

# A ILUSÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS: UMA RELEITURA CRÍTICA, A PARTIR DE STANLEY FISH, DAS TEORIAS DE PRINCÍPIOS DOMINANTES

Deborah Dettmam\*  
Jucélia de Sousa Miranda\*\*  
Nelson Juliano Cardoso Matos\*\*\*

## RESUMO

Os princípios jurídicos são manejados por diversos operadores do Direito na argumentação oral perante tribunais, nos pareceres jurídicos, nas decisões judiciais e nas diversas peças jurídicas. As teorias sobre princípios mais difundidas são de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. Entretanto, é preciso analisar a estrutura do princípio sob outro viés. Fish propôs uma releitura dos princípios ao defender que os princípios neutros não existem, ao revés, argumentou que princípios são dotados de substância, pautas e agendas políticas voltadas a fundamentar as próprias preferências. Nesse cenário, a presente pesquisa analisa o problema com os princípios, a partir da teoria de Stanley Fish. Para tanto, retoma-se as teorias dos princípios de Ronald Dworkin e de Robert Alexy; trabalha-se o problema dos princípios para Stanley Fish e as críticas apresentadas a Fish. Para concretizar esses objetivos, foi realizada abordagem hipotético-dedutiva e foram utilizadas fontes primárias e secundárias com apoio da análise de conteúdo em perspectiva interpretativa e crítica, em busca de resultado qualitativo. O estudo demonstrou que, embora o problema com os princípios de Fish exista, a teoria propõe uma releitura, bem como uma análise do conteúdo dos princípios, dotados de preferências, para incidência dos princípios nos casos concretos e para que possam ser aplicados de forma geral.

**Palavras-Chave:** Princípios jurídicos. Stanley Fish. Neutralidade. Interpretação constitucional.

## 1 INTRODUÇÃO

A teoria de Stanley Fish não é conhecida no Brasil como as teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. Fish é conhecido no debate com Dworkin sobre o tema da interpretação. O debate ocorre após a publicação do ensaio *Law as Interpretation*

---

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR, Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE, Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UNB e Professora Adjunta do Departamento de Ciências Jurídicas da UFPI.

\*\* Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito (*Strictu Sensu*) da Universidade Federal do Piauí – UFPI, na área de concentração Direito, Democracia e Mudanças Institucionais. Especialista em Direito Processual Penal pelo Centro Universitário Uninovafapi. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninovafapi. Assessora Jurídica.

\*\*\* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UnB e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Na UFPI, foi Pró-Reitor de Ensino de Graduação, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito, Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas (Faculdade de Direito), Coordenador do Curso de Graduação em Direito, Diretor do Centro de Ciências Humanas e Letras, Coordenador do República - Núcleo de Pesquisa Jurídica. Foi Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PI, Presidente da Academia Piauiense de Letras Jurídicas, Coordenador do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília e Diretor Científico da Associação Brasileira de Ensino do Direito.

(1982) por Dworkin, posteriormente publicado com o título *How Law is like literature* no livro *A Matter of Principle* (1985) ao que Fish contrapõe no ensaio denominado *Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature* (1982). Dworkin respondeu Fish no artigo *My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More* (1983) e Fish continuou o debate em *Wrong Again* (1983) e *Still Wrong After All these Years* (1987). No entanto, o presente trabalho se debruçou sobre a obra *The trouble with principle* (1999), posterior ao debate mencionado. *The trouble with principle* é citado pela doutrina brasileira em algumas escassas oportunidades e de modo incipiente. Essa escassez já evidencia a necessidade de compreensão das ideias de Fish.

Os princípios jurídicos são manejados, naturalmente, por todos os operadores do Direito no cotidiano forense. É habitual a utilização de princípios jurídicos nas sustentações orais, nos pareceres, nas petições iniciais, nas alegações finais, nos recursos, nos despachos nas sentenças, nos acórdãos etc. Não raro, os princípios jurídicos também são mencionados nos noticiários quando constam em decisões judiciais envolvendo agentes políticos ou pessoas famosas.

Na obra *The trouble with principle*, Stanley Fish teceu críticas aos princípios jurídicos, defendido pelos teóricos liberais, no qual se enquadra Dworkin, porque considerou que não há princípios neutros. Ao contrário, para Fish, os princípios são dotados de substância, pautas e agendas voltadas a fundamentar as próprias preferências individuais, notadamente morais e políticas.

Por outro viés, os conceitos de princípios mais difundidos e conhecidos são de Ronald Dworkin e de Robert Alexy que estruturaram os princípios como instrumento de auxílio na interpretação constitucional da legislação, a corroborar assinalar contrapontos e diferenças entre os autores descritos. Nesse contexto, a análise de Fish ainda que refutada por outros teóricos, propõe uma releitura pouco notada ou ignorada pelos operadores do Direito, que é a possibilidade de os princípios serem utilizados para interesses particulares, isto é, para qualquer agenda moral ou partidária.

