



## O PANPRINCIPIOLOGISMO COMO PROPULSOR DA ARBITRARIEDADE JUDICIAL E IMPOSSIBILITADOR DA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

PANPRINCIPIOLOGISM AS IMPELLER OF JUDICIAL  
ARBITRARINESS AND HOW IT MAKES IMPOSSIBLE THE  
EFFECTUATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

---

**Suelen da Silva Webber**

Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Capes 6), na linha 2-Sociedade Novos Direitos e Transnacionalização. Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Capes 6). Desenvolve pesquisas na área de Teoria do Direito, Sociedade, Novos Direitos, Transnacionalização, Saúde e Direito Penal. Bolsista Cnpq. E-mail: suelenwebber@terra.com.br

### **Resumo**

Este artigo se propõe a fazer uma análise de como os princípios tem sido utilizados no momento das decisões judiciais no Brasil, a partir das reflexões de Lenio Streck e sua Nova Teoria do Direito calcada na Hermenêutica Jurídica. Com este enfoque, o papel do julgador será colocado em xeque, mormente, quando este se refugia no panprincipiologismo para decidir de forma solipsista, ferindo os ideais compromissários, dirigentes e democráticos da Constituição da República, e por consequência impossibilitando a concretização de alguns Direitos Fundamentais dos cidadãos. Ao trilhar este caminho, é possível perceber que, embora diversas críticas que este referencial teórico lida, neste tocante aqui explorado ele representa muito bem como a irresponsabilidade dos julgadores se camufla através de pseudoprincípios para decidirem a partir de suas vontades pessoais.

**Palavras-chave:** Panprincipiologismo, Discricionariedade, Direitos Fundamentais.

### **Abstract**

This article proposes an analysis of how principles have been used for judicial decisions in Brazil, from Lenio Streck's reflections and his New Theory of Law. With this approach, the judge's role will be questioned, specially when it takes refuge in panprincipiologism in order to decide

solipsistically, harming the compromising, directive and democratic ideals of the Constitution of Republic, and, as a consequence, making impossible the effectuation of citizens' Fundamental Rights. Following this path, it is possible to notice that, although this theoretical referential must deal with several criticisms, about the theme here developed it represents very well how judge's irresponsibility is camouflaged through panprincipiologism to decide from their particular will.

**Keywords:** Panprincipiologism, Discretionarity, Fundamental Rights.

## INTRODUÇÃO

Pensar o papel dos princípios no cenário jurídico: é a isso que o artigo se propõe. Assume relevância esse tema, a partir do momento em que se necessita saber como os Tribunais vêm tomando as decisões no Estado Democrático de Direito, o qual exige que um determinado procedimento e uma necessária fundamentação devam ser expostas em suas sentenças, sob pena de já neste momento violar Direitos Fundamentais dos cidadãos. O que se pode constar é que a grande maioria das decisões são tomadas com base nos mais variados princípios. Assim, se faz necessário apurar em um primeiro momento, o que é um princípio.

Além de esclarecer o que é um princípio, é necessário analisar como eles vem sendo aplicados no momento da decisão, e se a sua aplicação atende aos pressupostos básicos do Estado Democrático de Direito, mormente quando se tem uma Constituição compromissária e dirigente. Aplicar princípios nos julgamentos na forma como eles vem sendo empregados hoje é violar o Direito Fundamental que o cidadão tem de ver a decisão que define sua lide ser fundamentada enfrentando os argumentos postos pelas partes.

Para fazer essa análise, o artigo se apresentará dividido em três pontos. O primeiro dedica-se a fazer uma abordagem sobre princípios: seu significado, suas inúmeras definições, suas características e seu papel no mundo jurídico. A apuração vai seguir desde conceitos vagos até a significação oferecida pela hermenêutica jurídica, a qual, apresenta uma noção que possibilita uma superação do positivismo jurídico exegético, bem como do esquema sujeito-objeto, sendo assim hábil a enfrentar a complexidade posta no caso do estudo do emprego de princípios em decisões judiciais.

No segundo ponto, após ter-se uma noção clara sobre princípios, busca-se verificar como os Tribunais vêm utilizando os princípios em suas decisões. Para isso, serão trazidas algumas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O objetivo: analisar se, no contexto fático apresentado, a decisão utilizou verdadeiros argumentos de princípio, ou se está-se refém do panprincipiologismo.

Após tecer considerações sobre o conceito de princípio e apurar como o mesmo vem sendo utilizado no momento da decisão, o artigo vai se ocupar de uma discussão que custa caro à democracia: a discricionariedade ou a arbitrariedade judicial. Nesse momento, vai se procurar relacionar como a utilização de pseudoprincípios pode dar azo a essa discricionariedade/arbitrariedade, a qual vai ser apresentada à sociedade de maneira camuflada, pois vai se encontrar revestida pela falsa ideia de que está fundamentada por princípios, e, logo, que a decisão é válida e acertada. É assim que o trabalho será desenvolvido.

## 1. SOBRE PRINCÍPIOS

O processo decisório no Brasil, nos últimos anos, mormente após a Constituição da República de 1988, vem sendo dominado por um fenômeno um tanto quanto curioso, que, na maneira como vem se dando, não condiz com a forma democrática e compromissária da Constituição Brasileira: a proliferação desmedida de decisões judiciais baseadas em princípios. Tal fato abre espaço para uma discricionariedade arbitrária. Mas, afinal, o que é um princípio?

Para responder a essa pergunta, deve-se começar pelo princípio. Isto é, dizendo que as conceituações e definições sobre o termo são, talvez, as mais vastas do campo jurídico. Partem desde definições vazias e sem sentido, como as que geralmente são encontradas nos manuais de Direito, passando por reproduções sem uma carga de sentido, quase sempre frutos de mixagens teóricas, até definições e caracterizações de jaez hermenêutico ou sociológico que efetivamente alcançam a complexidade vivenciada no atual paradigma. Essas definições hermenêuticas apontam um norte na discussão gerada por essa “produção” desenfreada de princípios, a qual vai desembocar necessariamente na arbitrariedade e no protagonismo judicial.

Portanto, diante de todos os significados existentes para a palavra princípio, no âmbito jurídico, como o objetivo do artigo é trazer ao debate as conceituações mais importantes no âmbito do Direito, no que tange a sua utilização pelos julgadores, as noções trazidas serão muito inferiores ao número de definições existentes na doutrina e nos Tribunais.

Nesse sentido, a obra de Josef Esser, que data do ano de 1956, é considerada um marco para o estudo sobre princípios, e por isso não poderia ficar de fora dos trabalhos. Embora não seja o primeiro estudo sobre o tema, a obra de Esser é referência no assunto até hoje. Na esteira do que foi dito anteriormente, Esser reconhece as várias conceituações que a palavra princípio vem recebendo ao longo dos anos, bem como aponta para as diversas denominações que exsurgem nesse universo, entre elas: princípios gerais do Direito (OLIVEIRA, 2008, p.63), ideias diretrizes, pensamentos jurídicos gerais, princípios fundamentais, princípios normativos, princípios jurídico-epistemológicos, princípios problemáticos, princípios ocultos, entre outros (ESSER, 1961, p. 65).

