



Centro Universitário de Brasília - CEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

LUÍS ANDRÉ FEITOSA NICOLI

**A FÁBRICA DE PRINCÍPIOS DO PODER JUDICIÁRIO: A EQUIVOCADA
APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO E A AMEAÇA AOS
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

BRASÍLIA

2023

Centro Universitário de Brasília - CEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

Curso de Bacharelado em Direito

LUÍS ANDRÉ FEITOSA NICOLI

**A FÁBRICA DE PRINCÍPIOS DO PODER JUDICIÁRIO: A EQUIVOCADA
APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO E A AMEAÇA AOS
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Orientador(a): José Levi Mello do Amaral Júnior

BRASÍLIA

2023

Centro Universitário de Brasília - CEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

Curso de Bacharelado em Direito

LUÍS ANDRÉ FEITOSA NICOLI

**A FÁBRICA DE PRINCÍPIOS DO PODER JUDICIÁRIO: A EQUIVOCADA
APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO E A AMEAÇA AOS
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): José Levi Mello do Amaral Júnior

BRASÍLIA, 26 de Setembro de 2023

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

Ao meu querido amigo Arthur Torres
Cardoso (*in memoriam*), cuja amizade me
ensinou a ter perseverança e fé.

AGRADECIMENTOS

Para viabilizar o desenvolvimento desta monografia de conclusão de curso, foi necessária a ajuda das mais diversas pessoas. Agradeço primeiramente aos professores e orientadores que colaboraram e me guiaram durante todo o período de produção deste trabalho, exercendo papel fundamental ao compartilhar todos os seus saberes, não só jurídicos, como também pessoais. Agradeço também à minha família e amigos, que me deram apoio incondicional para que fosse possível concluir esta árdua tarefa.

“Não alcançamos a liberdade buscando a liberdade, mas sim a verdade. A liberdade não é um fim, mas uma consequência.”

Liev Tolstói

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
CPC	Código de Processo Civil
CF	Constituição Federal
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
TRF	Tribunal Regional Federal
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social

RESUMO

O presente trabalho visa compreender o papel que os princípios exercem nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, em especial, compreender como surgiu o fenômeno do pan-principiologismo, isto é, a criação e aplicação de pseudoprincípios pelos magistrados. A criação/aplicação de “princípios”, sem que haja qualquer critério de razoabilidade pelos juízes, torna a tarefa de concretização dos ideais constitucionais, de respeito aos direitos e garantias fundamentais, algo inviável. Ademais, busca demonstrar como essa criação desenfreada, equivocada e arbitrária de princípios leva à fragilização do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, pois desfaz o limite que demarca a separação dos Poderes ao se permitir que o julgador atue enquanto criador da lei, seja ela constitucional ou infraconstitucional. Destaca-se também o perigo de muitas ideias advindas do neoconstitucionalismo e como essa corrente interpretativa leva, inevitavelmente, à decisionismos, afinal, a “nova hermenêutica” proveniente do movimento neoconstitucionalista permitiria uma “maior abertura” para a interpretação daquele que busca aplicar a norma constitucional. Acima de tudo, a presente monografia visa explicitar que não se deve ceder qualquer espaço para a atuação discricionária do magistrado (e dos tribunais), ainda que estes busquem justificar seus decisionismos em um suposto “bem maior” que, supostamente, busca resguardar os direitos da coletividade e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Pan-principiologismo; princípios; pseudoprincípios; (neo)constitucionalismo; Estado Democrático de Direito; Direitos Fundamentais; Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT

The main purpose of this article is to comprehend the role that principles play in the judgments rendered by the Judiciary, with a particular focus on the phenomenon of pan-principiologism, that is, the judges' creation of pseudoprinciples, renders the task of implementing constitutional ideals, respecting fundamental rights and guarantees, unattainable. Moreover, it seeks to demonstrate how this unrestrained and arbitrary creation of principles weakens the legal framework and, consequently, the Democratic Rule of Law. The danger of the neoconstitutionalistic ideas is also highlighted, and how this interpretative current inevitably leads to decisionism, as the "new hermeneutics" stemming from neoconstitutionalism would allow for a bigger range of interpretation of the constitutional norm. Above all, this monograph aims to make it explicit that no space should be given for the discretionary action of the judge (and the courts), even if they seek to justify their decisionism in a supposed "greater good" that supposedly aims to safeguard the rights of the community and strengthen the Democratic Rule of Law.

Keywords: Pan-principiologism; principles; pseudoprinciples; (neo)constitutionalism; Democratic Rule of Law; Fundamental Rights; Constitutional Jurisdiction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. JUSTIFICATIVAS	12
1.1 Justificativa social	12
1.2 Justificativa teórica.....	13
1.3 Problematização.....	13
1.4 Metodologia.....	15
2. PRINCÍPIOS JURÍDICOS	16
2.1 Conceito	16
2.1.1 Princípios X Regras	18
2.1.2 Princípios segundo Hart	20
2.1.3 Princípios segundo Alexy	22
2.1.4 Princípios segundo Dworkin	23
2.2 Aplicação dos Princípios	26
2.2.1 Positivização de valores.....	31
2.2.2 Ativismo Judicial	32
3. PAN-PRINCIPIOLOGISMO	35
3.1 O Pan-principiologismo na prática	36
3.1.1 “Princípio” da afetividade	36
3.1.2 “Princípio” da precaução.....	39
3.1.3 “Princípio” da simetria.....	41
3.1.4 “Princípio” do processo tempestivo.....	42
3.1.5 “Princípio” da efetividade da Constituição	43
4. NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA NOVA LEITURA DO CONSTITUCIONALISMO.	46
4.1 Conceito.....	46
4.2 Estado Democrático de Direito	47
4.3 A Jurisdição Constitucional como meio para a implementação dos direitos e garantias fundamentais	48
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho é explorar o fenômeno do pan-principiologismo, uma tendência recente na qual os magistrados aplicam “princípios”, de maneira um tanto quanto controversa, para fundamentar decisões questionáveis, especialmente quando se deparam diante de casos complexos, os tão conhecidos *hard cases*, que permeiam o mundo jurídico.

O termo pan-principiologismo (também encontrado como “pamprincipiologismo”) foi forjado por Lênio Streck, que faz referência ao abuso principiológico que vivenciamos no Brasil ou “um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional.” (Streck, 2009, p. 493-516).

Será investigado como esse fenômeno se tornou um obstáculo para a consolidação dos ideais (neo)constitucionais, em particular no que se refere à efetivação dos direitos e garantias fundamentais, que se encontram ameaçados por uma prestação jurisdicional permeada de decisionismos, decorrentes de uma indevida possibilidade de atuação discricionária por parte do julgador.

Primeiramente, será necessário compreender o que são os princípios e qual é sua função dentro do ordenamento jurídico. Para tal, é imprescindível analisar as conceituações doutrinárias feitas por grandes juristas e hermeneutas como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Herbert Hart, autores de referência no ramo de estudo dos princípios jurídicos.

Os referidos doutrinadores apresentam opiniões divergentes quanto à função que os princípios devem exercer no momento decisório, assim, é a partir dessa divergência teórica que será possível compreender como surge o fenômeno central sobre o qual esta monografia versa.

Em um segundo momento, a partir das conceituações feitas no campo da hermenêutica jurídica, busca-se compreender como elas influenciam no ato decisório do magistrado, isto é, entender como os princípios são utilizados e aplicados pelos juízes e tribunais, para que somente então, seja possível compreender e demonstrar como eles deveriam ser aplicados.

Para melhor compreender como se dá a aplicação principiológica nos tribunais brasileiros, serão analisados casos nos quais o pan-principiologismo tem sido observado enquanto fator determinante da decisão judicial, examinando as razões subjacentes por trás dessa abordagem. Será realizada uma revisão crítica das teorias jurídicas que buscam justificar e fundamentar essa prática, destacando suas potenciais falhas e inconsistências.

Além disso, serão exploradas alternativas e propostas para combater o pan-principiologismo, visando preservar a coerência e a legitimidade do sistema jurídico, sem que se dê espaço à discricionariedade do magistrado.

Também serão examinadas estratégias para promover uma interpretação constitucional mais consistente, íntegra e fundamentada em verdadeiros princípios, de maneira a assegurar uma efetiva proteção aos direitos e garantias fundamentais e uma maior segurança jurídica.

Por fim, o trabalho busca contribuir para o debate acadêmico sobre a importância de uma aplicação principiológica coerente e fundamentada no contexto jurídico contemporâneo, desprovida de arbitrariedades e atecnias por parte dos magistrados. A compreensão dos desafios e das consequências geradas pelo pan-principiologismo pode auxiliar na formulação de soluções que fortaleçam a proteção dos direitos e garantias fundamentais, promovendo a efetivação dos ideais constitucionais em um ambiente jurídico cada vez mais complexo e desafiador.

1. JUSTIFICATIVAS

1.1 Justificativa social

O fenômeno do pan-principiologismo vem tomando grandes proporções no âmbito jurídico nacional, especialmente com os choques e discussões sociopolíticas, que cresceram exponencialmente no Brasil durante a última década e que aparentam estar longe do fim.

Mais recentemente, os magistrados estão valendo-se de um método um tanto quanto peculiar para “fundamentar” suas decisões. Eles corroboram seus julgamentos com princípios desprovidos de historicidade e legitimidade, que chamaremos aqui de pseudoprincípios, com o intuito de tornar sua fundamentação mais verossímil, ultrapassando os limites de seus poderes e transformando-o em um verdadeiro juiz-legislador. A tal fenômeno deu-se o nome de Pan-principiologismo, isto é, a tendência de criar novos princípios.

[...] uma espécie de patologia especialmente ligada às práticas jurídicas brasileiras e que leva a um uso desmedido de *standards* argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou regrado pela produção democrática do direito, no âmbito da legislação (constitucionalmente adequada). É como se ocorresse uma espécie de “hiperestesia” nos juristas que os levasse a descobrir, por meio da sensibilidade (o senso de justiça, no mais das vezes, sempre é um álibi teórico da realização dos “valores” que subjazem o “Direito”), a melhor solução para os casos jurisdicionalizados. (Streck, 2012)

Esse fenômeno afeta diretamente não apenas o mundo jurídico, mas tudo o que este tange, isto é, gera efeitos diretamente nos âmbitos social, político, educacional, religioso, etc. Desencadeia sérios problemas sócio-políticos que, a longo, médio e curto prazo, acarretam em graves consequências, pois inviabilizam a aplicação dos ideais traçados pelo constituinte e abalam, precipuamente, a Separação dos Poderes, pilar fundamental do Estado Democrático de Direito sob o qual vivemos (ou pelo menos almejamos viver).