Este artigo tem por objetivo analisar o problema com a utilização dos princípios. A justificativa da pesquisa consiste na necessidade de compreender o problema com os princípios jurídicos em razão dos diferentes aspectos que os princípios podem ter e dos aspectos que os permeiam. Para alcançar tal objetivo, serão retomados os conceitos de princípios para Dworkin e Alexy, será apresentado

o problema com os princípios de Fish e as críticas a sua teoria. Para atingir esses objetivos foram realizadas pesquisas exploratórias, empregada abordagem hipotético-dedutiva e utilizada fontes primárias e secundárias, com o suporte da análise de conteúdo interpretativo e crítico, em busca de resultado de natureza qualitativa.

## **2 AS TEORIAS DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO ÚLTIMO QUARTO DO SÉCULO XX**

O movimento teórico que solidificou o papel dos princípios jurídicos é multifacetado, mas pode ser exemplificado pelas contribuições estruturais de Ronald Dworkin, na obra *Levando os Direitos a Sério*, publicada pela primeira vez em 1997, e de Robert Alexy, na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, publicada pela primeira vez em 1985, que dominaram o debate metodológico e constitucional no último quarto do século XX.

Dworkin (2002, p. 27, 35-36), em *Levando os Direitos a Sério*, estruturou sua teoria como uma crítica direta ao positivismo jurídico, citou expressamente a base em que a desenvolveu: contrapondo-se a teoria de Herbert L.A. Hart. A crítica de Dworkin (2002, p. 35-36) ao positivismo decorre da insuficiência da legislação para resolver os casos complexos. Nessa linha, ele introduziu a distinção entre regras, princípios e políticas (objetivos).

A política ou os objetivos de Dworkin (2002, p. 36) são os objetivos que o Estado se compromete a alcançar e que trazem consigo melhorias para a comunidade. Pode-se citar como exemplos as melhorias na educação e na saúde, a depender, como mencionado, dos objetivos de cada Estado. No Brasil, pode-se considerar como política aqueles direitos de conteúdo programático expressos na Constituição Federal de 1988 (art. 6º). Em outras palavras, objetivos são opções circunstanciais da maioria a ser realizados pelos políticos. Se os políticos não as realizam, os cidadãos que os troquem. Os objetivos são direitos, mas não são concretizados pelo judiciário, mas sim pelo executivo. A alocação da política como um dos elementos da norma difere de outras classificações como a de Alexy.

As regras possuem determinações específicas, ou seja, estabelecem o que pode ou o que não pode e suas correspondentes exceções. Se conflitarem, são aplicáveis ao caso ou não, isso significa que uma delas é válida e a outra não (Dworkin, 2002, p. 39, 43). É o famoso tudo ou nada, de modo que, quando aplicável, advém as consequências da regra e quando não aplicável a regra não influi ou incide

no caso. De forma a se aproximar dos princípios, as regras, em tese, podem ser mais importantes que outras, a depender de seu papel na regulação do comportamento, mas, no mesmo sistema jurídico as regras não podem estar em conflito, sob pena de invalidade. Os conflitos entre regras são resolvidos em razão da superioridade de quem emanou a norma, regra mais recente, a mais específica ou outros critérios do gênero, a exemplo da regra sustentada por princípios mais importantes – adotada nos Estados Unidos da América (Dworkin, 2002, p. 39, 43).

O princípio é um padrão que deve ser seguido, porquanto “*é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade*” (Dworkin, 2002, p. 36). Os princípios (e as políticas) são padrões que operam de forma diferente. Os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância (*weight*), e em casos de conflito, quando princípios se inter cruzam no caso concreto, o juiz deve ponderar o peso de um princípio em desfavor de outro, sem que um invalide o outro.

Um princípio pode ser decisivo em um caso e pode não prevalecer em outro caso (Dworkin, 2002, p. 41-42). Dworkin aduziu que os princípios possuem direcionamento, mas ainda necessita de um direcionamento específico nos casos concretos (Dworkin, 2002, p. 41). Princípios são preceitos de justiça para proteger direitos básicos, são positivados, são destinados para todos os indivíduos, são usufruídos igualmente por todos. Ele cita como exemplo de princípio a liberdade. Isto é, são comandos de moralidade e justiça, aplicável igualmente para todos.