A partir dos apontamentos acima, pode-se perceber que há uma falta de clareza sobre o que seja um princípio, diante dessa multiplicidade de significados e nomenclaturas. Em verdade, na maioria das vezes, acaba-se por se deparar com um sincretismo conceitual. Ou seja, quase nunca se sabe o que a palavra princípio quer significar no contexto em que está inserida. Ou ainda, na maioria das vezes, a expressão “princípio” é utilizada de maneira totalmente equivocada.

Para tentar evitar esse problema, Josef Esser (1961, p.65) vai procurar definir os princípios partindo de uma formulação de cunho negativo. Assim, para o autor,

um principio jurídico não é um preceito jurídico, nem uma norma jurídica em sentido técnico, portanto, não contém nenhuma instrução vinculante do tipo imediato para um determinado campo de questões, senão que requer ou pressupõe a conformação judicial ou legislativa de ditas instruções.

Partindo dessa definição, possibilita-se perceber que a distinção mais marcante quando se busca definir o que são princípios é a referente a normas, regras e princípios. Esser pontua essa questão de maneira discreta ao apresentar seu conceito de princípio partindo da diferenciação, no sentido de dizer o que não é um princípio. Contudo, para falar dessa diferenciação, bem como para aprofundar o debate sobre princípios e já ir dirigindo o confronto entre princípios e discricionariedade, a menção aos trabalhos de Ronald Dworkin e Robert Alexy é imperiosa.

Para Dworkin, a diferenciação entre normas, regras e princípios vai dar-se fundamentalmente pela sua condição de reconhecimento, por sua validade e de forma qualitativa. Isto é, na obra de Dworkin, aqui podendo ser citada *Levando os Direitos a Sério*, é possível observar que a distinção de que trata o autor não se baseia na generalização abstrata entre eles, mas sim por meio de um processo de formalização.

Nessa senda, tanto os princípios como as regras seriam um conjunto de padrões. Assim, as regras seriam aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Portanto, a aplicação de uma regra implica a exclusão de outra, enquanto os princípios possuem uma dimensão de peso, sendo que a aplicação de um princípio não significa a exclusão de outro, uma vez que eles devem ser pesados segundo os postulados de equidade e integridade (DWORKIN, 2002). “Ou seja, um princípio nunca é isoladamente, mas sempre se manifesta no interior de uma *comum-unidade*” (OLIVEIRA, 2008, p. 178).

Com igual importância nessa discussão mas em outro norte, tem-se o pensamento de Robert Alexy, que igualmente vai trabalhar com a diferenciação, principalmente, de regras e princípios de forma qualitativa, mas sob o prisma da ponderação. Os princípios, nessa linha, são vistos como mandados de otimização, que se caracterizariam pelo fato de que

podem ou não ser cumpridos em diferente grau e que a medida de seu cumprimento não depende apenas das condições reais, mas também das jurídicas. (...). Portanto, as regras contêm determinações no âmbito fático e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau (ALEXY, 2008, p. 89/90).

Logo, verifica-se que Alexy faz uma distinção estrutural entre regras e princípios, sendo que uma possível colisão de princípios não se daria na validade, mas no peso, no prejuízo que a não aplicação do princípio pode causar. Assim, havendo colisão entre os princípios, a solução para o caso deve se dar pela lei da ponderação:

em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A esse deve, em um segundo passo, seguir a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro (ALEXY, 2007, p. 133).

Além desses autores já citados, inúmeros outros, principalmente brasileiros, poderiam ter seus conceitos e definições apresentados, inclusive por serem

incrivelmente os mais utilizados nos cursos de direito (faculdades, pós-graduações, etc.), como é o caso de Pedro Lenza (LENZA, 2008)<sup>1</sup>, Alexandre de Moraes, entre outros. Mas no contexto trabalhado, entende-se que esses autores em nada vão acrescentar, seja porque tem conceitos vazios, seja porque sofrem do fenômeno da mixagem teórica, mas principalmente por não terem conseguido superar o paradigma da consciência e o positivismo exegético.

Mas, em verdade, será que alguma dessas definições é capaz de responder uma pergunta tão complexa como a apresentada ao início do artigo: o que são princípios? E mais, será que alguma dessas noções tem o condão de enfrentar e superar o paradigma do positivismo e da discricionariedade (STRECK, 2009a, 421/422)<sup>2</sup> como arbitrariedade judicial? Com Lenio Streck, Rafael Tomaz de Oliveira e Francisco Motta, será possível verificar algumas imprecisões que as definições acima apontadas apresentam. Também serão fornecidos elementos para o combate à arbitrariedade judicial, mormente, quando esta se dá sob a camuflagem dos princípios. “Não decido arbitrariamente, decido com base em princípios!”.

O primeiro grande problema que se pode apontar é que quase todas as noções aqui apresentadas, à exceção de Dworkin, partem de uma cisão estrutural entre regras e princípios. Essa cisão estrutural é fatal para que se pense o direito nessa quadra da história, ou seja, quando se busca a superação do positivismo. De fato, ao fazer uma cisão estrutural, está-se objetificando o conceito e o próprio direito. As noções antes apresentadas, com a exceção de Dworkin, como já dito, acabam por cindir princípios de normas ou regras, quando na verdade, como mostra a hermenêutica, essa cisão não é possível de ser realizada. Fazer uma cisão entre regras e princípios seria como fazer uma cisão entre compreender, interpretar e aplicar (STRECK, 2009b, p. 83 e 2010a, p.

---

<sup>1</sup> Não bastasse o tão difundido princípio da reserva do possível, Pedro Lenza vai nos apresentar o princípio da reserva do impossível. Nesse sentido: “princípio da 'reserva do impossível': a diferença entre o casamento putativo e o 'Município putativo' está em que, embora possível a anulação do casamento primeiro, a anulação da decisão política de que resultou a criação do Município avança sobre o que poderíamos chamar de 'reserva do impossível', no sentido de não ser possível anularmos o fato dessa decisão política de caráter institucional sem agressão ao princípio federativo.” (LENZA, 2008, p. 177).

<sup>2</sup> Ao falar de discricionariedade, é fulcral que se façam alguns esclarecimentos para os quais, busca-se socorro em Lenio Streck. “Mas aqui é necessário um esclarecimento acerca da compreensão do significado do termo 'discricionariedade', para além da noção consolidada por Dworkin nas críticas ao positivismo hartiano. Com efeito, não desconheço a hipótese teórica delineada por Castanheira Neves desde o seu clássico *Questão de Facto – Questão de Direito*, ou o problema metodológico da juridicidade, quando, em tópico específico acerca da discricionariedade, (...), radica a posição pela qual o arbítrio não se insere no plano da decisão discricionária, muito embora, todos sabemos, o *discrīmen* tenha sido durante longos anos apelo rudimentar de repúdio contra atos contrários ao direito. Entretanto, no que pareceria ser uma contradição aos termos propostos em meus trabalhos - nos quais deixo claro ser a decisão discricionária espécie de embuste ou tergiversação sofisticada para o acolhimento de sentenças e acórdãos absolutamente divorciados do filtro constitucional da resposta correta (ou, pois, constitucionalmente adequada), isto é, discricionariedade especialmente utilizada nos dias atuais em favor de um positivismo “revitalizado”. (...). “A discricionariedade que combato (...) é aquela decorrente do esquema sujeito-objeto, da consciência de si do pensamento pensante, enfim, da subjetividade assujeitadora de um sujeito que se considera “proprietário dos sentidos (abstratos) do direito” e que nada deixa para a faticidade.”(STRECK, 2009a, p. 421/422).