A grande complexidade do tema reside no fato de que esse decisionismo surgiria das “boas intenções” do magistrado, que, visando dar maior eficácia ao texto legal (ou ao texto constitucional), com o fim de proferir uma decisão que, teoricamente

seria do interesse coletivo, se utilizaria desses pseudoprincípios como uma forma de fundamentar sua decisão, em uma verdadeira chincana jurídica.

1.2 Justificativa teórica

A discussão sobre o assunto começou a repercutir com mais relevância dentro do mundo acadêmico por conta do jurista brasileiro Lênio Luiz Streck, que surge como um dos principais críticos dessa aplicação principiológica rasa e desenfreada pelos magistrados brasileiros.

Foram publicados diversos artigos e colunas pelo jurista gaúcho, que buscou demonstrar como o Judiciário brasileiro se tornou uma verdadeira fábrica de “princípios”, que não possuem nenhuma base histórico-normativa, e como isso gera uma confusão no ramo jurídico ao se tentar definir o que é um princípio “de verdade”.

O assunto tem sido objeto de estudo cada vez mais frequente no ambiente acadêmico, especialmente devido à sua crescente importância no Brasil, onde magistrados e tribunais nacionais têm proferido decisões extremamente questionáveis do ponto de vista técnico-jurídico.

No artigo em questão, citado anteriormente, Lênio Streck reflete sobre a natureza dos princípios e, a partir disso, desenvolve uma concepção sobre como eles são aplicados e como deveriam ser aplicados, de forma a evitar que as decisões judiciais se transformem em “fábricas de princípios”, capazes de contaminar e abalar o ordenamento jurídico pátrio.

1.3 Problematização

De que maneira os magistrados fundamentam suas decisões? Especialmente em situações complexas, conhecidas no mundo jurídico como *hard cases*, em que a letra da Lei pode parecer insuficiente para a solução da controvérsia em questão. Nessas situações, os magistrados precisam recorrer a outras fontes de interpretação

jurídica para que seja possível fundamentar suas decisões de forma mais adequada e justa.

Esse processo de fundamentação pode ser ainda mais desafiador em casos em que exista um conflito entre diferentes princípios ou valores constitucionais, exigindo do magistrado uma reflexão mais profunda e uma abordagem mais crítica do Direito, especialmente no que tange a aplicação de princípios.

Quais são os eventuais problemas gerados por decisões fundamentadas em pseudoprincípios? Como elas são capazes de impedir a concretização de direitos fundamentais e ideais sob a égide da Constituição Federal? Os magistrados podem se valer de princípios “inventados”, ainda que para fundamentar decisões que seriam do interesse coletivo? Essas decisões contribuem significativamente para o fenômeno do ativismo judicial? Todas essas questões são necessárias para compreender completamente como esse fenômeno surgiu e em que medida ele pode ser combatido.

O fenômeno do pan-principiologismo tem elevadíssima relevância dentro do mundo do Direito, sendo extremamente maléfico não somente do ponto de vista jurídico, mas também social e político. O magistrado torna-se um verdadeiro legislador, valendo-se de princípios “inventados”, isto é, desprovidos de qualquer carga normativa, para ratificar decisões arbitrárias e infundadas.

Assim, ao utilizar o princípio “x”, a decisão passa a ter a aparência de uma decisão fundamentada, desprovida de vícios (ao menos principiológicos), que obedece aos ditames do ordenamento jurídico nacional.

O ordenamento jurídico, no contexto do Estado Democrático de Direito, deve visar, precipuamente, que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais do cidadão, não sendo suficiente para tal objetivo apenas o direito positivo. Os magistrados devem possuir ferramentas mais flexíveis do que somente a letra fria da lei, para que seja possível assegurar os direitos da sociedade, especialmente sob o espectro constitucional. Assim, só é possível extrair o máximo da Constituição e de seu texto se se observarem os princípios que dela derivam.

1.4 Metodologia

Durante o desenvolvimento da presente monografia foi adotado o método de pesquisa dogmática, que visa analisar o fenômeno do pan-principiologismo dentro do mundo jurídico, e como ele é capaz de afetar não somente este, mas também o âmbito político e social.

Ao se analisar decisões alicerçadas em princípios desprovidos de qualquer força normativa, pode-se constatar facilmente como esses decisionismos, por mais simples e inofensivos que pareçam, são capazes de fragilizar o ordenamento jurídico e botar a segurança jurídica em xeque. Desta forma, é necessário compreender o que são princípios e qual função eles exercem dentro do ordenamento jurídico, só então será possível demonstrar como sua “má aplicação” constitui uma ameaça aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, especialmente quando este busca a tutela jurisdicional do Estado.

Para melhor compreender como os princípios são utilizados (e como deveriam ser), foram analisados e estudados diversos julgados dos mais variados tribunais brasileiros, não só estaduais e federais, como também de tribunais superiores. A base teórica da monografia também foi construída com a ajuda da doutrina (nacional e estrangeira) especializada em Filosofia do Direito, Direito Constitucional e Hermenêutica jurídica, para que assim, fosse possível fundamentar o presente trabalho com entendimentos embasados e sólidos do ponto de vista teórico.

2. PRINCÍPIOS JURÍDICOS

2.1 *Conceito*

Antes de se compreender efetivamente o que constitui o fenômeno do pan-principiologismo, é necessário realizar algumas perguntas relativamente “simples”. Afinal, o que são princípios? Como eles surgem? Qual é sua função dentro do ordenamento jurídico? O que torna um princípio um princípio? Como é possível distingui-los dos “falsos” princípios referidos no presente trabalho? São questões que, embora pareçam ser de fácil solução, geram longas e aprofundadas discussões dentro da seara teórica.

Dentro dos campos da Filosofia do Direito e da Hermenêutica jurídica são expoentes os juristas Robert Alexy, Ronald Dworkin e Herbert Hart, com suas respectivas obras, que foram (e ainda são) de suma importância para toda a discussão que circunda a definição do que constitui um princípio jurídico.

Os referidos autores possuem diversas obras que tratam do ramo principiológico do Direito, sendo imperiosa suas citações para a compreensão aprofundada sobre os princípios e sobre a discricionariedade do julgador, especialmente porque os juristas supracitados partem de importantes distinções entre princípios, regras e normas.

Desta forma, também é necessário compreender o que são regras e normas, para que seja possível distingui-los dos princípios e compreender qual a função de cada um deles. Existem diversas correntes de pensamento divergentes quanto ao tema, mas atualmente, duas se destacam.

A primeira corrente propõe uma forte distinção entre princípios e regras, a partir de uma distinção qualitativa, ou seja, ou a norma é um princípio ou é uma regra, não sendo possível estabelecer um meio termo. Alexy e Dworkin são os principais defensores dessa corrente, apesar de possuírem importantes divergências teóricas que os diferenciam, as quais serão aprofundadas adiante.

A segunda corrente entende que o limiar entre princípios e regras é extremamente frágil, dessa forma uma norma pode, ao mesmo tempo, ter caráter de regra e de princípio, em maior ou menor grau, variando conforme a natureza do caso em questão. Os principais doutrinadores que defendem a fraca distinção entre princípios e regras são Karl Larenz, Josef Esser e Wilhelm Canaris.

A tese “forte” da distinção entre princípios e regras é defendida, sobretudo, por Dworkin e Alexy. É a tese que defende que há uma diferença de caráter lógico entre princípios e regras. Essa não é a tese mais difundida na doutrina brasileira, que, em geral, tem-se ocupado em defender uma tese que se pode denominar “fraca” da distinção entre princípios e regras, pois advoga uma distinção de grau, seja de grau de fundamentalidade, de abstração ou de generalidade. (Sousa, 2011)

Muito embora concordem quanto à diferenciação entre princípios e regras, os autores, em especial Dworkin e Alexy divergem fortemente quanto à sua aplicação e função dentro do ordenamento jurídico, pois entendem que os princípios devem ser utilizados de maneiras diferentes pelo magistrado, isto é, exercem diferentes funções no momento decisório.

Os três autores mencionados anteriormente serão tomados como referência durante o presente trabalho, pois, muito embora possuam conceituações diferentes, Dworkin, Alexy e Hart (os dois últimos com fortes semelhanças teóricas) apresentam definições e conceitos de extrema importância dentro do mundo jurídico, e que até hoje representam verdadeiros marcos dentro do campo da Teoria do Direito e Hermenêutica jurídica.

Ainda assim, mesmo diante de diversas correntes teóricas e conceituações, os princípios não conseguem ser facilmente definidos. Alguns autores, inclusive, a exemplo do jurista alemão Josef Esser, adotam uma delimitação a partir de uma definição negativa, isto é, estabelecem primeiramente aquilo que não pode ser um princípio, assim, “um princípio 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” (Esser, 1961).

Porém, conforme dito anteriormente, as conceituações que mais se destacam são as de Alexy e Dworkin, que partem da diferenciação conceitual entre princípios e

regras. Referida diferenciação é absolutamente necessária para que se possa entender como surge o fenômeno do pan-principiologismo, objeto principal do presente estudo.

2.1.1 Princípios X Regras

Para a plena compreensão sobre a definição do que constitui um princípio, deve-se, em primeiro lugar, fazer uma distinção entre este e as regras. Porém, antes mesmo de compreender o que é um princípio jurídico, é necessário conceituar o que constitui uma norma jurídica, afinal, o princípio pode ser considerado como uma das espécies de normas.

A conceituação de norma jurídica e a distinção entre suas “espécies” (princípios e regras) sempre foi um tema de alta relevância na seara da Teoria do Direito, havendo diversos critérios e teorias utilizados para que seja possível realizar essa diferenciação.

Todavia, as normas são compreendidas, em termos gerais, como o resultado da interpretação do texto legal e do qual se extrai uma diretriz, uma regra de caráter obrigacional, permissivo ou proibitivo. Assim aduz Lênio Streck:

[...] 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, 2009, p. 504)

Segundo a concepção de Dworkin, a principal característica para que seja possível realizar a distinção entre os dois é identificar que as regras são aplicadas conforme o sistema do *tudo-ou-nada*, isto é, ou se aplicam completamente, ou não se aplicam, não existindo um meio termo, uma *ponderação*. Além disso, os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem: a *dimensão do peso* (*dimension of weight*) (Dworkin, 2002, p. 25-26).

Já segundo Robert Alexy, os princípios são normas jurídicas que dependem da realização de um fato, “na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e

jurídicas". Assim, podemos concluir que os princípios, diferentemente das regras, podem possuir diversas nuances dentro de diferentes situações, ou seja, podem ser sopesados de maneiras diferentes, a depender do contexto fático e jurídico que envolve determinado caso concreto.