Para Dworkin (2002, p. 36, 143), a diferença entre princípios e políticas (*policies*) é que os princípios se referem a direitos e deveres individuais, enquanto as políticas buscam alcançar objetivos coletivos (como o bem-estar geral ou a eficiência). Os direitos individuais são concebidos como trunfos (*trumps*) dos indivíduos contra o Estado, que impedem o governo de privar uma pessoa desses direitos, mesmo que isso seja do interesse geral. Assim, a concepção de Dworkin sobre esses direitos contrapõe-se ao utilitarismo de Bentham e ao positivismo de Hart (Dworkin, 2002, p. 561-563).

A teoria de Dworkin (2002, p. 279-282) postula um direito fundamental à igual consideração e respeito (*right to equal concern and respect*). Este direito abstrato é o mais fundamental de todos, é a fonte tanto da autoridade geral dos objetivos coletivos quanto das restrições especiais usadas para justificar direitos mais particulares. O papel do juiz, especialmente em casos difíceis (*hard cases*), é descobrir, e não inventar, os direitos das partes, construindo um esquema de princípios que forneça

uma justificação coerente de todo o ordenamento jurídico (Dworkin, 2002, p. 28, 49, 127, 181-182, 430).

Nessa senda, a ideia de princípio surge com Dworkin para resolver problemas para os quais não há legislação, vez que não poderia deixar de resolver um problema em razão da ausência ou insuficiência da legislação. Assim, ele elencou a existência de princípios para resolvê-los. Para Dworkin, a ineficiência do sistema de regras de Hart é que permite a existência dos princípios. Dessa forma, nos casos difíceis (*hard cases*), que não há uma regra clara, os juízes dispõem e recorrem aos princípios para justificar a adoção e aplicação de uma nova regra (Dworkin, 2002, p. 46, 54-55, 128).

Dworkin (2002, p. 43-44) defendeu que, não raro, é difícil fazer a distinção entre regras e princípios. Ele exemplifica com a Primeira Emenda à Constituição de 1787 dos Estados Unidos da América que versa sobre a proibição do Congresso de ceifar a liberdade de expressão. Pode-se depreender que Dworkin apresentou, ainda que de forma incipiente a dificuldade com os princípios, porquanto o conteúdo de ambos pode ser similar e os princípios dão essa margem.

Diferentemente de Dworkin, Robert Alexy (2015, p. 85, 90-91, 575, 588) estruturou uma teoria baseada nos direitos fundamentais na qual a norma é gênero, da qual emanam apenas duas espécies: as regras e os princípios. Alexy (2015, p. 85, 90, 575, 588) definiu que as regras incluem determinações possíveis de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas e são normas que, se válidas, "*sempre ou são satisfeitas ou não o são*" (Alexy, 2015, p. 91).

Já os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, são comandos de que as coisas devem ser realizadas com seu maior potencial de acordo com as circunstâncias existentes (Alexy, 2015, p. 103-104). O princípio é maleável, ele não dá comandos específicos, mas comandos abertos. Para Alexy, os princípios são pontos a serem alcançados, solução perfeita distante, chega mais próximo do ideal de solução. No caso de conflito entre princípios, prevalece aquele que consegue ser mais eficiente ou entregar mais. Os princípios devem ser ponderados para que sejam mais eficientes e devem ser concretizados, ainda que por intermédio do judiciário (Alexy, 2015, p. 27, 90).

Para Alexy (2015, p. 25-26, 92-94, 104) as regras são bem específicas, bem detalhadas, enquanto os princípios são metas impossíveis de serem alcançadas plenamente. Assim, na estruturação de sua teoria princípios conversam com princípios e regras conversam com regras.

Alexy (2015, p. 90-93) utiliza critérios para diferenciar regras e princípios e o principal critério é o qualitativo. A diferença entre eles pode ser visualizada claramente no caso de colisão. No caso de colisão entre regras, esse conflito só pode ser afastado no caso por uma cláusula de exceção à própria regra ou uma delas será inválida, não há gradação. Para determinar qual regra será declarada inválida utiliza-se os critérios de especialidade e da lei mais recente (critério cronológico).

A estrutura dos princípios, como mandamentos de otimização, implica que as colisões entre eles devem ser resolvidas por meio do sopesamento, ponderação ou precedência (2015, p. 93-94, 97, 568-569), procedimento dinâmico, baseado mais na racionalidade do que em interpretações:

O modelo fundamentado apresentado aqui evita uma série de dificuldades que estão freqüentemente associadas ao conceito de sopesamento. Ele faz com que fique claro que o sopesamento não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro "de forma precipitada".<sup>231</sup> De acordo com esse modelo, o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada (Alexy, 2015, p. 273).

Nessa linha, a lei de colisão exige que, em um caso concreto, a satisfação de um princípio justifique o grau de não-satisfação do princípio colidente (Alexy, 2015, p. 173). Alexy (2015, p. 153) argumenta que essa estrutura de ponderação (o modelo de princípios) e o modelo de valores são essencialmente iguais, diferindo apenas porque o primeiro se situa no âmbito deontológico (dever-ser) e o segundo no axiológico (bom).