317)<sup>3</sup>, ou sobre as chamadas questões de fato e questões de direito, as quais, sob o prisma hermenêutico - ao qual filia-se nesse artigo - é impossível. Assim, quando a hermenêutica diz que é impossível a cisão entre atos de interpretação e aplicação, está superado o método. Os demais raciocínios ficam estagnados em um paradigma anterior, o qual foi superado pela historicidade.

A impossibilidade de cisão entre compreender e aplicar implica a impossibilidade de o intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui-em-se-mesmo”, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). Mais ainda, essa impossibilidade da cisão – que não passa de um dualismo metafísico – afasta qualquer possibilidade de fazer “ponderações em etapas”, circunstância, aliás que coloca a(s) teoria(s) argumentativa(s) como refém(ns) do paradigma do qual tanto tentam fugir: a filosofia da consciência (STRECK, 2009a, p. 429).

Seguindo a crítica, foca-se o trabalho nos debates entre as teorias de Alexy e de Dworkin, já que estas apresentam pontuais diferenças. Enquanto em Alexy há um flagrante apego ao método e um aprisionamento ao positivismo (ENGELMANN, 2001, p. 150), com aceitação total da discricionariedade, em Dworkin o direito será visto como integridade e repulsa a discricionariedade, pois, para ele, os princípios tem um caráter totalmente antidiscricional. Dworkin é um ferrenho combatente da discricionariedade, o que, em tempos de panprincipiologismo (STRECK, 2009a, p. 493 e 516)<sup>4</sup>, é essencial.

Conclusivamente, não há superação do positivismo, e o espaço para a discricionariedade encontra-se aberto. Logo, não se está muito longe dos decisionismos.

Em sentido oposto a Alexy, e com o qual a hermenêutica compartilha em grande parte, tem-se os trabalhos de Ronald Dworkin. Para o autor norte-americano, não há uma cisão estrutural entre regras e princípios. Além disso, os princípios jamais abrem a interpretação e, por esse motivo, não podem ser considerados “fomentadores” da discricionariedade ou como um *a priori*.

Nas palavras de Streck:

Para o jusfilósofo norte-americano, o termo princípio tem seu significado oriundo da própria condição humana, ou seja, quando se diz que determinada pessoa é um homem de princípios, diz-se que tal homem se comporta, em suas relações com os outros e com o mundo,

<sup>3</sup> “A impossibilidade da cisão entre compreender e aplicar implica a impossibilidade de o intérprete 'retirar' do texto 'algo que o texto possui-em-si-mesmo' (...). O que deve ser dito é que o problema do sentido do direito se situa antes do problema do conhecimento. (...) não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar.” (STRECK, 2009b e 2010a).

<sup>4</sup> O termo panprincipiologismo foi cunhado por Lenio Streck para fazer referência ao “abuso principiológico que vivenciamos em terrae brasilis” ou “um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional.” (STRECK, 2009a, p. 493 e 516).

de modo a não ferir padrões de conduta que se formaram a partir de uma autocompreensão que determina seu próprio caráter. Note-se: um homem de princípios é um homem virtuoso, porque possui a virtude (e não o valor) de conduzir sua vida segundo princípios (STRECK, 2009a, p. 498).”

Em razão destes postulados é que a hermenêutica (e aqui com Lenio Streck) vai compartilhar das percepções de Dworkin, porque “a hermenêutica parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo, ao invés de aumentar o espaço da discricionariedade do intérprete (STRECK, 2009a, p. 181).” Da mesma forma que Dworkin. E mais, assim como Dworkin, a hermenêutica não vê cisão entre regras e princípios, mas apenas uma diferença.

A proposta de diferença – e não distinção/cisão – entre regras e princípios aqui defendida parte da descoberta, que tem raízes na teoria integrativa dworkiana, do caráter unificador dos princípios: eles são o marco da institucionalização da autonomia do direito. As regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam como determinantes para concretização do direito e em todo caso concreto eles devem conduzir para determinação da resposta adequada (STRECK, 2009a, p. 517).

Assim, é na hermenêutica que se encontrará um fundamento capaz de responder adequadamente à pergunta posta, conseguindo abarcar a complexidade existente e, sobretudo, evitar a discricionariedade revestida sob o manto da consciência encapsulada em si mesma.

Isso porque, para a hermenêutica, os princípios não abrem a interpretação e muito menos se dão no *a priori* ou “em abstrato” como na maioria das teorias. Os princípios, como alerta Streck, se dão na *applicatio* (STRECK, 2009a, p. 519). E mais, com eles, não há como proceder uma cisão, porque não há, como quer fazer crer Alexy, por exemplo, uma cisão entre regras e princípios. Logo “não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática” (STRECK, 2009a, p. 501).

E também a regra não sofrerá essa cisão, visto que

a palavra “norma” representa o produto da interpretação do texto, isto é, o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Se sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na *applicatio*” (STRECK, 2009a, p. 504).

Fica evidenciado, desse modo, o abismo que existe entre as teorias procedurais (que como se vê apostam na discricionariedade diante de sua insuficiência) e a hermenêutica jurídica. Alexy, por exemplo, fica preso à filosofia da consciência e ao esquema sujeito objeto, os quais já demonstraram ser insuficientes, porque, neste paradigma, o sujeito é isolado do mundo. Em outras palavras, a filosofia da consciência

vai dizer que o mundo existente é distinto da consciência. Ou seja, haveria a consciência, e o mundo fora dela, como que em uma cisão. Com Heidegger, ocorre uma superação desse esquema, pois a pessoa é parte do mundo e o mundo é parte da pessoa. Ao mesmo tempo que a consciência constrói o mundo, o mundo constrói a consciência. Trazendo para o direito (como se de alguma forma fosse possível afastar isso do direito), o paradigma da consciência objetifica o Direito, como se o conhecesse desde sempre, quando, na verdade, sabe-se que o Direito só vai ser conhecido em sua aplicação temporal, sendo sempre ente e nunca ser (HEIDEGGER, 2004).

Com a hermenêutica, o princípio se realiza quando é aplicado a um caso concreto, geralmente por meio de uma regra. Por isso não há como, por exemplo, haver a colisão de princípios, pois os princípios não ficam “no ar”, mas se dão na situação a ser analisada, onde ele vai se individualizar. Como saber, em Alexy, que apenas dois princípios vão colidir? Quem vai definir esses princípios em colisão? Por certo, o julgador investido de todo o seu poder discricionário.

É por isso que é preciso entender os princípios como “aquilo que condiciona deontologicamente o todo da experiência jurídica e oferece legitimidade para a normatividade assim instituída” (HEIDEGGER, 2004, p. 537). Afinal, deve-se lembrar sempre que, na verdade, quando trabalha-se com verdadeiros princípios, eles sempre obrigam.

