constrange a todos nós cotidianamente para evitar que saíamos por aí fazendo coisas solipsistas. Não posso trocar o nome das coisas. Não posso assujeitar as coisas. O solipsismo judicial de que falo e tanto critico vai na contra mão desses constrangimentos cotidianos, do mundo vivido. No direito, em face do lugar da fala e da autoridade do juiz, ele pensa que pode – e, ao fim e ao cabo, assim o faz – assujeitar os sentidos dos textos e dos fatos. Por vezes, nem a Constituição constrange o aplicador (juiz ou tribunal). Por isso é que digo que deixemos que os textos nos digam algo. Deixemos que a Constituição dê o seu recado. Ela é linguagem pública. Que deveria constranger epistemicamente o seu destinatário, o juiz.

VINÍCIUS MOZETIC

1. Sobre a interpretação dos Direitos Fundamentais: algumas objeções sobre a ponderação e o princípio da proporcionalidade na teoria de Robert Alexy. Seguindo a teoria de Robert Alexy, há numerosos defensores da ponderação e, concretamente, do princípio da proporcionalidade. Segundo eles, a imprecisão e indeterminação de algumas normas de direito constitucional e sua derrotabilidade no plano da jurisdição constitucional nos casos difíceis, exige um exercício hermenêutico complexo de individualização a partir das limitações externas aos princípios que se encontram em conflito. Sem dúvida, encontramos objeções, motivo pelo qual questiono o ilustre jurista. A ponderação, que é um procedimento racional para a aplicação de normas jurídicas no direito brasileiro, transformou-se em mero subterfúgio retórico, útil para justificar determinadas decisões judiciais? Por quê?

Lenio Streck: sim, a lei da ponderação foi muito mal recepcionada no Brasil. Ela foi simplificada a tal ponto que é utilizada, pelos tribunais e até mesmo por parcela da doutrina, apenas como alibi para escolher qualquer princípio (que muitas vezes nem sequer é um princípio) e decidir de maneira arbitrária. Além disso, já há precedentes no Supremo Tribunal Federal de casos em que dois ministros, utilizando a ponderação, chegam a decisões completamente diferentes. Uma julgando a favor da condenação e outra da absolvição. E estamos falando da mais alta Corte Constitucional do país. E, ainda que fosse recepcionada de forma adequada, teríamos o problema da discricionariedade às nossas voltas, pois o próprio Alexy, ao final de sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, admite uma margem de discricionariedade estrutural e epistêmica da qual o Judiciário está legitimado a decidir conforme as suas próprias convicções. Ou seja, se já não bastasse os problemas da própria teoria alexyana, ainda conseguimos importa-la de forma simplificada e deturpada, ampliando ainda mais os problemas com a interpretação jurídica no Brasil.

2. Parece-me claro que esta é uma questão filosófica, no entanto, que irradia seus efeitos sobre um segundo problema, relevante do ponto de vista do direito constitucional. Esse segundo problema diz respeito à legitimidade dos tribunais brasileiros, e, especial-

mente, o Supremo Tribunal Federal, quando diz que aplica a ponderação de princípios. Vários autores têm argumentado que a ponderação é nada mais do que um julgamento arbitrário, e que, portanto, nem os juízes da Suprema Corte têm legitimidade constitucional suficiente para implementar os princípios por este procedimento. O caminho para a “salvação” da funcionalidade do Direito e das instituições é a filosofia da constitucionalidade?

Lenio Streck: acredito que a “salvação”, se quiser chamar assim, é construirmos uma teoria da decisão judicial adequada a países de modernidade tardia como o Brasil. E isso se enquadra, sim, naquilo que Ernildo Stein chamou de Filosofia da Constitucionalidade, na Introdução do meu *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. Essa teoria deve ter como preocupação central o problema da discricionariedade, o que implica necessariamente discutirmos a relação entre Direito, Moral e Política, fundamentalmente. Não é uma tarefa fácil, mas acredito que, nessa quadra da história, o Direito adquire um acentuado grau de autonomia – através da força normativa que as Constituições Democráticas assumiram no séc. XX – que o blindava contra discursos externos (morais, políticos, econômicos, etc.). Sem isso, o Direito está lascado. E nós também.

3. Por fim, se a técnica da ponderação não pode ser considerada como a interpretação adequada para um conflito entre normas e/ou regras que afetam os direitos fundamentais no Brasil, por que ainda insistimos no erro?

Lenio Streck: a ponderação é uma lei utilizada na teoria de Robert Alexy como forma de solucionar casos em que há dois princípios em colisão. Só que ela, a ponderação, admite impasses na forma de sopesar, o que permite ao Judiciário tomar decisões arbitrárias, pois pode escolher qual dos princípios em choque terá um peso maior. Isso, por si só, já seria um grande problema, pois se trata de uma teoria que permite discricionariedade judicial e, como sabemos, isso é incompatível com a democracia e com o Estado Democrático. Queremos que as decisões judiciais sejam bem fundamentadas, isto é, tenham coerência e integridade, e não que a própria teoria do Direito autorize esse tipo de atitude. Mas a situação é muito mais grave: além de importar a teoria de Alexy, importamos de forma equivocada e simplificada. Não é raro encontrarmos na doutrina e na própria jurisprudência ponderação de regras, bens, interesses, etc. Não se sabe sequer qual é o objeto da lei da ponderação. Também não é raro decisões que apenas falam nas três submáximas da proporcionalidade, mas não realizam aquilo que Alexy impõe como dever de racionalidade de decisão. Nem sequer das duas primeiras máximas (adequação e necessidade). E, para piorar ainda mais o quadro, a ponderação ingressou no próprio Código de Processo Civil. Teremos uma “lei” (que não é nem uma regra estrito senso e nem um princípio) que diz que devemos “ponderar normas”, isto é, regras e princípios. Ora, se assim o é, o próprio Código pode ser relativizado, se colidir com outra regra do ordenamento. E a irracionalidade... não tem limites.