A teoria dos princípios, ainda que imperfeita, é fundamental para a racionalidade da argumentação jurídica e fornece a base para uma teoria normativa-material dos direitos fundamentais ao transformar o sistema jurídico em um sistema aberto perante a moral e a justiça. A máxima da proporcionalidade (com suas máximas parciais de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) define o que deve ser compreendido por otimização na teoria dos princípios. Embora o sopesamento não determine o resultado de forma unívoca, ele impulsiona a fundamentação na direção de uma estrutura racional, acessível a controles intersubjetivos (Alexy, 2015, p. 543). Essa concepção é problemática, à luz de Fish, conforme se verá mais à frente.

Nota-se, portanto, que a compreensão dos princípios de Dworkin estabeleceu a ideia de que são normas abertas cuja indeterminação estrutural atrai a utilização de princípios. Nesse ponto, Alexy aduziu que tal variação deve ser enfrentada por meio de argumentação racional e ponderação, integrando critérios de moralidade política e coerência institucional.

Verifica-se, assim, que enquanto para Dworkin há princípios, regras e objetivos (políticas ou objetivos políticos), de modo que princípios são diretrizes morais de justiça; objetos políticos são metas sociais, econômicas e culturais que se quer atingir e regras são determinações específicas; os objetivos constituem princípios para Alexy, que estrutura as normas em regras e princípios.

### **3 O PROBLEMA DOS PRINCÍPIOS PARA STANLEY FISH: OS PRINCÍPIOS COMO VASOS VAZIOS**

Stanley Fish nasceu em 19 de abril de 1938, em Providence, Rhode Island, EUA, estudou na Universidade da Pensilvânia (Bacharelado em 1959) e na Universidade de Yale (Mestrado em 1960; doutorado em 1962). Lecionou na Universidade da Califórnia em Berkeley, na Universidade Johns Hopkins, na Universidade Duke, na Universidade de Illinois em Chicago e na Universidade Internacional da Flórida em Miami. Foi reitor emérito da Faculdade de Artes e Ciências da Universidade de Illinois em Chicago. É autor de mais de duzentas obras. Stanley Fish é um crítico literário especificamente associado à crítica de resposta ao leitor; ao neopragmatismo, no qual a prática crítica prevalece sobre a teoria; e às relações interpretativas entre literatura e direito. Ele é frequentemente associado às correntes do pós-estruturalismo, do pragmatismo e do antifundacionalismo, desafiando a ideia de verdades universais. Escreveu na coluna Opinião do jornal *The New York Times*<sup>6</sup>.

Stanley Fish (2001, p. 285-286) aborda as teorias dos princípios com profundo ceticismo, rejeitando o projeto do que ele chama de Liberalismo com "L" maiúsculo, o qual busca isolar um espaço de decisão pública livre de crenças metafísicas ou visões abrangentes. Para Fish, essa busca é impossível. Rememore-se que Dworkin, atrelado ao liberalismo, defendeu que princípios possuem notório conteúdo de justiça, equidade ou moralidade.

---

<sup>6</sup> Disponível em: <https://www.britannica.com/science/stylistics>.

A ideia nuclear de *The trouble with principle* de Stanley Fish (2001) é que não existem princípios neutros. A neutralidade é um mito, uma construção retórica que mascara a política inerente a todas as escolhas e a todas as estruturas de pensamento. Na mencionada obra, Fish (2001) objetiva desconstruir a noção de que existe um ponto de vista externo ou objetivo a partir do qual se possa avaliar ou arbitrar disputas de valor.

Fish (2001, p. 2) afirma que princípios não existem e que muitas coisas ruins são feitas em seu nome. Fish (2001, p. 141), reconheceu que pode parecer contraditório algo não existir, mas ter consequências e pontuou que abstrações como justiça, imparcialidade, neutralidade, respeito mútuo e razoabilidade sempre e necessariamente partirão do ponto de vista de suposições substantivas não examinadas sobre como a vida é ou deveria ser e qualquer tentativa de definir ou dar conteúdo a tais abstrações são contestáveis.

Essas suposições não contestadas ou reconhecidas resultarão em conclusões que supostamente estão sendo geradas pela lógica do princípio. Em outras palavras, a busca por princípios ou normas que sejam neutros, indiferentes a resultados particulares, que não favoreçam ninguém e respeitem a todos é fundamentalmente equivocada e impossível de ser alcançada (Fish, 2001, p. 3-4). Assim, toda tentativa de definir um princípio ou uma abstração (como justiça, igualdade, liberdade) é contaminada por pressupostos e interesses substantivos, que são, em última análise, os verdadeiros geradores das conclusões (Fish, 2001, p. 9).