## 2. DE COMO OS PRINCÍPIOS VEM SENDO UTILIZADOS NO MOMENTO DA DECISÃO

Seguindo os postulados explorados no item supra, embora de maneira concisa, dado o enfoque e a limitação do artigo, evidencia-se que o problema da conceituação imprecisa dos princípios vai desembocar na prestação jurisdicional. Isto é, no momento da decisão, inexoravelmente, na discricionariedade judicial, ou na arbitrariedade, mormente, quando se entende os princípios como forma de abertura da decisão, como pensa Alexy.

Quando se pretende falar em decisão judicial e em discricionariedade, outro autor que deve necessariamente ser mencionado é Herbert Hart, que vai apostar fortemente na discricionariedade judicial, bem como vai trabalhar com a ideia de regras primárias e secundárias, as quais serão identificadas pela regra de reconhecimento. Essa última, grande responsável pela discricionariedade em seu pensamento.

Colocando no pedestal a livre interpretação dos juízes, Hart vai reconhecer que alguns casos não vão ser comportados pela regra de reconhecimento e, nesse passo, deverão ser resolvidos pela discricionariedade judicial, principalmente quando se tratar de *hard cases*. Cumpre destacar que outra cisão que é procedida no mundo jurídico é a existente entre casos fáceis e casos difíceis (*easy e hard cases*). Sobre isso, junto com Motta, só se tem a dizer que: “um caso fácil é simplesmente aquele que foi compreendido!” (MOTTA, 2010, p. 139).

Dworkin, de seu turno, não vai aceitar a discricionariedade, pois o mesmo estrutura sua tese na integridade do direito. Logo, “em Dworkin a integridade e a coerência são o modo de 'amarrar' o intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos (...)” (STRECK, 2009a, p. 450). Alexy, por sua vez, como bom seguidor da Jurisprudência dos Valores (Streck, 2010a, p. 21 e DUTRA,



2009, p. 490-92)<sup>5</sup> e de Gustav Radbruch vai dizer que a discricionariedade é algo inevitável, e que é comum aplicar regras dissociadas de princípios (MOTTA, 2010, p. 166).

Mas já no ponto de partida, Alexy deixa claro que o elemento discricionário no ato de julgar é inevitável. Isso fica evidente em seu conceito de princípios como *mandados de otimização*. Ou seja, os princípios funcionam como cláusulas de abertura para o julgador no momento da decisão. Para a sua teoria da argumentação, as regras não produzem qualquer tipo de discricionariedade, pois continuam a operar a partir do modelo da subsunção. Já os princípios, devido ao seu largo espectro de aplicação, merecem outro tipo de procedimento metodológico-aplicativo. Isso porque, no mais das vezes, os princípios colidem no momento de sua aplicação (OLIVEIRA, 2008, p. 62).

Mas como os nossos Tribunais vêm enfrentando a questão? Para procurar responder isso, apontam-se algumas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que são amparadas basicamente em “princípios”. Começa-se pelo tão utilizado<sup>6</sup> princípio da rotatividade:

ADIn. PRAZO DO MANDATO DA MESA DIRETORA DA CÂMARA MUNICIPAL. ART. 30, § 5º, DA LEI ORGÂNICA DE SEDE NOVA E ARTIGO 14 DO REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA DE VEREADORES. DIVERGÊNCIA COM O PRAZO FIXADO NOS ARTIGOS 57, § 4.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 49, § 4.º DA CARTA ESTADUAL. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. Questão que não reveste violação de preceito constitucional, constituindo norma atinente ao regimento interno e lei orgânica, não oferece ofensa ao princípio da simetria. Princípio da rotatividade presente e de forma mais efetiva com a possibilidade de renovação da Mesa Diretora de forma anual. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70022682066, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 09/03/2009). (sem grifo no original).

<sup>5</sup> A Jurisprudência dos Valores é um movimento Alemão que surgiu em oposição à Jurisprudência dos Conceitos e dos Interesses fazendo uma distinção entre os juízos de valor e os juízos de existência, ou seja, o velho dualismo Kantiano. Na verdade, ela surge para resolver os problemas das culpas alemãs e como forma de legitimar a Constituição alemã que havia sido outorgada, bem como meio para punir os nazistas e poder lhes aplicar um direito retroativo. Essa busca da legitimação se daria através dos valores da sociedade, que deveriam representar o espírito da Constituição. Gustav Radbruch vai ser um dos maiores expoentes desse movimento, que posteriormente vai influenciar Alexy e vai dar força para o movimento do ativismo judicial. Mas o que cumpre destacar é que o Brasil importou essa tese (de maneira torta, como sempre) que não se adequa em nada ao nosso sistema, pelo simples fato de que o que motivou a Jurisprudência dos Valores na Alemanha foi a existência de uma Constituição outorgada e, no Brasil, temos uma Constituição promulgada. Não é necessário falar mais nada.

<sup>6</sup> Em pesquisa jurisprudencial no TJ/RS, mais de 10 resultados são localizados para decisões fundamentadas no princípio da rotatividade (no dia 03/01/2013), sendo que a primeira data do ano de 2003 (acórdão número 70006164875). Pode parecer pouco, mas considerando que rotatividade não é um verdadeiro princípio, é assustador, porque mais de uma vez a democracia foi violada. E violação é violação, não importa quantas vezes ocorra.

Destaque-se que o desembargador, ao adotar como suas razões de decidir o “princípio da rotatividade”, não o faz “sozinho”, citando Hely Lopes Meirelles, pois afirma que, “em contrapartida e como parâmetro para a alegada inconstitucionalidade, o §4º. do art. 57 da Constituição Federal prevê que o mandato da Mesa da Câmara deve ser de dois anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente. Idêntica disposição consta no art. 49, §4º, da Constituição Estadual. É o que doutrinariamente denomina-se de princípio da rotatividade.”

Diante desse argumento, busca-se em Meirelles (2001, p. 456-57) as “origens” de tal conceito (já que esse é o autor mais citado quando se trata do princípio da rotatividade) e eis o que se encontra delineado sobre o mesmo:“(…)a Mesa é o órgão diretivo da Câmara Municipal, geralmente constituída por um presidente, (...). O mandato da Mesa, pelo princípio constitucional da rotatividade, deve ser, no máximo, de dois anos, vedada a recondução para o mesmo cargo (...).”

Depois dessa explanação, pergunta-se: afinal, o que é o princípio da rotatividade se não um pseudoprincípio, um pleonasmo?

Mas não param por aí as sentenças que adotam pseudoprincípios como fundamento de suas decisões. Veja-se o julgado número 70037690450, que traz o princípio da *actio nata*, ou seja, o princípio da ação começada, em discussão que se refere a cobrança de desvio de energia elétrica. O acórdão foi assim ementado:

ENERGIA ELÉTRICA. AVARIA NO MEDIDOR. RECUPERAÇÃO DE CONSUMO. PERÍODO. RESOLUÇÃO 457/1997 DO DNAEE. ARBITRAMENTO. PRESCRIÇÃO. PARCELAMENTO. 1. A prescrição da pretensão de cobrança da recuperação de consumo pretérito em razão de desvio parcial de energia antes do medidor (a) regula-se pelas normas previstas no Código Civil e (b) flui a contar da constatação da irregularidade por força do princípio da *actio nata*. 2. Na vigência da Resolução 466/1997 do DNAEE, a recuperação estava limitada aos 24 meses anteriores à constatação da irregularidade. Aplicação do artigo 52, § 1º, da Resolução 466/97 do DNAEE por ter se iniciado a irregularidade na sua vigência. (...).Recurso provido em parte. (Apelação Cível Nº 70037690450, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 19/08/2010). (sem grifo no original).