A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia [...]. (Ávila, 2022, p. 61)

Ainda assim, tanto Dworkin quanto Alexy chegam à um comum acordo no sentido de que um importante ponto para a diferenciação entre princípios e regras é o fato de que a não incidência de um determinado princípio, em um determinado caso, não elimina a possibilidade de este mesmo princípio ser utilizado em outro caso (com contexto fático similar, mas não completamente idêntico, por óbvio).

Essa assertiva fica clara com o que o jurista americano identifica como a *dimensão de peso*, conceito elaborado por Dworkin em sua obra *Taking Rights Seriously* (Dworkin, 1977). Nesse sentido, um mesmo princípio terá sua força normativa regulada a partir do contexto no qual ele será aplicado, não impedindo que um princípio X incida de forma mais incisiva em um determinado caso A, e de forma mais branda em um caso B, por exemplo. Assim complementa Humberto Ávila:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (Ávila, 2022, p. 235)

As regras, por sua vez, estabelecem padrões específicos e precisos, sob o prisma de aplicação do termo “se... então”. Diferentemente dos princípios, elas são formuladas de maneira clara e determinada (ao menos, teoricamente), sem muita flexibilidade interpretativa, com o objetivo de definir condutas de cunho obrigatório ou proibitivo/restritivo. Assim, são aplicadas de forma binária, isto é, ou a regra se aplica integralmente ou não se aplica, sem qualquer espaço para ponderação entre

possíveis regras aplicáveis ao caso concreto. Mais uma vez, na lição de Humberto Ávila:

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que a característica dianteira das regras é a previsão do comportamento. (Ávila, 2022, p. 235)

Assim, resumidamente:

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto à justificação que exigem. A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária. (Ávila, 2022, p. 236)

Em breve síntese, fica evidente que os princípios apresentam uma natureza mais abstrata e ampla em comparação às regras, destinando-se a oferecer diretrizes fundamentais no momento em que o juiz precisa tomar sua decisão. Desta forma, podemos tomar os princípios como um “reforço teórico” para o Direito, sendo de imperiosa importância para a resolução das questões jurídicas quando a lei (compreendida aqui como as regras codificadas, isto é, positivadas) demonstra ser insuficiente para apresentar uma resposta clara para os problemas jurídicos.

2.1.2 Princípios segundo Hart

O jurista inglês Herbert Lionel Hart é um dos principais expoentes no campo da Teoria do Direito, sendo diretamente ligado ao movimento do positivismo jurídico, afinal, teve especial importância dentro dos fundamentos teóricos sustentados pela corrente.

Hart trouxe valiosas conceituações, especialmente sobre a natureza do Direito, por ele considerada como um sistema de regras em que a interpretação jurídica possui fundamental importância, conjuntamente com o papel das autoridades dentro da comunidade jurídica na criação e aplicação das normas.

Sua contribuição para a Teoria do Direito foi de tamanha importância, tendo influenciado diretamente outras gerações de juristas, especialmente Robert Alexy, Ronald Dworkin e Neil MacCormick, ainda que estes tenham consideráveis divergências teóricas com relação às conceituações positivistas de Hart.

Segundo Hart (2018), o Direito consistiria em um sistema de regras sociais que são criadas por autoridades políticas e que são internalizadas pela sociedade. Para o britânico, também surge a ideia da regra/norma de reconhecimento, que constituiria um critério fundamental para identificar se as normas jurídicas são válidas dentro de uma determinada comunidade.

O autor entende que as normas possuem uma “textura aberta” (*open texture*), ou seja, não possuem uma orientação/acepção bem definida, o que permite que o julgador atue dentro dos limites dessa abertura. Assim, Hart também entende que, diante da inexistência de norma jurídica que se aplique ao caso, poderá o juiz agir com discricionariedade no momento decisório, isto é, apenas em caráter de *ultima ratio*.

Hart enfatiza a importância da interpretação do direito, argumentando que os juízes têm a função de aplicar as regras de acordo com as convenções e padrões da comunidade jurídica. Reconhece também a existência de margem para a discricionariedade do magistrado, onde os juízes podem exercer esse poder de discricionariedade para resolver os famigerados *hard cases* e preencher lacunas legais.

2.1.3 Princípios segundo Alexy

Para Alexy, em especial, há uma clara distinção entre regras e princípios, uma vez que estes são aplicados de forma completamente diferente daqueles (Amorim, 2005). Assim, com Alexy, surge a concepção de que princípios constituem verdadeiros mandados de otimização, isto é, “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” (Alexy, 2008, p. 89-90).

Dessa forma, as regras englobam diretrizes que se limitam àquilo que é possível tanto factual quanto juridicamente. Isso implica definir que a distinção entre princípios e regras possui caráter qualitativo, e não somente quantitativo, de tal forma que os princípios colidiriam quanto ao peso de sua aplicação, ou seja, no possível prejuízo que a sua não aplicação poderia ocasionar, sendo necessário avaliar como a incidência dos princípios envolvidos afetaria o caso em questão.

Conforme exposto anteriormente, Alexy bebe diretamente da teoria de Hart quando entende que a discricionariedade do magistrado como algo totalmente aceitável (e, de certa forma, até mesmo inevitável), com uma forte vinculação aos ideais positivistas (Engelmann, 2001).

Alexy, ao formular sua teoria dos princípios, seguiu os fundamentos do relativismo de Gustav Radbruch¹, isto é, afirma que a discricionariedade judicial é algo inevitável e que decorre da própria abertura interpretativa do texto legal, algo que fica evidente quando trata os princípios como mandados de otimização.

Referido conceito busca demonstrar que os princípios desempenham um papel fundamental ao oferecer ao magistrado uma margem de abertura no momento de

¹ Primeira “fase” do jurista alemão, anterior ao Regime Nazista, em que havia um forte apego ao positivismo e racionalismo jurídico. Posteriormente, em sua segunda fase, Radbruch se aproxima mais do direito natural, tendo em vista os horrores decorrentes do Nazismo e dos regimes totalitários europeus. Nas palavras do autor: “Não se pode ignorar - precisamente depois da experiência destes doze anos - os terríveis perigos para a segurança jurídica que podem acarretar atitudes representadas pelo conceito de arbitrariedade legal ou pela negação da natureza jurídica às leis positivas. [...] precisamos estar preparados, buscando a superação essencial do positivismo que fez esmorecer o poder de defesa contra o abuso da legislação pelos legisladores nacional-socialistas e lutando contra o retorno de modalidades de Estado da mesma forma injusta.” (RADBRUCH, 1957, p. 66)

aplicação da lei, isto é, dá margem para que o julgador adote aquele princípio que acredita ser o que melhor convém ao caso, aquele que dá a solução adequada (ou mais adequada) para a demanda controvertida na demanda judicial.

Para o autor alemão, diferentemente de Dworkin, faz-se uma cisão completa entre princípios e regras. Ao estabelecer essa cisão, Alexy consegue dar uma resposta para a questão que gira em torno dos limites da racionalidade dos direitos fundamentais, afinal, quando confrontado com um *hard case*, o juiz não fica desprovido de orientação normativa para tomar sua decisão. O juiz não tem permissão para decidir de forma arbitrária, pois deve se apoiar nos princípios jurídicos, que também são normas.

Diante do novo caráter assumido pelos Direitos Fundamentais, em virtude da positivação nas constituições modernas como direitos de vigência imediata, Alexy se preocupou em dar a devida interpretação a esses Direitos. A necessidade de métodos específicos para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais se dava justamente pela vagueza das formulações dos catálogos desses direitos. E além do mais, as teorias clássicas e o método subsuntivo eram insuficientes para resolver os delicados problemas (*hard cases*) que envolviam esses direitos. (Amorim, 2005)

Dessa forma, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy desempenhou um papel crucial ao satisfazer o propósito de oferecer respostas racionalmente fundamentadas para as indagações relacionadas aos Direitos Fundamentais. Consequentemente, buscou-se a reabilitação da axiologia prática no sistema jurídico, transformando a teoria dos princípios em uma teoria com fortes alicerces, completamente estruturada, o que deu origem à chamada escola pós-positivista.

2.1.4 Princípios segundo Dworkin

Segundo Dworkin, nos termos dos ideais do positivismo jurídico, do qual é crítico ferrenho, o sistema jurídico seria composto apenas por regras, o que inviabilizaria a resolução dos *hard cases*, sem a possibilidade da aplicação de *standards* que funcionem de maneira diversa das regras.

Consequentemente, o sistema jurídico teria um caráter muito mais estático e “engessado”, funcionando apenas com normas jurídicas aplicáveis ao estilo do tudo ou nada, sem possibilidade de adequação da aplicação da lei para o caso concreto.

Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder, E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. (Ávila, 2022, p. 152-153)

Inicialmente, deve-se compreender que Dworkin diferencia os princípios das regras a partir de dois critérios principais. O primeiro critério se dá no ponto de vista lógico, isto é, deve-se analisar qual o tipo de solução que foi efetivamente dada ao caso concreto em questão.

As regras serão aplicadas no modo do tudo ou nada (*all or nothing fashion*), isto é, ou são válidas e suas consequências devem ser aceitas, ou são inválidas e não têm efeitos jurídicos. Os princípios, por sua vez, não determinam uma decisão conclusiva em um caso específico, mas fornecem motivos que falam a favor de uma decisão, como se indicassem um caminho para o magistrado seguir no momento decisório.

O segundo modelo refere-se à dimensão de peso dos princípios (*dimensions of weight or importance*), característica inerente aos princípios que não é encontrada nas regras. Isto é, quando ocorre uma colisão entre dois princípios, deve-se observar as circunstâncias fático-jurídicas próprias do caso para que seja possível identificar qual princípio se sobressai em relação ao outros (ou até mesmo outros). Assim, a resolução da colisão de princípios ocorre na dimensão de peso, enquanto o conflito entre regras é resolvido no plano da validade.

Ainda de acordo com Dworkin, os princípios são compostos por motivos que sustentam uma decisão, de modo que, em um caso específico, pode haver um princípio que exija aplicação, mas que outros princípios, devido às circunstâncias particulares do caso, podem ter um peso ou primazia maior, o que resulta em sua aplicação, afastando a força normativa do primeiro princípio.

Em resumo, os princípios, conforme Dworkin, representam razões que favorecem uma determinada decisão, mas sua aplicação pode ser superada por outros princípios com maior peso em determinadas circunstâncias.

No entanto, isso não quer dizer que o princípio preterido deixe de fazer parte do sistema jurídico, pois em um caso subsequente, seja por não haver mais aquelas circunstâncias contrárias ou por terem perdido sua relevância, o princípio anteriormente rejeitado pode se tornar aplicável ao caso e, assim, ganhar prevalência sobre os princípios que lhe eram contrários.

Reformulando, o fato de um princípio ser temporariamente deixado de lado não significa sua automática exclusão do sistema jurídico, pois ele pode ressurgir como um elemento determinante em casos futuros, superando os princípios anteriormente contrários a ele. Desta forma, diferentemente das regras, os princípios “podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente. E, assim, subsistem no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação” (Carvalho Netto, 1996).