Fish (2001, p. 140-143) fez uma análise crítica e ampla dos princípios na política, no direito e na moral e apontou problemas. Princípios seriam regras imparciais que não possuem uma visão de mundo específica, por exemplo: tratar a todos da mesma forma, mas Fish argumenta que não há princípios isentos, sem quaisquer preferências ou justificativas por trás, ao revés, sempre há alguns valores, agendas, convicções incluídas nas preferências. As palavras que se utilizam para falar de neutralidade já são carregadas com ideias sobre o que elas devem significar. Princípios gerais, para serem gerais, precisam ignorar tudo o que é particular (raça, gênero, classe, religião, orientação sexual, realizações, falhas, valor social, mérito moral).

Peter Westen, citado por Fish (2001, p. 142-143), resumiu essa ideia em relação à igualdade: a igualdade é um vaso vazio (*empty vessel*) sem conteúdo moral substantivo próprio. Dessa forma, sem padrões morais, a igualdade não tem sentido,

e com padrões morais, é supérflua, pois apenas repete o que já se sabe. O mesmo argumento se aplica à liberdade de expressão e à justiça.

Fish (2001, p. 10-12) complementou a crítica com a *posição original* e o *véu da ignorância* de John Rawls, que buscam abstrair-se das contingências do mundo social. Essa generalidade, ao esvaziar a vida humana de seus atributos mais significativos, leva a incapacidade de fazer distinções morais relevantes. Para Fish, Rawls é o liberal que busca um consenso racional que acaba por excluir as visões que não se encaixam em sua própria racionalidade.

A teoria que busca fundamentar-se em princípios neutros é incoerente e vazia, servindo apenas como uma estratégia retórica para vestir agendas substantivas e políticas com a roupagem da legitimidade universal (Fish, 2001, p. 3). Um exemplo dado por Fish é o de *Plessy v. Ferguson*, no qual a decisão da maioria é citada como um exemplo de como princípios neutros foram usados para esconder uma agenda discriminatória. A corte alegou que a lei da Louisiana não discriminava, pois prescrevia uma regra aplicável tanto a cidadãos brancos quanto a negros. O juiz Harlan, em sua dissidência, expôs essa dissimulação, afirmando que todos sabem que o estatuto em questão teve sua origem no propósito, não tanto de excluir pessoas brancas dos vagões de trem ocupados por negros, quanto de excluir pessoas de cor dos carros ocupados ou designados para pessoas brancas (Fish, 2001, p. 5, 26-27). Ele contrapôs diretamente a retórica da neutralidade utilizada pela *Federalist Society* em debates sobre ação afirmativa e direitos de grupo. O argumento da cegueira da cor (*color-blindness*) era usado para desmontar políticas raciais corretivas (ação afirmativa), sob o pretexto de um princípio da igualdade (formal) para justificar a segregação (Fish, 2001, p. 22).

Fish (2001, p. 26-27) criticou a busca de Herbert Wechsler por princípios neutros que justificassem a decisão de *Brown v. Board of Education*. Wechsler estava incomodado com o fato de o caso Brown ser uma decisão orientada para o resultado e não por um princípio indiferente a resultados particulares. Fish (2001, p. 6, 28) asseverou que a doutrina dos princípios neutros exige que se esvazie o conteúdo histórico e moral das situações, tornando desejos opostos (como o de escapar da opressão e o de manter vantagens) equivalentes.

Outro ponto aventado é que juízes e teóricos liberais frequentemente empregam a retórica do arrependimento, expressando desaprovação por certas ações ou discursos que, no entanto, os permitem em nome de princípios abstratos. Isso é

evidente no caso *Skokie (Collin v. Smith)*, no qual o tribunal declara-se neutro em relação a questões morais porque sob a Primeira Emenda não existe tal coisa como uma ideia falsa. No ponto, o juiz Pell caracterizou as crenças neonazistas como repugnantes aos valores centrais da civilização, a revelar a incoerência entre o discurso de neutralidade e as convicções substantivas subjacentes (Fish, 2001, p. 78-79, 87-88). Fish (2001, p. 46) criticou essa atuação que ignora o medo real e o trauma, especificando que há uma desconexão entre a realidade e o contexto específico com danos concretos.

Além disso, para Fish (2001, p. 25-26), a linguagem da neutralidade e da imparcialidade é frequentemente empregada para justificar decisões que já são politicamente motivadas. Juízes, por exemplo, podem usar a retórica da aversão pessoal para se abster de intervir em casos de discurso de ódio, mesmo que reconheçam os danos, pois qualquer intervenção seria vista como uma violação da imparcialidade e essa suposta imparcialidade permite que os proponentes de uma agenda específica imponham suas visões enquanto negam que o estão fazendo.