E segue ponto saliente da fundamentação: “A prescrição da pretensão de cobrança do consumo não medido rege-se pelo Código Civil, dada a natureza da dívida (tarifa), e o termo inicial é a data da constatação da irregularidade na medição, forte no princípio da *actio nata*.”

Pergunta-se, qual a historicidade contida nesse princípio? Qual a carga de tradição que ele carrega? Não bastava a explicação que antecedeu a colocação, (ou melhor a criação) do “forte no princípios da *actio nata*”, para o caso em análise?

Veja-se outro caso de uso inadequado da terminologia princípio. Em julgamento de agravo de instrumento número 70037634664, que tratava da fixação e antecipação de verba honorária em favor da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, quando esta atua como curadora especial, em caso de citação por edital, a decisão foi

assim fundamentada: “No entanto, o fato de não ser cabível o adiantamento dos honorários não eximirá ao agravante, no caso de ser sucumbente, de suportar a sucumbência, tendo por base o princípio da causalidade.”

Pergunta-se novamente, a lei processual não regulamenta a questão da sucumbência? Qual o real significado da palavra princípio nesse caso? Após entender que só cabe a fixação de honorários em favor da Defensoria Pública, quando esta atua como curadora, ao final, se a parte contrária é vencida, o que justifica que para fundamentar que no caso de ser vencedora a parte curatelada, é o princípio da causalidade que vai determinar a obrigação em relação à verba honorária e não o disposto no art. 20 do Código de Processo Civil.

Vê-se que, em todos os acórdãos trazidos ao debate, a utilização da expressão princípio não tem significância real para os casos dos quais tratavam<sup>7</sup>, apenas é utilizada de forma banal como se ao conter a palavra princípio a decisão já estivesse fundamentada e isso lhe atribuísse mais força. Isso lhe bastaria. Ora, será que dizer que a Defensoria Pública pode receber honorários se atuante como curadora e for a vencedora da ação tem mais eficácia e aceitação pela parte contrária se isso se der pelo princípio da causalidade do que pelo disposto na lei?

Isso nos remete diretamente a Streck (2009a, p. 169-170):

Daí a inevitável pergunta: que importância tem, no plano da “fundamentação” de sentenças e acórdãos, a citação de enunciados ou verbetes (e princípios - acrescentou-se) do tipo “prova para condenar tem que ser robusta”, (...) segundo a doutrina de Hungria, Fragozo, Noronha e Damásio ( e de Meireles, como no caso trazido à análise - inclui), roubo próprio (...), a não ser para fazer deduções e, com isso, deixar de lado a especificidade do caso, que se “amolda” ao “conceito”? (...) o “conceito”, alçado à categoria universalizante, servirá tanto para absolver como para condenar, tanto para deferir como para indeferir o pleito. Servirá, enfim, para qualquer resposta.

É do mesmo jeito que acontece com os princípios, da forma como vem sendo utilizados hoje; os princípios servem para qualquer coisa.

É preciso insistir nisso: não é qualquer um e nem é qualquer coisa que pode ser princípio. Do contrário, teremos que abandonar a tese dominante de que princípios são normas. Lembremos, ademais, que o positivismo era mais sincero nesse ponto. Nele, princípios não eram deontológicos. Por isso, nessa tradição, poderia não haver limites para “criação dos princípios”. Afinal, na tradição positivista, eles eram efetivamente abstratos. (...). De tudo o que foi dito, é ainda possível - e

---

<sup>7</sup> Outro ponto de relevância nessa discussão é o fato de que para que se analise e se fundamente uma decisão com base na jurisprudência, é necessário que se analise o caso de origem e as circunstâncias que envolvem os dois casos, para daí sim verificar se a ementa do julgado pode ou não ser utilizada. Quiçá, pode ser que algum dos princípios aqui questionados, em uma situação fática diversa das que aqui estão sendo questionadas, pode realmente significar o que deve ser um princípio. Lembremos: não basta analisar ementas. A possibilidade de utilização do julgado se dá pelo caso fático.

necessário - ressaltar que não se pode partir do princípio para resolver um caso. Isso seria fazer raciocínios teleológicos. Haverá uma regra (norma em geral) apta a resolver o caso a partir de uma reconstrução principiológica (reconstrução da história institucional). Esse é o espaço e o papel dos princípios (STRECK, 2009a, p. 526).

O que dizer, por exemplo, da banalização da dignidade da pessoa humana? Alçada à condição de princípio, a dignidade da pessoa humana retrata exatamente o que se questiona neste trabalho (motivo pelo qual, esta matriz teórica mostra-se cabível para sustentar a discussão). Por vezes, temos a concessão de medicamentos para garantir a dignidade da pessoa humana e temos, no mesmo Tribunal, decisões que negam pedidos de medicamentos para garantir a dignidade da pessoa humana (WEBBER, 2013). Em verdade, o que é o princípio da dignidade da pessoa humana?

Todo princípio pode possibilitar uma “abertura” para que o juiz decida. Todavia, a *comum-unidade* dos princípios é limitadora no sentido de que a tomada de decisão deve observar o que já foi compreendido e estabelecido. (OLIVEIRA, 2008, p. 205). Tem-se, nesta matriz, que os princípios efetuam um fechamento hermenêutico no momento da decisão, justamente porque tem que respeitar a historicidade e a *comum-unidade*. Se não respeitarem isso, não serão princípios, mas pseudoprincípios. Não se quer dizer que os princípios devam estar “listados” e previstos de forma “codificada”. Evidente que não. Mas também não se pode permitir que os Tribunais criem princípios como bem lhes convier. O que se afirma é que nem toda decisão pode virar um princípio. E, “nesse ritmo, toda e qualquer argumentação utilizada nas decisões judiciais tornar-se-á um princípio” (STRECK, 2009a, p. 488).

Um possível “catálogo de princípios” seria em verdade reduzidíssimo. Isso precisa ficar bem claro: não é possível nomear qualquer coisa como princípio; não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e identificação dos princípios. Princípios utilizados de maneira ad hoc para solucionar pseudo-problemas não são princípios porque (...) princípios não existem sem a historicidade do direito (STRECK, 2009a, p. 537).