Para Dworkin, não há a separação estrutural entre regras e princípios defendida por Alexy, pois os dois teriam um vínculo necessário, assim:

[...] 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. [...] 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, 2009, p. 501-504).

Dworkin entende que o positivismo jurídico delineia um paradigma de sistema legal que fundamenta-se exclusivamente em regras, não tendo qualquer influência principiológica, o que o torna inadequado para lidar com a resolução dos *hard cases*, afinal, a ênfase exclusiva nas regras não permite uma compreensão abrangente da complexidade inerente a esses casos, limitando a capacidade do sistema legal de oferecer soluções adequadas e consistente diante de cenários mais intrincados.

O jurista americano, através de um caso hipotético, busca demonstrar a falha na teoria positivista de Hart. Dworkin aduz que, em certa situação, em que não há uma regra aplicável ou quando a regra aplicável é indeterminada, um juiz se depara com a necessidade de tomar uma decisão discricionária, ou seja, ele necessariamente deverá dar uma solução para o caso, ainda que de maneira discricionária, o que deve ser evitado. Essa dificuldade de se dar a solução ao caso, diante da ausência de regras aptas para resolver o problema, seria facilmente resolvida com a utilização de princípios, tendo em vista seu caráter fluido.

Dessa forma, demonstra que os princípios realizam um fechamento hermenêutico dentro do ordenamento jurídico, sendo imprescindível para a efetivação do direito, sem arbitrariedades e decisionismos.

Para Dworkin o Direito deve ser compreendido como um sistema íntegro, sem incompletudes e que, por esse motivo, seria capaz de vincular o julgador, de maneira que este não poderia decidir de maneira discricionária, afinal, a decisão correta seria apenas uma, sem abertura para outras interpretações.

2.2 Aplicação dos Princípios

Dentro do campo da hermenêutica e do estudo da argumentação jurídica, definem-se dois modelos básicos de aplicação de normas, assim, a questão da aplicação das regras é resolvida por meio da subsunção, enquanto a dos princípios é resolvida pela ponderação.

Para compreender o porquê de os princípios se submeterem a esse método de aplicação/interpretação próprio, faz-se necessário, primeiramente, entender o caráter deontico das normas, além de explicar o porquê de os princípios jurídicos não poderem ser considerados como valores.

O caráter deontico das normas provém do fato de que elas exprimem uma conduta que deverá ocorrer, isto é, são prescritivas, seja para obrigar, permitir ou proibir. Assim, o conteúdo das normas é "como um estado de coisas que deve, precisa

ocorrer obrigatoriamente" (Castilho e Castilho, 1992, p. 207). A partir dessa premissa, pode-se verificar que tanto as regras como os princípios possuem caráter deôntico. Todavia, enquanto as regras descrevem uma conduta imediata, descritiva, os princípios, por sua vez, descrevem um *dever ser*, um estado ideal sobre o qual se buscarão os meios para atingir o fim idealizado (Ávila, 2022, p. 79). Os princípios jurídicos atuam como o fundamento normativo que dá origem aos outros direitos e garantias, isto é, os princípios dão fundamentação e sustentação ao resto do ordenamento jurídico (Canotilho, 1993, p. 167).

Consequentemente, não podemos falar em "axiologia principiológica", isto é, os princípios não são a nascente de novas normas, não dão origem às normas jurídicas. Ao contrário, os princípios são as próprias normas, o que vai de encontro com a própria ideia de mandados de otimização de Alexy, que assim aduz:

(...) tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandamento, da permissão e de proibição. Os princípios, tal como as regras, são razões para juízos concretos de deve-ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas. (Alexy, 1993)

Atribui-se aos princípios essência normativa, o que contesta diretamente as teorias positivistas (Bobbio, 2016, 127-154), que atribuem aos princípios um caráter subsidiário, com o fim de "aprimorar" a aplicação da lei pelo magistrado.

Tanto os princípios quanto as regras são normas, expressos por meio de mandamentos, proibições e permissões que orientam e determinam a aplicação da lei pelo magistrado. Nesse sentido:

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 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, 2009, p. 526).

Desta forma, deve-se compreender os princípios enquanto “aquilo que condiciona deontologicamente o todo da experiência jurídica e oferece legitimidade para a normatividade assim instituída” (Heidegger, 2004, p. 537).

É tão somente com a chegada do constitucionalismo, promovido pelo avanço dos ideais constitucionais no campo teórico que geraram uma mudança paradigmática no direito, que uma parcela significativa de juristas decidiu tratá-los como uma substituição dos princípios gerais do direito ou como um alicerce dos valores estabelecidos como essenciais pela sociedade.

Tornou-se algo recorrente enxergar os princípios constitucionais como “princípios positivos”, tendo em vista que estão dispostos no texto constitucional e, por isso, estariam dotados de um caráter mais “sólido”. Essa falsa impressão leva à uma criação desenfreada de princípios, como se fosse razoável criar tantos princípios quanto forem necessários para que o magistrado possa fundamentar suas decisões e resolver os *hard cases*, desde que estejam de acordo com o texto constitucional.

Uma simples pergunta como “qual a validade desses princípios, então?” encontra-se sem resposta diante dessa questão. Assim, entende Lênio Streck:

“Nem os chamados princípios gerais do Direito nem os princípios epistemológicos podem responder a tais questões. Os princípios gerais do Direito – ao menos no que tange à tradição continental, romano-germânica – estão impregnados por uma concepção de justiça e de moral influenciada por um nítido corte idealista: há sempre a aposta em um mundo paralelo, capaz de determinar por mimetismo a realidade vivenciada.” (Streck, 2017)

É nesse “simples” ato da decisão que reside a dúvida sobre a aplicação dos pseudoprincípios, isto é, o magistrado está agindo com discricionariedade ou está sendo arbitrário? Ainda, discricionariedade e arbitrariedade são a mesma coisa dentro desse contexto? Deve-se perguntar se há cabimento para a discricionariedade do magistrado durante o momento decisório.

De certa forma, os princípios aparentam dar uma certa “abertura” para o magistrado, porém, essa abertura não deve ser compreendida de forma simplória. Os princípios devem ser sopesados tendo em vista o contexto histórico-fático do caso

concreto, sendo interpretados conforme a comum-idade dos princípios. Nesse sentido:

Todo princípio pode possibilitar uma “abertura” para que o juiz decida. Todavia, a comum-idade 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)

Nesta toada, deve-se compreender que os princípios têm sua aplicação limitada, afinal, devem observar a sua historicidade diante do caso concreto, sendo analisados de forma sistemática, para que não se tornem legitimadores de decisionismos, formalizadores de intuições morais próprias do magistrado (Jestaedt, 2007, p. 265-269). Caso não sejam observados esses requisitos, serão “princípios” despidos de historicidade e legitimidade, isto é, constituem pseudoprincípios. Assim, “quando a Justiça - em todas as suas instâncias - decide questões morais polêmicas por meio de pontos de vista morais, pratica assim a “desqualificação” da base social” (Maus, 2000, p. 158)

Todavia, isso não significa que os princípios devam ser criados/aplicados de maneira taxativa, como se houvesse uma espécie de “lista de princípios”. O que se busca é apenas esclarecer que nem todas as decisões proferidas e os entendimentos estabelecidos pelos magistrados e tribunais brasileiros (ainda que de forma reiterada) poderão servir de pretexto para o nascimento de um princípio, ou seja, não são universalizáveis.

Pelo contrário, uma decisão fundamentada por princípios, isto é, por verdadeiros argumentos principiológicos, não necessita da expressa menção ao princípio aplicado, afinal, seu conteúdo revela-se por meio da fundamentação da decisão judicial em si mesma considerada, que deverá examinar a faticidade do caso em questão. Assim, os atos de interpretar, compreender e aplicar se reúnem, sem qualquer espécie de cisão.

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).

Conforme afirmado pela doutrina, “pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso” (Ávila, 2022, p. 55).

Dentro do cenário jurídico brasileiro, ainda persiste essa cisão entre fatos e teses, isto é, implica que os atos de interpretar, compreender e aplicar também estejam completamente separados. Nas palavras de Suelen da Silva Webber:

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. (Webber, 2013)

A divisão entre os atos de compreender, interpretar e aplicar as normas jurídicas tem origem na própria separação entre princípios e regras, afinal, quando a compreensão e a aplicação são separáveis, o intérprete não consegue extrair do texto algo que já está intrinsecamente presente nele.

A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui “o” significado correto aos termos legais. Ele tão só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos – , já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso, ou melhor, como uso. (Ávila, 2022, p. 54)

Contudo, deve-se destacar que, embora os sentidos sejam reconstruídos pelo intérprete, não se deve concluir que não exista(m) significado(s) antes da interpretação/aplicação (Ávila, 2022, p. 54). Daí se extrai o conceito de “enquanto hermenêutico” formulado por Heidegger, isto é, já existem acepções e compreensões anteriores ao ato interpretativo e que já permitem que se extraia um significado daquilo que se interpretará.

2.2.1 Positivização de valores

Pode-se tomar a “positivação de valores” como o cerne do fenômeno do pan-principiologismo. A desenfreada e irrestrita “positivação de valores” desemboca,

inevitavelmente, no pan-principiologismo. É justamente a partir da positivação de valores que surgem os princípios orientadores que “compõem” a Constituição. Nela, determinados valores são tomados como essenciais e, na grande maioria das vezes, incorporados ao mundo jurídico enquanto princípios, nascendo assim uma enorme gama de novos princípios.

“Positivaram-se os valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação”, em um segundo momento, de todo tipo de “princípio”, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou “corrigir” as incertezas da linguagem. (Streck, 2012)

A doutrina pátria encontra-se diante de uma grande relativização principiológica, isto é, os princípios são usados sem qualquer espécie de critério e até mesmo sem uma finalidade em si. Hodiernamente, quem dá a finalidade ao princípio é o próprio magistrado, que o utiliza como bem entende.