Essa postura indiferente é usada para evitar julgamentos morais, como no caso *American Booksellers Association, Inc. v. Hudnut*, no qual uma lei antipornografia foi derrubada porque consagrava na lei uma visão particular das mulheres – a visão de que são seres humanos e não objetos sexuais – contra a visão alternativa encontrada na pornografia. Fish (2001, p. 42) também chama essa atuação de retórica do arrependimento e afirmou que tal retórica do arrependimento denota o multiculturalismo. Isso demonstra como os princípios neutros podem ser usados para a proteção da moralidade e para proteger discursos de ódio em clara contradição.

Se não há princípios neutros, então a vida social e política é caracterizada por um conflito inerente e perpétuo entre doutrinas concorrentes. Esse estado de pluralidade fundamental é a condição de partida. As alianças são temporárias, e o conflito está sempre próximo. A única maneira de lidar com o conflito é por meio de decisões políticas, que são necessariamente parciais, e não por meio de uma razão universal que supostamente transcendem as paixões e interesses. Fish (2001, p. 141-142) insiste que tudo é política e que a política não é a mera implementação de preferências nuas. Em vez disso, princípio e substância vêm sempre misturados.

Para Fish (2001, p. 3-4, 290), o valor dos princípios não está na sua alegada neutralidade, mas sim na sua utilidade política e retórica, porquanto os princípios não possuem o poder restritivo que afirmam ter (são vazios), mas carregam o nome de

restrições (as pessoas esperam algo determinado ao invocá-los), eles podem fazer com que um argumento pareça ter um suporte maior ou mais profundo do que o impulso substantivo que realmente o sustenta. Princípios neutros seriam verdadeiramente neutros ou gerais se pudessem ser aplicados, sem variações, a todos os casos e que não sucumbem a apelos particulares (Fish, 2001, p. 9).

Observa-se que a ideia de princípios e sua aplicação nos casos concretos diferem entre Dworkin e Alexy. Enquanto para Dworkin os princípios são normas de aplicação para os casos de insuficiência ou ausência da legislação, Alexy propôs o manejo dos princípios como instrumento de resolução de conflitos entre direitos fundamentais baseados em critério pré-definidos, já para Stanley Fish os princípios não possuem essas aptidões, ao que ele adverte pela necessidade de discutir o que está por trás dos princípios, que são veículos vazios, e se estabeleçam previamente seus pesos (a moralidade dos fins), se examinem as pré-suposições sobre como a vida é ou deveria ser, sempre considerando as consequências do caso concreto, porque a neutralidade absoluta é impossível e o raciocínio baseado em fins é inevitável.

#### **4 OS PROBLEMAS DA TEORIA DE STANLEY FISH AO CONSIDERAR OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS VASOS VAZIOS: CRÍTICAS E REFUTAÇÕES**

Não obstante a crítica de Stanley Fish (2001, p. 228) exponha a natureza política e retórica da argumentação principiológica, a desconsideração dos princípios no sentido estrutural de Dworkin e Alexy apresenta problemas significativos para a teoria e a prática jurídica.

John S. Brady (2006, p. 374-375), afirmou que o ataque de Fish pode ser concatenado em três eixos, a dizer, na historização dos princípios liberais e na sua capacidade de servir como padrões neutros na resolução de lides, na concepção de princípios morais baseados em crenças e não em racionalidade e que as crenças não são corrigíveis e são imunes à mudança pela razão pública.

Brady (2006, p. 375) aduziu que a teoria de Fish é incoerente e criticou a suposta incorrigibilidade das crenças e a parcimônia da teoria de Fish. No ponto, Brady argumentou que a insistência de Fish na incorrigibilidade das crenças leva a uma descrição contraditória da esfera pública e de sua função no debate democrático e moral. A parcimônia, por sua vez, depende de suposição não realista acerca da

dúvida moral de cada pessoa e da existência de divergência moral dentro de comunidades de interpretação.