Mas também deve-se fazer jus às boas decisões proferidas pelo nosso Tribunal. Ao que realmente podemos chamar de decisões de princípios, no sentido hermenêutico e dworkiano. Por exemplo, o julgamento de uma apelação crime em que se discutia, entre outras questões, se o fato de o acusado ser irmão da vítima deveria agravar sua pena, em razão do art. 61, II, “e”, do CPP. A decisão foi assim ementada:

PENAL. ROUBO MAJORADO. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE. CRIME COMETIDO CONTRA IRMA. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. AGRESSAO AOS PRINCIPIOS DA IGUALDADE, SECULARIZACAO E RACIONALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUCAO DE TEXTO DOARTIGO 61, INC. II, E , DO CODIGO PENAL. - O PATRIMONIO EA INTEGRIDADE DA IRMA DO DENUNCIADO, ENQUANTO BENS

JURIDICOS, MERECEM A MESMA PROTECAO QUE E ALCANCADA A QUALQUER DO POVO, SOB PENA DE VIOLACAO AO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE. - SE A CONDICAO PARENTAL NAO FACILITOU A CONSUMACAO DO CRIME, TAMPOUCO REVESTIU DESCUMPRIMENTO DE DEVER JURIDICO ASSISTENCIAL OU CAUSOU DANO PSICOLOGICO A VITIMA, NAO HA RAZAO ALGUMA PARA O ACRESCIMO DE PENA, POIS A VALORACAO DE CIRCUNSTANCIA QUE EM NADA ALTERA O JUIZO DE REPROVACAO AGRIDE O PRINCIPIO DA RACIONALIDADE. - A EXASPERACAO DA PENA, CALCADA TAO-SOMENTE NO DESCUMPRIMENTO DE UM DEVER MORAL DE FIDELIDADE DE UM IRMAO PARA COM O OUTRO, AGRIDE O PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DA SECULARIZACAO. - COMPETE AO JULGADOR FISCALIZAR A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI, SUPRIMINDO, DENTRE SEUS SENTIDOS POSSIVEIS, AQUELES INCOMPATIVEIS COM OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS, UTILIZANDO-SE DA TECNICA DA INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUCAO DE TEXTO (LICAO DO PROF. LENIO LUIZ STRECK). - A UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. (13 FLS) (Apelação Crime Nº 70004388724, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 26/06/2002).

A decisão acima colacionada é uma decisão de princípios em sua fundamentação em sua integridade (como diria Dworkin). Importante que os princípios dessa decisão não precisariam ser expressos pela palavra princípio ou por qualquer termo panprincipiologista, pois seus argumentos de fundamentação já refletem isso. Ademais, vale sempre lembrar que, para uma decisão estar revestida por um verdadeiro princípio, ela não necessita ter expressamente a palavra princípio. Os princípios se dão no todo, de forma expressa ou não, pois verdadeiros princípios estão sempre por condicionar as fundamentações. No caso, reconhece-se que uma pessoa só pode ter sua pena agravada por uma condição prevista em lei, se efetivamente essa condição favoreceu a realização do crime e não meramente por estar prevista em lei (o que seria uma discussão de teses e não de casos). Na situação telada, o fato de vítima e acusado serem irmãos não facilitou a concretização do crime. Assim, no caso em questão, não há que se falar em aumento de pena por essa agravante. Isso representa exatamente o que é compreender, interpretar e aplicar (sem cisões).

É importante ficar claro: assim como não se quer dizer que deve haver um catálogo de princípios (por óbvio), também não se quer dizer que cada caso é único e sua decisão universalizável. Ainda assim, é preciso que se considere a faticidade de cada caso no momento da decisão e não se aplique um pseudoprincípio, como se todos os casos fossem iguais apenas porque guardam parcas semelhanças.

Ora, se se quer decidir com argumentos de princípio, que se leve a sério a questão e propicie-se que os princípios signifiquem o que realmente são.

O princípio orienta a interpretação da prática judiciária, e deve justificá-la de forma convincente. Nesta ordem de considerações, a regra (se quisermos manter a distinção regra *versus* princípio) não subsiste

---

sozinha, não retira validade de si própria. Ela deve ter algum “sentido” coerente com a integridade do Direito. A esse “sentido”, que não é prévio, que não é fixo, que não pode ser aferido proceduralmente, chamo princípio (MOTTA, 2010, p. 220).

Em que medida as decisões apresentadas acima (com exceção da última) deixam que o texto lhes diga algo? Em que medida não se utilizam do panprincipiologismo para “fundamentar” sua discricionariedade? É por isso que se acredita que, na medida em que ainda temos juízes solipsistas, os pseudoprincípios fomentam a arbitrariedade porque, absurdamente, é essa a forma que os operadores (sim, porque quem age assim é mero operador) do Direito buscam uma objetividade nas decisões que são descaradamente subterfugadas em falsos princípios. É disso que se ocupará o próximo ponto.

### **3. COMO OS PRINCÍPIOS (IM)POSSIBILITAM A DISCRICIONARIEDADE E O SOLIPSISMO JUDICIAL**

Com efeito, em um país como o Brasil, onde tem-se uma Constituição Federal dirigente, compromissária e normativa, mas que, de plano, muitas vezes é desrespeitada e não efetivada, evidente que deve haver um Judiciário que trate e se manifeste sobre discussões sociais. Todavia, isso tem que se dar por meio de um juízo democrático, que fundamente suas decisões, acolhendo e rejeitando justificadamente as razões das partes, e não por meio de arbitrariedades, ativismos<sup>8</sup> que nada mais são do que apostas no solipsismo (STRECK, 2009a, p. 475).

Por isso,

não se pode - e não se deve – confundir a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte dos juízes e tribunais. (...). Pelo contrário: a admissão da discricionariedade judicial e de decisionismos (o que dá no mesmo) é próprio do paradigma positivista que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito procura superar, exatamente pela diferença “genética” entre regras e princípios (além da nova teoria das fontes e do novo modelo hermenêutico que supera o modelo exegético-substantivo, refém do esquema sujeito objeto) (STRECK, 2010a, p. 166).

Evidentemente que não se é contra a intervenção dos Tribunais em certas questões para garantir a efetivação de direitos sociais, mormente em um país como o Brasil onde a modernidade chegou tarde e os direitos sociais não passam de uma promessa. Os Tribunais tem que intervir quando provocados, para tentar efetivar esses direitos que, em verdade, são a própria condição de possibilidade de uma Constituição

---

<sup>8</sup> É importante esclarecer que há diferença significativa entre ativismos (esse combatido) e a necessária judicialização: “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (...).”

como a brasileira. “É nesse sentido que entra em discussão o papel do Poder Judiciário quando defrontado com essas questões. Passados dezoito anos (desde a promulgação da Constituição Federal – inclui) a resposta não tem sido satisfatória” (STRECK, 2007, p. 179). E não tem sido satisfatória porque os magistrados tem se utilizado dos poderes da discricionariedade, a qual se esconde por detrás de pseudoprincípios, e que fazem surtir efeito diverso: o Poder Judiciário, quando profere decisões arbitrárias, impossibilita a concretização dos Direitos Sociais.

Frise-se: essa necessidade de intervenção não significa que os julgadores podem decidir como quiserem, e, principalmente, que não podem decidir se refugiando através de justificativas de pseudoprincípios. É necessário, como já dito, que os julgadores fundamentem suas decisões. E quando se fala em fundamentar, fala-se em uma obrigação de explicitação da compreensão, para que com isso, os cidadãos saibam porque aquela decisão que afeta a todos, foi proferida daquele modo.