É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico. Importa ressaltar, no entanto, que notáveis exceções confirmam a regra de que a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico. Trata-se, em especial e paradoxalmente, da efetividade de elementos chamados fundamentais - os princípios jurídicos. (Ávila, 2022, p. 45)

Todavia, a positivação de valores, em um segundo momento, tem seu propósito deturpado pelos julgadores, que acham ser possível criar tantos princípios quantos forem necessários para solucionar os problemas jurídicos, em especial os *hard cases*, desde que estejam de acordo com os propósitos do Estado Democrático de Direito. Nos dizeres de Humberto Ávila, ao tratar das distinções entre regras e princípios, revela-se que:

[...] tais distinções têm atribuído aos princípios a condição de normas que, por serem, relacionadas a valores que demandam apreciações subjetivas do aplicador, não são capazes de investigação intersubjetivamente controlável. Como resultado disso, a imprescindível descoberta dos comportamentos a serem adotados para a concretização dos princípios cede lugar a uma investigação circunscrita à mera proclamação, por vezes desesperada e inconsequente, de sua importância. Os princípios são reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico sem que a essa

veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los. (Ávila, 2022, p. 46)

Desta forma, mesmo que os pseudoprincípios estejam cercados de “boas intenções” por parte do julgador, não pertencem ao mundo jurídico por não estarem dotados de qualquer tradição ou carga histórica e jurídica que justifiquem sua elevação ao patamar de um verdadeiro princípio jurídico.

2.2.2 Ativismo Judicial

O fenômeno do ativismo judicial está intimamente ligado com o pan-principiologismo, afinal ambos estão diretamente relacionados ao modo como os juízes interpretam e aplicam a lei (Motta, 2010). Porém, para explicar essa ligação entre os referidos fenômenos, deve-se conceituar o que é ativismo judicial.

O exercício da função jurisdicional, isto é, "o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo" (Dinamarco; Lopes, 2016), é sempre limitado pelo próprio ordenamento jurídico, para que os magistrados não incorram em abusos, extrapolando esses limites.

Quando o Judiciário interfere, de forma indevida, nas funções dos outros Poderes, por meio da aplicação jurisdicional, estamos diante do ativismo judicial. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2009):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Assim, resta aparente a ligação entre o ativismo judicial e o pan-principiologismo, afinal, ao valer-se de falsos princípios para fundamentar suas decisões arbitrárias (Streck, 2010), o julgador, enquanto representante do Poder Judiciário, age como um verdadeiro legislador, usurpando a função do Poder Legislativo, sendo o responsável pela criação e aplicação da Lei. Nesse sentido, Luís Flávio Gomes aduz:

“[...] uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz ‘cria’ uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem nos tratados, nem na Constituição”. (Gomes, 2009)

Todavia, não se deve confundir ativismo judicial com o fenômeno da judicialização, pois esta última constitui um fenômeno natural, orgânico e até mesmo necessário dentro do âmbito da Tripartição dos Poderes de um Estado Democrático de Direito.

Em sentido mais amplo, a judicialização constitui um fenômeno complexo que, além de envolver o âmbito jurídico, envolve também os âmbitos, social, cultural e econômico (Barroso, 2022). Por sua vez, esses âmbitos interagem entre si, de maneira que resultam em uma tendência de ampliação da atuação do Poder Judiciário, que acaba se tornando responsável por regulamentá-los por meio de seus juízes e tribunais.

No Brasil, a judicialização da política não é apenas fruto do protagonismo institucional do Poder Judiciário, mas também das demandas da sociedade civil, que busca no direito uma via para representar seus interesses. Esse fenômeno está ligado à restauração da democracia no país (à partir da Constituição Federal de 1988), à adoção de um constitucionalismo dirigente, à implementação de um modelo de Estado Social bem como ao aumento da litigiosidade pela população.

Desta forma, ao se comparar a Constituição Federal de 1988 com outras Constituições de países democráticos e republicanos mundo afora, constata-se que a Carta Magna brasileira dá mais poderes ao Judiciário do que em comparação com outros países, especialmente no que se refere à nossa Cúpula maior no âmbito jurídico, o STF.

O ativismo judicial, portanto, pode prejudicar a estabilidade institucional da democracia quando o Judiciário atua como Legislativo, violando o princípio da separação dos poderes, desconsiderando precedentes jurisprudenciais e decisões judiciais por meio do decisionismo político. Mas atua de maneira desejada quando tem uma atuação incisiva e forte para que seja possível garantir os direitos daqueles que se socorrem ao Poder Judiciário para resguardar seus direitos. Ao tratar da efetivação do sistema democrático, Robert Dahl (2002) aduz que ele deve ter “como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos”.

De forma resumida, o ativismo judicial representa uma postura do Judiciário que considera a interpretação do direito enquanto um ato de vontade do julgador, enquanto a judicialização da política é um fenômeno espontâneo, resultante de um contexto histórico, social e jurídico no qual as transformações pós-guerra e a inclusão de direitos fundamentais nos textos constitucionais desempenham um papel significativo, obrigando o Poder Judiciário a tomar uma posição mais incisiva para a efetivação de direitos.

Desta forma, é importante distinguir a judicialização da política, como um fenômeno natural resultante da estruturação jurídica adotada na Constituição Federal de 1988, do ativismo judicial, que representa uma postura expansiva e exagerada dos magistrados e tribunais na interpretação do texto constitucional e um alargamento hermenêutico excessivo que tem levado o direito a fins distintos de sua essência deontológica (Habermas, 1989). Essa distinção é fundamental para compreender o fenômeno do pan-principiologismo, que surge como resultado do ativismo judicial desenfreado.

3. PAN-PRINCIPIOLOGISMO

Os princípios são elementos indispensáveis dentro no ordenamento jurídico, especialmente no que diz respeito ao momento da prestação jurisdicional, ditando o caminho que deve ser observado pelo magistrado (ou órgão colegiado) para a correta aplicação da lei e resolução da demanda em questão, conforme os ideais do Legislador brasileiro (Leal, 2003, p. 72).

Contudo, eles também podem representar uma grande ameaça quando desvirtuados de seu caráter precípua. Mais recentemente, os magistrados começaram a se valer do “poder discricionário dos juízes” (Dworkin, 2006) para fundamentar as mais absurdas decisões. Isto é, os juízes inventam e distorcem os mais variados princípios, com o especial fim de tentar corroborar as suas decisões de teor absurdo e fundamentação rasa, como se o simples fato de esta estar alicerçada em um princípio atribuísse uma maior força e fundamentação jurídica, sendo capaz de sustentar e maquiar sua arbitrariedade.

Os princípios devem proporcionar, de certa forma, uma “abertura” para que o juiz decida, sempre observando a historicidade e os valores que ele deve carregar, para que assim, seja possível realizar um “fechamento hermenêutico” (Webber, 2013, p. 305-324) na hora em que se profere a decisão, de maneira que não seja possível se falar em um decisionismo, uma arbitrariedade. Se os “princípios” não possuem qualquer carga valorativa, não estando de acordo com as convicções e ideais do ordenamento jurídico, então não podem ser chamados como tal, devendo ser considerados como pseudoprincípios.

Assim surge o pan-principiologismo, com decisões estruturadas em cima de falsos princípios, com o objetivo de satisfazer as pretensões “pessoais” do magistrado, maquiadas por fundamentações absurdas e chicanas principiológicas. Todavia, o que se propõe não é a codificação dos princípios, afinal, neste caso, não teriam mais a essência de verdadeiros princípios, ou seja, seriam desnaturados. O que se busca é impedir esse movimento de criação de álibis retóricos pelos Tribunais, para que os juízes não se tornem os verdadeiros protagonistas durante a solução dos litígios.

O termo panprincipiologismo foi cunhado por Lenio Streck para fazer referência ao “abuso principiológico que vivenciamos em *terrae brasiliis*” ou “um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional”. (Webber, 2013, p. 305-324).

Nas últimas décadas, foi possível observar uma maior preocupação por parte da doutrina com o referido fenômeno, que tem sido observado com assiduidade na jurisprudência pátria. Consiste, assim, na criação de princípios desprovidos de qualquer normatividade que surgem com o propósito de fundamentar decisões com um fim preestabelecido pelo julgador. Permitir a livre criação de princípios por parte dos magistrados é permitir a fragilização do nosso ordenamento jurídico, fazendo o limiar entre os poderes de criar e aplicar a lei se esvaír.

Se se permite que o magistrado crie princípios conforme sua livre vontade, o próprio direito se torna refém da vontade do Judiciário, afinal, este poderá modular a aplicação do direito positivado em nome da observância de princípios que sequer deveriam existir dentro do ordenamento jurídico. Os princípios, então, tomariam uma função preponderante em relação às regras, pois poderiam relativizar sua aplicação ao bel prazer dos juízes, independentemente da subsunção dos fatos ao texto legal.

Como dito anteriormente, não se busca criar uma “lista” de princípios, uma espécie de rol com aqueles princípios aplicáveis dentro do mundo jurídico, até porque essa lista seria extremamente pequena e os princípios teriam sua natureza desnaturada, isto é, seriam mandamentos de igual teor às regras. O objetivo é tão somente esclarecer que nem tudo pode ser considerado princípio, assim como não é possível inventar princípios ao bel prazer do julgador, sem que contenham qualquer carga histórica e jurídica para tal.

3.1 O Pan-principiologismo na prática

3.1.1 “Princípio” da afetividade

O “princípio” da afetividade é um conceito jurídico que reconhece a importância das relações afetivas nas esferas jurídicas e nas tomadas de decisões judiciais. Ele parte do pressuposto de que as relações humanas são permeadas por sentimentos e

emoções, e que esses aspectos afetivos devem ser considerados na análise e na proteção dos direitos das pessoas envolvidas.

Está relacionado, principalmente, ao Direito de Família e ao reconhecimento das diversas formas de constituição familiar, como as famílias monoparentais, homoafetivas, reconstruídas, entre outras atualmente adotadas pelos mais diversos doutrinadores. Ele busca garantir que os laços afetivos e as relações de cuidado sejam valorizados e protegidos legalmente, independentemente do modelo tradicional de família.

Ainda assim, dentro da própria doutrina, certos autores se opõem à inclusão da afetividade enquanto princípio jurídico, pois arrazoam que a afetividade possui um caráter extremamente subjetivo, inerente a sua própria natureza, e que por referido motivo, se aproximaria muito mais de um mero sentimento humano do que de um princípio, não sendo possível elevá-lo à esta categoria.

Nesse sentido, aduz Lênio Streck:

Aliás, a vingar a tese, por que razão não elevar ao status de princípio o amor, o companheirismo, a paz, a felicidade, a tristeza, enfim, tudo o que pode ser derivado do respeito (ou não) do princípio da dignidade da pessoa humana, alçado, aliás, à categoria de “superprincípio”? (Streck, 2013)

Por sua vez, Humberto Ávila (2015, p. 43) entende que o afeto não deve ser compreendido e visto como um princípio. Para o doutrinador, a afetividade constitui um postulado normativo, isto é, uma forma de interpretar a norma jurídica teoricamente aplicável ao caso concreto. Neste sentido:

Ninguém pode simplesmente mandar um comando para o corpo ou para a alma, ordenando-o(a) que sinta prazer com a presença (ou existência) de determinada pessoa. Ou se sente afeto naturalmente, ou não se sente. É claro que no âmbito familiar, há um campo fértil para o amor. É que no solo da família, ele brota, quase sempre, com vigor. Mas não podemos transformar uma regra geral em algo absoluto. Há casos em que, mesmo no seio familiar, a semente do amor simplesmente não germina. Assim, obrigar alguém a amar o outro pode talvez transformar, no final, algo que não existia em pura aversão. (Ávila, 2012, p. 141).