Nessa perspectiva, Brady (2006, p. 376) também pontuou que o panorama de Fish pode apresentar um desafio à tese democrática deliberativa em decorrência da ausência de arena comum para debates e acordos. Essa ausência é fundamentada, conforme a teoria de Fish, na neutralidade e universalidade dos princípios. Isso porque, se não há princípios neutros, não é possível alcançar uma agenda comum do liberalismo sustentada por princípios como justiça, imparcialidade e respeito mútuo, porque a substância dos princípios tenderá, sempre, a refletir as preferências ou compromissos éticos dos indivíduos envolvidos. Nesse ínterim, a necessidade de neutralidade dos princípios em relação à política foi combatida Brady:

Contra Fish, politics is not opposed to the search for neutral principles, but an integral component in this search. There is no final way to know which argument is 'really' the better argument, except to see which fares over time in the rough and tumble of public argumentation.<sup>11</sup> We can attain a level of intersubjective recognition for truth claims, but this must always be part of a process, one that is on-going and is accomplished by "rationally persuading one audience after another that it is 'reasonable' to accept them, that is, that there are good reasons for doing so, better reasons than for accepting any of the available alternatives" (Brady, 2006, p. 377) (tradução livre: Ao contrário do que afirma Fish, a política não se opõe à busca por princípios neutros, mas é um componente integral dessa busca. Não há maneira definitiva de saber qual argumento é "realmente" o melhor, exceto observar qual deles prevalece ao longo do tempo no tumulto da argumentação pública. <sup>11</sup> Podemos alcançar um nível de reconhecimento intersubjetivo para as afirmações de verdade, mas isso deve sempre fazer parte de um processo contínuo e realizado por meio da "persuasão racional de um público após o outro de que é 'razoável' aceitá-las, ou seja, que há boas razões para fazê-lo, melhores razões do que para aceitar qualquer uma das alternativas disponíveis").

Observa-se que, embora Brady ataque o argumento de Fish, parte do argumento de Brady se coaduna em parte com a ideia de que se deve investigar o que há nas pressuposições dos princípios de Fish.

Para Brady (2006, p. 379-380), as divergências de opinião não constituem impedimento para o acordo moral, mas sim um caminho intrínseco dele. A discordância é a trilha que moldará o argumento moral útil, de modo que os desacordos são corrigíveis, ao contrário do que alega Fish. Por outro lado, Brady não

desconhece o argumento de Fish de que, no caso da impossibilidade da conversa razoável entre grupos distintos, porque estes já possuem vieses decorrentes de sua socialização em um sistema peculiar.

Ao analisar a crítica de Fish aos liberais como Dworkin, pela busca por princípios para fundamentar soluções transcendentais aos conflitos, quando a inexistência dos fundamentos é constitutiva dos conflitos que o liberalismo quer resolver (Strauber, 2002, p. 388), Ira L. Strauber (2002, p. 391), afirmou que Fish o fez repensar seus pontos de vista e aqueles que não o aprovam são, no mínimo, fortes em suas próprias crenças, a evidenciar que Fish propõe uma releitura dos princípios não totalmente ilusória.

Por seu turno, Leon Harold Craig, criticou o argumento de Fish de que os princípios possuem consequências ruins. Para Craig (2001, p. 1086), essa alegação não é muito clara, porque Fish apenas caracteriza algumas consequências e se recusa a disponibilizar as bases para correção desses problemas. Craig explicou que se Fish assim o fizesse, seria contraditório com sua tese principal, pois Fish seria parcial ao expor suas preferências individuais.

Para Craig (2001, p. 1087), a afirmação de Fish de que tudo é política é quase vazia, quase em razão da afirmação “de que os humanos são políticos por natureza”. E também porque a abstração niveladora de Fish ignora todas as diferenças (políticas e morais), ainda que com bons propósitos, já que Fish critica os liberais e a neutralidade.

Ao se recusar a reconhecer que há uma razão válida em todas as pessoas, que exerce poder sobre elas e argumentou que as razões são baseadas em fins, Fish evidenciou que suas declarações são místicas (Craig, 2001, p. 1088). Assim, Craig asseverou que *“Fish's view, however, is untempered by any Sokratic humility, and so is a good deal more "pro-active" (tradução livre: A visão de Fish, no entanto, não é temperada por qualquer humildade socrática e, portanto, é muito mais “proativa”)* (Craig, 2001, p. 1089). Então Craig aduziu que a preocupação de Fish é falsa:

Be that as it may, Fish's disclaimer is disingenuous. His entire book is a condemnation of liberals' passivity and an exhortation to them to take the gloves off: to stop trying to be so fair to their opponents, to regard them instead as "enemies," and to take whatever action furthers the ends Fish himself repeatedly endorses. And here one cannot help but admire how Fish consistently manages to have it both ways: cleverly revealing shortfalls - not to say, gaping lacunae and absurdities - in the

reasoning of leading liberal theorists, while nonetheless subscribing to all their favourite causes ("academic freedom"; 19 multiculturalism; 20 suppressing "hate speech"; 21 affirmative action, 22 etc.). (tradução livre: Seja como for, a advertência de Fish é falsa. Todo o seu livro é uma condenação da passividade dos liberais e uma exortação para que eles tirem as luvas: parem de tentar ser tão justos com seus oponentes, passem a considerá-los "inimigos" e tomem todas as medidas que promovam os fins que o próprio Fish defende repetidamente. E aqui não se pode deixar de admirar como Fish consegue consistentemente ter as duas coisas: revelando habilmente as deficiências — para não dizer lacunas e absurdos evidentes — no raciocínio dos principais teóricos liberais, ao mesmo tempo em que subscreve todas as suas causas favoritas ("liberdade acadêmica"; 19 multiculturalismo; 20 supressão do "discurso de ódio"; 21 ação afirmativa, 22 etc.)). (Craig, 2001, p. 1089-1090).