Causa preocupação que os julgadores que estão em nossos tribunais não consigam se desvencilhar dessa arbitrariedade e que ainda pensem que sentença vem de *sentire*, como podemos ver em inúmeras decisões, como, a título exemplificativo, no caso do agravo de instrumento número 70036104032. Nela o relator dispõe que “a quem incumbia a demonstração de se tratar de imóvel residencial e único? A **meu sentir**, a quem pretenda efetivar a penhora (...)” Perfeito: agora existe a dependência do que o juiz sente, de forma totalmente solipsista, para “saber” o que é Direito? Assim, como nem todos são juizes, os problemas sobre saber o que é Direito vai acabar na mão de poucos. Ora, caso o magistrado “sentisse” diferente, então caberia ao executado a comprovação? E mais, o que importa o que ele sente quando há disposição de lei que trata sobre isso. E que não se diga que aplicar a letra fria da lei é uma atitude positivista, ou conservadora. Isso é repetir a democracia.

Repito: “cumprir a letra fria [sic] da lei” significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. (...). O resultado disso é que aquilo que começa com (um)a subjetividade “criadora” de sentidos (afinal, quem pode controlar a “vontade do intérprete”?, perguntariam os juristas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um “mundo jurídico” em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém...! (STRECK, 2010b).

Não importa se o juiz pessoalmente é contra cotas raciais, aborto, concessão de medicamentos ou qualquer outra questão. As convicções pessoais do juiz não podem se impor no momento da decisão, e muito menos se impor de forma camuflada pelos princípios. Não se pode “criar” um princípio para justificar pretensões pessoais do julgador, que é o que vem ocorrendo hoje. Decidir é diferente de escolher. O julgador não é um protagonista nesse sentido. Se alguma noção de protagonismo pode ser considerada, é aquela em que o Direito e o judiciário passam a ter papel de destaque na busca da efetivação das promessas constitucionais e não o juiz pessoalmente. E nada mais. Ao juiz não cabe inventar uma nova história no Direito, cabe-lhe apenas interpretar a história que ali se encontra com comprometimento.

Isto é, mesmo nos chamados casos difíceis, não se pode abrir mão da

democracia, deixando que os juízes, em uma livre atuação, passem a decidir como quiserem, ou melhor, como sentem. Decidir “casos difíceis” de acordo com a discricionariedade, como quer Alexy, é dizer que, diante de várias opções, o juiz pode escolher o que melhor lhe convier. É latente em nosso sistema judiciário que muitos juízes tem decidido conforme a sua consciência e que tem “justificado” essa sua consciência de modo camuflado em um princípio, ou melhor, em um pseudoprincípio como se uma decisão, em um Estado Democrático de Direito, pudesse ser isolada, e que se pudesse aceitar que ela parta da consciência do magistrado ou de um grau zero.

É claro que não se quer dizer que os julgadores não podem interpretar. Deveria ser “despiciendo acentuar ou lembrar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma ‘proibição de interpretar’. Ora, interpretar é dar sentido (Sinngebung)” (STRECK, 2009a, p. 457). Na verdade, a discricionariedade a ser combatida é aquela em que os juízes se revestem dos poderes dos legisladores e confeccionadores de princípios, como se fossem donos do sentido. Lembrando: também não se quer dizer que os princípios devem estar em catálogos, mas o que se enfatiza é que o juiz não pode decidir qualquer coisa sobre qualquer coisa e dizer que decidiu assim em razão de determinado princípio, que ele mesmo (ou um grupo equivocado de seguidores) criou. “Nesse ritmo, toda e qualquer argumentação utilizada nas decisões judiciais tornar-se-á um princípio.”(STRECK, 2009a, p. 488), o que não se pode tolerar. Se nós somos os únicos seres capazes de compreender, então temos a obrigação de utilizar essa compreensão e utilizar de maneira adequada, e “ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão” (DWORKIN, 2006, p. 492).

Esse investimento dos juízes de poderes de legislador faz com que se criem monstros como o panprincipiologismo, que é uma vulgata. Isso leva diretamente aos ativismos judiciais, e “decisionismos e/ou ativismos não são bons para a democracia. Se cada um decide como quer, os tribunais – mormente o STJ e o STF – acabam entulhados de processos”(STRECK, 2010c).

Reconhece-se que, em muitos casos, os esforços na utilização dos “princípios” buscam dar efetividade à norma constitucional, mas é preciso ser honesto e reconhecer que esse esforço que acaba criando princípios para “possibilitar” a efetivação da Constituição pode levar a violações da democracia, o que acaba por fragilizar o direito, o que não faz sentido, depois de tanta luta para o seu fortalecimento.

Aceitar que os princípios sejam usados como álibi de decisionismos e aceitar a discricionariedade, é continuar preso ao positivismo exegético, que vai permitir inúmeras respostas, e em consequência, respostas contraditórias. Afinal, se em nome do protagonismo ou da discricionariedade, como se queira chamar, deve-se deixar que o juiz decida como quiser, de acordo com sua consciência (melhor ainda se ele conseguir criar um princípio para fortalecer essa consciência) e, como nem todos pensam igual, o mais lógico é que as decisões comecem a ser contraditórias. Novamente, ter-se-á outra figura monstruosa brotando no Direito Brasileiro: a justiça lotérica.

O problema do que eu chamo de justiça lotérica é outro: a desatenção e falta de comprometimento dos julgadores com as determinações constitucionais e, ainda, com a integridade e a coerência do Direito. O que ocorre é que, a partir da desculpa dos termos vagos, ambíguos ou de textura aberta, tomam-se decisões de conveniência ou com base em



argumentos de política, de moral ou de economia. Acabamos por confundir a era dos princípios e a abertura semântica, que sempre existe, com autorização para uma livre atribuição de sentido, como se existisse um grau zero de sentido. Assim, enfraquece-se a autonomia do Direito e a doutrina. Um exemplo que ilustra bem esse já referido estado e natureza hermenêutico consiste numa conhecida decisão do então ministro Humberto Gomes de Barros, do STJ, na qual ele afirmou julgar de acordo com a sua consciência, sustentando que a doutrina deveria se amoldar ao pensamento dos membros do respectivo tribunal. Ora, se os juízes seguirem esse conselho – e parcela considerável parece que segue – quem segura o sistema?(STRECK, 2010c)

Revela registra mais uma vez: aceitar decisões proferidas de acordo com convicções pessoais é apostar na arbitrariedade, que deve sempre ser refutada em um Estado Democrático de Direito. A discricionariedade é a serpente que rodeia a democracia. Decidir de forma solipsista (e decidir de acordo com a consciência é decidir de maneira solipsista) é não se preocupar com a substância da decisão e violar os direitos do cidadão. Esse encapsulamento da consciência de quem participa do processo - e aqui não só juízes, mas promotores, advogados - esse não sair de si no momento de atuar no processo viola direito fundamental. A saber:

O cidadão tem sempre o direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor, mas simplesmente trata-se da resposta adequada à Constituição. Cada juiz tem convicções pessoais e ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a decisão se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou de convicções pessoais. (...). Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. Aí sim estará assegurada a integridade do Direito. (STRECK, 2010c).