Esse “princípio” tem sido aplicado cada vez mais pelo judiciário, contribuindo para uma visão mais ampla e inclusiva das relações familiares, em suposta sintonia com a realidade social e com o respeito à dignidade humana.

Referido *standard* tão somente destaca como o ordenamento jurídico e aplicação de princípios estão, atualmente, reféns do interpretações vinculadas à juízos morais, especialmente quando o julgamento moral está relacionado com sentimentos que permeiam as relações humanas.

Ocorre que as decisões devem ocorrer a partir de argumentos de princípio e não por preferências pessoais, morais, teleológicas, etc. No fundo, acreditar na existência deste “princípio” é fazer uma profissão de fé em discursos pelos quais a moral corrige as “insuficiências ônticas” (sic) das regras jurídicas. Ou seja, nada mais do que uma espécie de “terceiro turno” do processo constituinte: os juízes – apoiados em forte doutrina, “corrigem-no”. (Streck, 2013)

Em recente decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes, relator do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1379889, o Exmo. Ministro assim fundamentou sua decisão monocrática:

[...] confirmou que a autora recebe um benefício do INSS de M. G. S. em razão de seu falecimento, o que foi reconhecido pela requerente à f. 251. Oportuno lembrar que o artigo 1603 do Código Civil preceitua que a filiação é provada por meio da certidão do termo de nascimento, sendo admitida sua modificação somente quando provado erro ou falsidade no registro, conforme artigo 1604 do mesmo código, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Entretanto, considerando-se os novos paradigmas que sustentam o direito de família, que deve ser pautado acima de tudo pelo princípio da afetividade, seria possível sustentar o direito de filiação em face da realidade sociológica sobre a qual se formou a situação jurídico-familiar. Ocorre que, no caso dos autos o conjunto probatório não foi suficiente para demonstrar o intuito da falecida em estabelecer uma relação parental, de mãe e filha com a requerente, como bem salientou o Juiz de Primeiro Grau: "Todavia, o que acontece no presente feito é que, além de a verdade biológica e jurídica (registro civil) não terem sido desfeitas, conforme referido, não há no caderno probatório provas de que a vinculação afetiva entre [...] (Brasil, 2022)

Assim, quando a afetividade é elevada ao estado de princípio, torna-se evidente que o direito está subordinado (equivocadamente) a julgamentos e preferências pessoais do magistrado quanto à definição dos mais diversos conceitos que orbitam

a concepção do que seria a afetividade, de maneira a evidenciar o teor teleológico que reveste a aplicação dos pseudoprincípios.

3.1.2 “Princípio” da precaução

O “princípio” da precaução está relacionado à tomada de decisões judiciais que envolvam riscos. Ele reconhece que a ausência de informações científicas completas não deve ser usada como justificativa para a inação ou para postergar medidas protetivas.

Sua aplicação requer uma avaliação cuidadosa dos riscos e benefícios envolvidos em uma determinada atividade ou projeto. Em vez de exigir uma prova científica absoluta dos danos, o princípio da precaução permite a tomada de medidas proporcionais adequadas para evitar possíveis consequências prejudiciais.

Além das críticas quanto ao seu *status* de princípio, este pseudoprincípio sofre com outras reprovações por parte da doutrina. Algumas críticas incluem a possibilidade de uso indevido do “princípio” para restringir atividades econômicas legítimas e a falta de critérios para determinar quando ele deverá ser aplicado, além da dificuldade de conciliá-lo com outros princípios (estes verdadeiros) e direitos fundamentais.

No julgamento do REsp 745363/PR, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de acórdão proferido pela Primeira Turma, assim aplicou o referido “princípio”:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS AMBIENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE. TERRAS RURAIS. RECOMPOSIÇÃO. MATAS. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ART. 476 DO CPC. FACULDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. [...] 2. A obrigação de reparação dos danos ambientais é propter rem, por isso que a Lei 8.171/91 vigora para todos os proprietários rurais, ainda que não sejam eles os responsáveis por eventuais desmatamentos anteriores, máxime porque a referida norma referendou o próprio Código Florestal (Lei 4.771/65) que estabelecia uma limitação administrativa às propriedades rurais, obrigando os seus proprietários a instituírem áreas de reservas legais, de no mínimo 20% de cada propriedade, em prol do interesse coletivo. Precedente do STJ: RESP 343.741/PR, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 07.10.2002. 3. Paulo Affonso

Leme Machado, em sua obra *Direito Ambiental Brasileiro*, ressalta que "(...)A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos "danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade" (art. 14, § III, da Lei 6.938/81). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente. O art. 927, parágrafo único, do CC de 2002, dispõe: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Quanto à primeira parte, em matéria ambiental, já temos a Lei 6.938/81, que instituiu a responsabilidade sem culpa. Quanto à segunda parte, quando nos deparamos com atividades de risco, cujo regime de responsabilidade não tenha sido especificado em lei, o juiz analisará, caso a caso, ou o Poder Público fará a classificação dessas atividades. "É a responsabilidade pelo risco da atividade." Na conceituação do risco aplicam-se os princípios da precaução, da prevenção e da reparação. Repara-se por força do Direito Positivo e, também, por um princípio de Direito Natural, pois não é justo prejudicar nem os outros e nem a si mesmo. Facilita-se a obtenção da prova da responsabilidade, sem se exigir a intenção, a imprudência e a negligência para serem protegidos bens de alto interesse de todos e cuja lesão ou destruição terá conseqüências não só para a geração presente, como para a geração futura. Nenhum dos poderes da República, ninguém, está autorizado, moral e constitucionalmente, a concordar ou a praticar uma transação que acarrete a perda de chance de vida e de saúde das gerações(...)" in *Direito Ambiental Brasileiro*, Malheiros Editores, 12ª ed., 2004, p. 326-327.

4. A Constituição Federal consagra em seu art. 186 que a função social da propriedade rural é cumprida quando atende, seguindo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, a requisitos certos, entre os quais o de "utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente"

5. É cediço em sede doutrinária que se reconhece ao órgão julgador da primazia da suscitação do incidente de uniformização discricionariamente no exame da necessidade do incidente porquanto, por vezes suscitado com intuito protelatório.

9. Sob esse ângulo, cumpre destacar, o mencionado incidente não ostenta natureza recursal, razão pela qual não se admite a sua promiscua utilização com nítida feição recursal, especialmente porque o instituto sub examine não é servil à apreciação do caso concreto, ao revés, revela meio hábil à discussão de teses jurídicas antagônicas, objetivando a pacificação da jurisprudência interna de determinado Tribunal.

10. Recurso especial desprovido. (Brasil, 2007)

Porém, a pergunta que fica é: “Mas por que a “precaução” – que poderíamos derivar da velha prudência – seria um princípio?” (Streck, 2017). Referido tratamento seria justificável caso os princípios não fossem considerados enquanto normas, mas tão somente como mandados de otimização, como entende Alexy. Todavia, sabemos que esse não é o entendimento adotado na hermenêutica jurídica, que vê a normatividade dos princípios a partir de seu caráter deontológico (Habermas, 1987).

3.1.3 “Princípio” da simetria

Refere-se à possibilidade de estender aos Estados-membros o alcance jurídico de dispositivos previstos apenas no texto constitucional. Isso significa que, em determinadas situações, os Estados-membros deverão adotar normas semelhantes ou equivalentes àquelas previstas na Constituição Federal, mesmo que não haja uma exigência expressa nesse sentido.

Essa simetria ocorreria ao se buscar uma harmonização entre a Constituição Federal e as constituições estaduais ou leis orgânicas, no caso do Distrito Federal de municípios. Assim, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão adotar os princípios e regras de organização existentes na Constituição Federal, sempre que for possível, especialmente quando versarem sobre organização e estruturação do governo, exercício do poder público e limitações da atuação da Administração Pública.

Todavia, conforme aduz o jurista gaúcho, Lênio Streck:

Mas por que a “*simetria*” seria um princípio? Na verdade, a simetria tem sido muito mais utilizada como um artifício interpretativo, na falta de uma delimitação conceitual mais acurada. Trata-se de uma espécie de “*metaprincípio*” ou “*superprincípio*”, construído para servir de plus principiológico na ocorrência de eventual falta de previsão de competência em favor dos Estados-membros. (Streck, 2017, p. 556)

O princípio foi citado em mais de 40 decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, à exemplo da ADI 2192/ES:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 6.065, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1999, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, QUE DÁ NOVA REDAÇÃO À LEI 4.861, DE 31 DE

DEZEMBRO DE 1993. ART. 4º E TABELA X QUE ALTERAM OS VALORES DOS VENCIMENTOS DE CARGOS DO QUADRO PERMANENTE DO PESSOAL DA POLÍCIA CIVIL. INADMISSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. OFENSA AO ART. 61, § 1º, II, A e C, da CF. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA. ADI JULGADA PROCEDENTE. I - É da iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo lei de criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, bem como que disponha sobre regime jurídico e provimento de cargos dos servidores públicos. II - Afronta, na espécie, ao disposto no art. 61, § 1º, II, a e c, da Constituição de 1988, o qual se aplica aos Estados-membros, em razão do princípio da simetria. III - Ação julgada procedente. (Brasil, 2008)

Em seu voto, o relator, Ministro Ricardo Lewandowski aduz:

Com efeito, há que reconhecer-se o vício de forma da lei impugnada, uma vez que há afronta aos dispositivos constitucionais que estabelecem ser de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, bem como dispor sobre regime jurídico e provimento de cargos dos servidores públicos. Refiro-me, nesse aspecto, ao disposto no art. 61, §1º, II, a e c, da Constituição de 1988, o qual se aplica aos Estados-membros, tendo em conta o princípio da simetria. (Brasil, 2008)

Enfim, deve-se perguntar qual a utilidade deste princípio, tendo em vista que as Constituições devem, obrigatoriamente, respeitar os princípios e limites instituídos pela Carta Magna que, por sua vez, já define os limites do legislador estadual².

3.1.4 “Princípio” do processo tempestivo

O “princípio” do processo tempestivo foi criado dentro do âmbito do processo civil para estabelecer que as partes envolvidas em um processo judicial devem cumprir os prazos legais processuais de forma pontual e diligente. Ele visa garantir a celeridade e a eficiência do processo, assegurando o direito fundamental à duração razoável do processo.

² Outros exemplos da utilização do “princípio” da simetria: ADI 858, Tribunal Pleno, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em: 13/02/2008; RMS 12615/MG, Segunda Turma, Relator: Ministro Humberto Martins, j. 22/04/2008, publicação: 05/05/2008.