Percebe-se que Craig, embora elogie parte dos argumentos da teoria dos princípios de Fish, pontuou a contradição existente na própria indicação da deficiência dos princípios, que revelam as suas preferências.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fish chama atenção para algo que todos sabem, mas que muitas vezes é esquecido ou ignorado: que todas as pessoas tendem a defender suas agendas, suas pautas políticas e morais. Quando se discute sobre princípios não é diferente. Para Fish, princípios neutros não existem. Na verdade, eles são dotados de conteúdo imbuído de substância que reflete a agenda política e moral e que podem ser até contraditórios. Dworkin defendeu que o princípio se trata de um instrumento de justiça, equidade ou aspecto da moralidade. O alerta de Fish é o problema de princípios supostamente neutros, com os substratos indicados pelos teóricos liberais, que podem comportar, como recipientes vazios, qualquer direcionamento. Por outro lado, Fish tenderia a concordar com Alexy ao dar peso aos princípios. Na verdade, Fish propõe exatamente a análise prévia e atribuição de conteúdo claro aos princípios.

No Brasil, podem ser citados diversos exemplos de princípios no quais os operadores do Direito fazem uso para defender uma pauta, de um lado, e, do outro lado, contrapõem os mesmos princípios. Um princípio que pode ser descrito no sentido de Fish é o princípio do melhor interesse da criança previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n 8.069/1990) e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil pelo Decreto 99.710/90. Esse

princípio é descrito pela doutrina por sua extrema vagueza e como cavalo de troia, que permite ao intérprete incluir em tal princípio qualquer coisa, inclusive ruins para a criança. Assim, a teoria de Fish não é, de todo, radical. Como confessou Strauber, a dificuldade com os princípios existe e ela atrai uma reflexão sobre a utilização indiscriminada dos princípios.

O trabalho de Fish, não isento de críticas, é um chamado para reflexão para que os operadores do Direito repensem se não estão a colocar nos princípios toda as suas razões morais e, ao mesmo tempo, ignorar razões morais de outrem igualmente válidas. E mais, ao propor a análise do que deve se o conteúdo dos princípios, Fish direcionou para um mecanismo que melhoraria a segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRADY, John S. Incurrigible Beliefs and Democratic Deliberation: A Critique of Stanley Fish. **Constellations**, v. 13, n. 3, p. 375-384, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CRAIG, Leon Harold. The Trouble with Principle, by Stanley Fish (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999). **Alberta Law Review**, v. 38, n. 4, p. 1085-1095, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FISH, Stanley. **The Trouble with Principle**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001.

STRAUBER, Ira L. The Trouble with Principle (review). **Rhetoric & Public Affairs**, v. 5, n. 2, p. 388-391, Summer 2002. Review. Published by Michigan State University Press. DOI: 10.1353/rap.2002.0032.

**THE ILLUSION OF LEGAL PRINCIPLES: A critical reinterpretation, based on Stanley Fish, of dominant principle theories**

## ABSTRACT

Legal principles are used by various legal practitioners in oral arguments before courts, in legal opinions, in judicial decisions, and in various legal documents. The most widely

known theories on principles are those of Ronald Dworkin and Robert Alexy. However, it is necessary to analyze the structure of the principle from another perspective. Fish proposed a reinterpretation of principles by arguing that neutral principles do not exist; on the contrary, he argued that principles are endowed with substance, guidelines, and political agendas aimed at substantiating one's own preferences. In this scenario, the present research analyzes the problem with principles, based on Stanley Fish's theory. To this end, we revisit the theories of principles of Ronald Dworkin and Robert Alexy; we work on the problem of principles for Stanley Fish and the criticisms presented to Fish. To achieve these objectives, a hypothetical-deductive approach was used, and primary and secondary sources were used with the support of content analysis from an interpretive and critical perspective, in search of qualitative results. The study demonstrated that, although there is a problem with Fish's principles, the theory proposes a reinterpretation, as well as an analysis of the content of the principles, endowed with preferences, for the application of the principles in specific cases and so that they can be applied in general.

**Keywords:** Legal principles. Stanley Fish. Neutrality. Constitutional interpretation.