Concepções como a de que “o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da boa escolha dos juízes”(STRECK, 2010a, p. 38) ou, de que o “juiz é o canal privilegiado de captação dos valores sociais, devendo estes aparecerem assimilados na sentença” (STRECK, 2010a, p. 39) são provas de que se aposta na discricionariedade judicial. E é em nome dessa aposta que “todos os dias são inventados novos *standards* de princípios”(STRECK, 2010a, p. 48) ou que se legitima o livre convencimento do juiz. Ora, uma decisão só pode ser considerada legítima se for democrática.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desse trabalho procurou-se demonstrar como o panprincipiologismo pode dar azo à discricionariedade, arbitrariedade e solipsismo judicial, impossibilitando

---

a concretização de Direitos Fundamentais. Espera-se que tenha ficado claro, mas, caso contrário, nesse espaço final vai se tentar demonstrar porque essa noção e utilização equivocada dos princípios (e somente essa noção equivocada) contribui com o protagonismo dos julgadores e vai na contramão da suposta efetivação das promessas constitucionais.

Com a utilização de pseudoprincípios, acaba-se por transformar o direito brasileiro em uma vulgata. Os princípios não podem ser utilizados assim. É necessário que se passe a questionar essas decisões que ferem de morte a democracia. Como se decide no Brasil? É fundamental que se questione sobre isso. Na quadra da história em que se esta, não se pode aceitar que os julgadores decidam como quiserem, que é o que eles vem fazendo, e pior, enganando operadores do Direito (sim, porque os enganados não são mais do que meros operadores) de que tudo está dentro da normalidade. Afinal, “nossas decisões estão baseadas em princípios”. Ora, é chegada a ora – e talvez já se esteja atrasado – de questionar: o que é um princípio?

Necessita-se reivindicar um Direito que trabalhe com casos, ou melhor, decisões que analisem casos e não teses, as quais só estão levando à fragmentação do Direito. O caso concreto desapareceu há muito de nossos julgamentos. Não há cisão! Não pode haver cisão entre faticidade e teses, assim como não pode haver interpretação sem fatos, nem fatos sem interpretação. Esse é sempre um movimento cíclico que precisa ser resgatado, sob pena de se voltar a paradigmas já superados, que não condizem com um Estado Democrático de Direito, ao qual cumpre dar uma resposta adequada para seus cidadãos.

No modo como os magistrados têm, por exemplo, utilizado (ou dito que utilizam) a ponderação para a prolatação de decisões, está-se em descompasso com a democracia. Isso porque a ponderação (que nossos Tribunais na verdade sequer entendem o que ela realmente significa) vem de um momento e contexto histórico totalmente diverso do nosso, porque ela é vinculada à Jurisprudência dos Valores, que é uma importação totalmente descabida no Brasil, que enfrenta um contexto bem diverso, com uma Constituição promulgada, e não outorgada. Evidente que a ponderação não pode dar certo no Brasil, porque, além desse contexto diferente, ela já nasceu errada, quando Alexy tenta racionalizar algo (Jurisprudência dos Valores) irracionalizável. Logo, em *terrae brasiliis*, ponderação serve para provar a decidir qualquer coisa sobre qualquer coisa, assim como os pseudoprincípios, que levaram a um panprincipiologismo.

Quando se sustenta que a legalidade democrática deve ser cumprida, não se está discutindo exegetismo ou aplicação da letra fria da lei, e sim o caráter normativo da Constituição Federal, e isso é ir contra o ativismos, decisionismos e protagonismos judiciais. E esse é o grande dilema: combater o positivismo exegético sem cair em ativismos. A saber que, em um país onde a Constituição Federal prevê direitos fundamentais e sociais, mas que a modernidade é tardia e o cenário é complexo, será contingente o protagonismo do Direito, o que em hipótese alguma quer dizer que o protagonismo judicial seja aceito. Essa é outra coisa. O protagonismo judicial viola os pressupostos básicos da democracia. Em um processo, não podem haver protagonistas. Todos devem ser chamados ao debate, o qual deve originar uma resposta devidamente fundamentada, a qual é incompatível com o protagonismos e a discricionariedades.

Desse modo, o Tribunal pode se basear em princípios para decidir, mas princípios estes que representem uma historicidade com suas bases gravadas na defesa da Constituição. Decisões de princípios são uma necessidade! Decisionismos pautados em panprincipiologismo devem de todo modo ser refutados, principalmente quando mascarados com a justificativa de que só assim os direitos fundamentais serão concretizados.

O que os juízes pensam em suas convicções pessoais não serve como decisão, muito menos quando eles criam princípios para camuflar esse seu solipsismo. É necessário que todos os juristas suspendam seus pré-juízos para que se possa falar em um processo democrático. E é obrigatório falar em processo democrático, porque lutou-se para ter um Estado Democrático de Direito. Agora, tem-se que lutar para que ele não seja violado. E que não se fale que se quer aqui dizer que não se pode interpretar e que é proibido pensar. Notadamente, isso é argumento de quem não compreende o paradigma com o qual se está trabalhando. A democracia não pode depender do que, por exemplo, o próximo Ministro do Supremo Tribunal Federal vai dizer! O Direito é autônomo (não há dúvidas quanto a isso); o juiz não. Isso basta para dizer que ele não pode criar princípios.

Revela registrar novamente: os princípios não dão margem a discricionariedade. Mas na forma como têm sido entendidos pelos Tribunais brasileiros, na atualidade, sim. Os “princípios” viraram álibis teóricos para decisões pessoais, e decisões pessoais impossibilitam a efetivação dos Direitos Fundamentais. Decide-se por procedente o pedido de leito em um hospital com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Decide-se por improcedente o pedido de leito em um hospital com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto não importa a faticidade. Importa a convicção do juiz. Esse é um caminho sem volta. Precisa-se agir rapidamente: se os princípios passam a ser o que os juízes dizem, o Direito também vai passar a ser o que os Tribunais dizem, por meio desses “princípios”. E logo vão passar a dizer o que é a democracia.

Por isso a importância de saber o que é um princípio, ou talvez até o que não é um princípio. Ao saber o que é um princípio, evita-se a banalização e se tem armas para combater a discricionariedade, como foi demonstrado ao logo do trabalho.

Uma palavra final: uma resposta verdadeiramente fundamentada é um direito do cidadão que leva ao cumprimento do disposto na Constituição Federal. É uma necessidade, e não um ideal. Decidir com base em pseudoprincípios com ares de discricionariedade não é decidir adequadamente, é violar direito fundamental de todo o cidadão brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *A fórmula peso*. In: *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DUTRA, Jeferson Luiz. *Dicionário de Filosofia do Direito*. BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). São Leopoldo: Unisinos. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.

---

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

\_\_\_\_\_. *O império do Direito*. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ENGELMANN, Wilson: *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Trad: FIOL, Eduardo Valentí. Barcelona: Bosch, 1961.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. Sexta ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Trad. MENDES, Armindo Ribeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 13. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 16 ed. 2001.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: Uma crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* Disponível em: [www.univalli.br/periodicos](http://www.univalli.br/periodicos). Acesso em 01/12/2010.

\_\_\_\_\_. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. Entrevista concedida ao Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul> Acesso em 15/12/2010.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *O papel da Constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas*. In: Estudos constitucionais. MIRANDA, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; MORAES, José Luiz Bolzan de; (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, Risco e Saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)

Recebido em 19.02.2013

Aprovado em 25.04.2013