Está diretamente “relacionado” ao consagrado princípio do devido processo legal, este sim um verdadeiro princípio. O processo tempestivo implica que as partes deverão observar os prazos estabelecidos para a prática de atos processuais, como a apresentação de petições, recursos, contestações, produção de provas, entre outros.

Todavia, pode-se constatar facilmente que a essência desse “princípio” já se encontra explicitada no art. 5º, inciso LXXVIII, que dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Mais uma vez, resta explícito o caráter redundante deste pseudoprincípio. Nas palavras de Lênio Streck:

Ora, em já havendo um dispositivo constitucional tratando dessa “tempestividade processual” e inúmeros mecanismos processuais que mais e mais reforçam (e exageram) o protagonismo judicial, outra indagação indispensável é: qual é a utilidade desse “princípio” e quais os elementos que poderiam conduzi-lo ao nível de normatividade que deve ter um princípio no Estado Democrático de Direito? Agregue-se, ademais, que a previsão de que o processo deva ser concluído em um prazo razoável não proporciona, por si só, a dimensão concreta do que seja “tempestividade”? (Streck, 2017, p. 560)

Desta forma, referido “princípio” não possui uma aplicabilidade razoável pois, em síntese, trata-se de um princípio desprovido de qualquer utilidade, criado tão somente para tentar “reforçar” aquilo que já está explicitamente delineado na Constituição, nos Códigos de Processo e em diversas outras disposições do ordenamento jurídico pátrio.

3.1.5 “Princípio” da efetividade da Constituição

Busca assegurar que os direitos, garantias e princípios constitucionais sejam efetivamente aplicados e cumpridos na prática. Reconhece que a Constituição não deve ser apenas um conjunto de normas abstratas, mas sim um instrumento eficaz para garantir os direitos fundamentais e promover a ordem jurídica e social.

A efetividade da Constituição está relacionada à sua aplicabilidade real e à capacidade de produzir resultados concretos. Isso implica que os órgãos estatais, em especial o Poder Judiciário, devem interpretar e aplicar a Constituição de forma a tornar efetivas as suas disposições, protegendo os direitos dos cidadãos e garantindo o funcionamento adequado das instituições.

No julgamento da ADI 2596/PA, o acórdão proferido pelo Tribunal Pleno restou assim ementado:

EMENTA: I. Constituição: princípio da efetividade máxima e transição. 1. Na solução dos problemas de transição de um para outro modelo constitucional, deve prevalecer, sempre que possível, a interpretação que viabilize a implementação mais rápida do novo ordenamento. II. Tribunal de Contas dos Estados: implementação do modelo de composição heterogênea da Constituição de 1988. A Constituição de 1988 rompeu com a fórmula tradicional de exclusividade da livre indicação dos seus membros pelo Poder Executivo para, de um lado, impor a predominância do Legislativo e, de outro, vincular a clientela de duas das três vagas reservadas ao Chefe do Governo aos quadros técnicos dos Auditores e do Ministério Público especial. Para implementar, tão rapidamente quanto possível, o novo modelo constitucional nas primeiras vagas ocorridas a partir de sua vigência, a serem providas pelo chefe do Poder Executivo, a preferência deve caber às categorias dos auditores e membros do Ministério Público especial: precedentes do STF. (Brasil, 2002)

Por sua vez, no julgamento da Apelação Cível nº 200351010226885/RJ, a 8ª Turma Especializada no Tribunal Regional Federal da 2ª Região assim entendeu:

Ementa: ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. TRANSFUSÃO DE SANGUE - CONTAMINAÇÃO DO VIRUS DA HEPATITE "C" - PRESCRIÇÃO - INEXISTÊNCIA NEXO ETIOLÓGICO. [...] -Mesmo que superada esta questão, melhor sorte não lhe assiste a apelante. Inicialmente, cabe estabelecer que a responsabilidade civil do Estado, vem hodiernamente fulcrada no art.37, § 6o., da Carta Magna. Para restar caracterizada a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, impõe-se, que haja um dano, uma ação administrativa, aqui entendida como conduta comissiva, ou omissiva, sendo esta última calcada em uma específica falta de serviço, traduzida em um dever jurídico, e uma possibilidade fática de atuar, e que entre ambos exista um nexo de causalidade, informado pela teoria do dano direto, e imediato (STF RE 130764, DJ 7/8/92). Noutro giro, por estar assentada a responsabilidade civil do Estado no risco administrativo, admite-se a perquirição em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar, ou excluir a mesma; sendo, outrossim, irrelevante ser a atuação estatal regular, ou irregular, por se embasar a mesma no princípio da

igualdade dos ônus e encargos sociais. -Imputa-se ao réu uma responsabilidade civil, decorrente da omissão - ausência de realização dos pertinentes exames hematológicos, por ocasião de transfusão sanguínea, bem como a não fiscalização dos centros de saúde - que, a par da "dissenção doutrinária acerca dos pressupostos da responsabilidade do Estado por omissão" (STF, RE 258726, DJU 14/6/02) se objetiva, ou subjetiva, me filio, face ao princípio da efetividade das normas constitucionais, no sentido de estar, outrossim, amparado pelo Texto Básico (STF, RE 109615, DJU 2/8/96; STF, RE 283989, DJ 13/9/02), ao caráter objetivo, devendo se apurar os respectivos requisitos traduzidos em, conforme explicitados pela Suprema Corte, nos seguintes: (...) -Ainda, em sede de premissas, tem-se que a conduta omissiva, pressupõe, além de um dever jurídico de agir (STF, mutatis, RE 372472, DJU 28/11/03), a possibilidade, em concreto, de atuar de acordo com o mesmo. [...] (Brasil, 2007)

Em resumo, o "princípio" visa garantir que as normas constitucionais sejam aplicadas de forma eficaz e que a Constituição seja uma força ativa na proteção e promoção dos direitos e valores fundamentais da sociedade.

Todavia, é um "princípio" completamente redundante, afinal, no atual contexto do (neo)constitucionalismo, reconhece-se a efetividade das normas constitucionais como algo óbvio, inerente, isto é, a norma constitucional se pressupõe eficaz em razão de sua própria natureza.

4. NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA NOVA LEITURA DO CONSTITUCIONALISMO.

4.1 Conceito

A Segunda Guerra Mundial representou um grande marco na história da humanidade, impactando a vida em suas mais variadas esferas, especialmente no período que a sucedeu. Dessa forma, o mundo jurídico também não ficou alheio às transformações decorrentes desse importante evento.

A Constituição necessitou ser alçada à posição de um dispositivo de caráter paradigmático, de suma importância para a defesa dos direitos individuais, especialmente para evitar situações de sua violação sistemática por governos despóticos como os regimes fascistas da época. O constitucionalismo, que até aquele momento possuía um caráter mais liberal, não se mostrava mais suficiente para limitar o exercício do poder pelo Estado e seus abusos, assim, foi necessário modernizá-lo.

O constitucionalismo propriamente dito, compreendido aqui em sua ampla concepção, assentou a ideia de supremacia da Constituição, sendo esta um meio de limitação do poder estatal, porém, como dito anteriormente, não foi capaz de impedir os abusos de regimes totalitários.

É nesse contexto em que surge o neoconstitucionalismo, uma versão “modernizada” do constitucionalismo, com uma postura mais forte e robusta, que busca não ser apenas um referencial teórico sócio político, mas também uma forma de efetivar a jurisdição constitucional, devendo o direito ser interpretado sempre a partir de uma orientação que vise resguardar e dar maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais, já que estes representam a essência dos ideais constitucionais propriamente ditos (Carbonell, 2003).

Em arremate, o neoconstitucionalismo pode ser compreendido como uma leitura “mais moderna” do constitucionalismo clássico, estando alicerçado na supremacia do Direito Constitucional enquanto meio idôneo para garantir e promover a preservação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, partindo também do pressuposto de que os princípios constitucionais estão revestidos de

normatividade, para que seja possível uma ampliação na efetividade da Jurisdição Constitucional e, conseqüentemente, sua concretização.

4.2 Estado Democrático de Direito

Com a ascensão do neoconstitucionalismo, surge também o Estado Democrático de Direito (Bachof, 1980), uma variação do Estado de Direito, mas que é orientada precipuamente pelos ideais neoconstitucionais e que, mais uma vez, busca dar uma nova roupagem ao defasado modelo de Estado de Direito até então existente.

Destarte, o Estado de Direito tem como cerne o respeito às normas e a contenção do poder absoluto, estando todos, inclusive os representantes políticos (no sistema democrático, por exemplo), submetidos ao rigor da Lei. Ele surgiu após a Revolução Francesa como um sistema que ansiava ser capaz de frear os desmandos das monarquias absolutistas europeias, limitando os poderes dos governantes à vontade popular, representada pelo poder da Lei.

Contudo, o Estado de Direito não demonstrou ser tão sólido e perfeito quanto se imaginava, pois, a partir dos conceitos de “bem coletivo” e “vontade da maioria”, que alicerçam o Estado de Direito, podem surgir regimes políticos capazes de oprimir os indivíduos e seus direitos fundamentais, mas que ainda assim, estariam legitimados pela ordem jurídica vigente. O maior exemplo da inefetividade do Estado de Direito foi o regime nazista do Terceiro *Reich*, instituído na Alemanha na primeira metade do séc. XX.

Diante de todos os absurdos e atrocidades cometidos durante o auge das ditaduras totalitárias na Europa, foi necessário adaptar, durante o período pós-guerra, o ultrapassado e ineficiente Estado de Direito para que os acontecimentos da década de 40 não se repetissem. Surge assim o Estado Democrático de Direito, diretamente influenciado pelos ideais do neoconstitucionalismo, isto é, de que a Constituição deve ter um papel “invasivo”, para que seja possível garantir a efetividade dos direitos fundamentais de todos os indivíduos, mesmo que diante de situações em que a

“vontade geral” implique a violação ou a supressão de tais direitos, sob o pretexto de um suposto bem-maior da coletividade.

O Neoconstitucionalismo pode ser compreendido então, como uma versão mais incisiva e ativa do constitucionalismo, em que a Constituição assume um papel fiscalizador e protetor da efetivação das garantias e direitos fundamentais por meio da Jurisdição Constitucional, que, através do papel do Poder Judiciário, deve objetivar sempre o respeito ao indivíduo, realizando uma aproximação entre a Ética e o Direito.

4.3 A Jurisdição Constitucional como meio para a implementação dos direitos e garantias fundamentais

Com o advento do constitucionalismo, a Constituição passa a ser o farol orientador do ordenamento jurídico, o seu ponto mais alto, sua referência. E é com a modernização proporcionada pelo neoconstitucionalismo que a Constituição passa a ter um caráter mais proativo e intervencionista, para que seja possível assegurar os direitos e garantias fundamentais (Häberle, 1997).

A jurisdição constitucional passa a ter um papel fundamental, sendo o principal meio para a efetivação de todos os referidos ideais (Mello, 2004). Assim, a prestação jurisdicional cria um processo de constitucionalização do Direito, isto é, o Direito e as causas que transitam no Poder Judiciário passam a ser analisadas sob a ótica da Constituição Federal, não por uma análise direta de constitucionalidade, mas por uma aplicação do direito infraconstitucional interpretado conforme o texto constitucional, vetor principal de orientação para a aplicação e interpretação das leis pelos magistrados.

Quando provocados, os Tribunais e juízes devem intervir com o objetivo de efetivar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, o que, na realidade, é a própria condição necessária para a existência e formação de uma Constituição compromissória como a de 1988. A intromissão dos Tribunais é indispensável, especialmente para garantir que os direitos individuais, sociais e coletivos

estabelecidos na Constituição, sejam efetivados da forma mais ampla possível, possibilitando o livre e efetivo exercício da cidadania.

Essa atuação, todavia, não deverá entrar na esfera do ativismo judicial, especialmente através da aplicação desenfreada de pseudoprincípios, fruto de uma atitude discricionária. É necessário ressaltar, entretanto, que o que busca ser combatido é tão somente o ativismo judicial, e não a judicialização de questões de relevante cunho social e político, tendo em vista que estas são necessárias para a construção e concretização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

No presente contexto, o ativismo judicial decorre da utilização, pelos magistrados, de fundamentos pessoais e morais, dotados de extremo subjetivismo, para a resolução dos conflitos que batem à porta do Poder Judiciário. Ao invés de se ater estritamente ao direito, isto é, à tudo aquilo que compõe o ordenamento jurídico, o julgador decide conforme suas próprias convicções (ou conjunto de convicções do órgão colegiado) e, muitas vezes, atua como um verdadeiro legislador, extrapolando os limites da separação dos Poderes para que faça sua vontade se sobressair.

Aquele que interpreta e aplica o Direito não deve ser nem deferente a vontades subjetivas e específicas de quem quer que seja, nem ativista a ponto de ignorar ou subverter a vontade objetiva e clara da norma. Do contrário, por mais bem intencionadas que sejam interpretação e aplicação, ter-se-ia uma aristocracia, não uma democracia. (Amaral Júnior, 2022)

A judicialização, por sua vez, é necessária para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, constitui uma consequência direta e natural das relações entre os poderes e da necessidade de resolver questões de alta relevância (política, social, etc.) através do sistema legal. Ou seja, a judicialização é um fenômeno desejado e, pode-se dizer que, até mesmo planejado pelo legislador constituinte para que se concretizem os ideais constitucionais.

No sistema judiciário pátrio, é evidente que alguns (muitos) juízes têm proferido decisões baseadas em suas convicções pessoais, muitas vezes mascaradas como princípios (ou pseudoprincípios, no caso). Fato é que, em um Estado Democrático de Direito, não se pode aceitar uma decisão derivada exclusivamente da consciência do

magistrado, ainda que este esteja dotado de “boas intenções” e vise proferir uma decisão que, teoricamente, seria do agrado geral da sociedade.

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. (Webber, 2013)

É justamente da forte e exacerbada força que os princípios possuem dentro do contexto do neoconstitucionalismo que surge o espaço para a discricionariedade do magistrado, afinal, é uma corrente de interpretação jurídica que se orienta pelo caráter subjetivo da norma constitucional, que busca dar a maior abrangência possível ao seu texto, o que reduz as normas constitucionais a mandamentos genéricos, pois todos seriam tratados antes como princípios do que como regras. Neste sentido, Manoel Ferreira Filho destaca a importância das regras enquanto freios ao arbítrio que pode surgir a partir do caráter “aberto” dos princípios, assim:

Na verdade, a prevalência do princípio sobre a regra consiste na transformação do arbítrio em princípio jurídico, em detrimento da (reacionária...) segurança jurídica, em detrimento da (superada) democracia representativa... Ao contrário, as regras normalmente oferecem a precisão necessária para impedir o arbítrio. E, longe de demandarem sempre um tudo ou nada, podem ser conciliadas e mesmo corrigidas pela equidade. (Ferreira Filho, 2009, p. 160)

Ademais, é relevante ponderar que a independência e a força do Poder Judiciário requerem uma atitude adequada dos magistrados, isto é, agir conforme a Lei, para que seja atingida a tão idealizada justiça, o que acaba gerando a forte impressão no cidadão de que, em comparação com outras instituições políticas que fazem parte do “jogo democrático”, o Judiciário está mais apto a resolver os problemas do cotidiano, estando dotado de aceitação/aprovação social. Ou seja, “numa nação democrática, somente o Estado inspira confiança aos particulares, pois apenas ele lhes parece possuir alguma força e alguma duração” (Tocqueville, 2004, 379).

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, 2010).

O respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão só serão observados se os ideais constitucionais também o forem, afinal, é impossível realizar a interpretação das normas constitucionais sem que se considerem os motivos que ensejaram sua criação pelo legislador constituinte. Assim, “os bens constitucionalmente protegidos devem ser ordenados uns perante os outros de tal forma que cada um deles ganhe realização. Onde há colisão, não se pode, em precipitadas compensações de interesse ou de valores, sacrificar um ao custo do outro” (Hesse, 1995).

Anna Cândida Ferraz (1986, p. 28), por sua vez, esclarece que a Constituição possui um caráter político próprio de sua natureza e que não se pode ignorar esse teor político no momento da interpretação e aplicação do direito constitucional. Se a norma constitucional não é interpretada a partir de seus ideais políticos, a própria Constituição torna-se inócua, sendo incapaz de gerar segurança jurídica e definir a força que a caracteriza enquanto norma fundamental que ocupa o topo do ordenamento jurídico.

O intérprete deve manter-se leal ao texto constitucional, de maneira que seja assegurada a vontade do legislador constituinte e, conseqüentemente, seja preservada a separação entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Assim aduz José Levi Mello do Amaral Júnior:

A Constituição e as leis permitem interpretações em seus próprios termos, o que torna importantes todas as técnicas de interpretação, a começar pela gramatical. Lealdade interpretativa é o primeiro passo para que a Constituição e as leis signifiquem o que constituintes e legisladores votaram, não algo diverso que um intérprete eventualmente possa pretender. (Amaral Júnior, 2022)

Manter-se leal ao texto da Constituição não quer dizer, todavia, que o intérprete está engessado. O ponto central reside em adaptar, contextualizar a norma constitucional à realidade em que esta será aplicada, tomando em conta os ideais constitucionais, mas sem que se substitua a vontade do legislador pela vontade do julgador, afinal, esse comportamento acaba “enfraquecendo os direitos do legislador

e o caráter político da sua função e reduzindo as suas leis a tímidas propostas facultativas” (Amaral Júnior, 2022).

Em arremate, deve-se reconhecer que, em diversos casos, o uso de “princípios” realmente visa conferir efetividade ao texto legal/constitucional, isto é, o juiz age com boas intenções, mas ainda assim incorre na abominável discricionariedade. Entretanto, ao se criarem esses “princípios” com o fim de garantir a implementação dos ideais contidos na Constituição Federal de 1988, pode-se abrir espaço para que outras discricionariedades judiciais ocorram, desta vez com uma “má intenção” do julgador, que busca um fim de caráter questionável e que viole diretamente não só os direitos e garantias do cidadão que buscou a prestação jurisdicional para ver seu direito satisfeito mas como também de todos os outros indivíduos sujeitos ao rigor da lei.

CONCLUSÃO

Como exposto e ilustrado durante a presente monografia, na grande maioria das vezes, a aplicação de pseudoprincípios, está revestida de “boas intenções” por parte do magistrado, que visa dar maior abrangência ao texto legal, especialmente no que se refere às normas constitucionais, que orientam todo o ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, essa atitude do julgador acaba levando a um fim contrário, não desejado, isto é, a busca por uma ampliação do alcance do texto constitucional e de seus princípios orientadores, destinada a fortalecer o arcabouço jurídico, paradoxalmente enfraquece a coerência do ordenamento legal e abre espaço para decisionismos.

Assim, o magistrado, ao buscar dar maior alcance ao texto constitucional e seus ideais, acaba por incorrer em grave erro, tendo em vista que essa aplicação desenfreada de falsos princípios fragiliza o ordenamento jurídico, banaliza a força normativa dos princípios jurídicos e viola gravemente os ideais democráticos, criando uma espécie de juristocracia que, mesmo tendo origem em nobres intenções por parte do julgador (ao menos teoricamente), abre espaço para o surgimento do autoritarismo e de outras ameaças para a democracia e os direitos individuais. Conseqüentemente, nas palavras de Humberto Ávila:

A conclusão trivial é de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito reconstróem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. [...] importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto. (Ávila, 2022, p. 56).

Conforme explicitado durante a presente monografia, os princípios vinculam a decisão do magistrado. Não há espaço para a discricionariedade do juiz, que deve compreender o ordenamento jurídico como um sistema íntegro, sem a possibilidade de que suas convicções pessoais possam orientar a resolução do caso concreto. Para tal, deve-se recorrer a um método de ponderação principiológica que permita compreender de onde se extrai esse caráter íntegro do ordenamento jurídico e porque

um determinado princípio deverá orientar a decisão do julgador (Jestaedt, 2007, p. 265-267).

O essencial é que, mesmo havendo ponderação, ela deverá indicar os princípios objeto de ponderação (pré-ponderação), efetuar a ponderação (ponderação) e fundamentar a ponderação feita. E, nessa fundamentação, deverão ser justificados, dentre outros, os seguintes elementos: (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimentos de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa compatibilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados. (Ávila, 2022, p. 152-153)

Considerando a função dos princípios no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, deve-se entender que a necessidade de se denominar corretamente um princípio fica em segundo plano, afinal, a prioridade sempre será sua correta e segura aplicação (Ávila, 2022), para que se possa resguardar então os direitos e garantias fundamentais de toda a sociedade.

O uso desmesurado de categorias não só se contrapõe à exigência científica de clareza – sem a qual nenhuma ciência digna desse nome pode ser erigida –, mas também compromete a clareza e a previsibilidade do Direito, elementos indispensáveis ao princípio do Estado Democrático de Direito. (Ávila, 2022, p. 47)

É necessário ter extrema cautela diante dos postulados e ideais que permeiam o tão controverso neoconstitucionalismo e a “nova hermenêutica”, pois estes são capazes de gerar uma tremenda instabilidade institucional e jurídica, especialmente no que diz respeito à separação dos Poderes.

Essa instabilidade advém da inevitável transformação do juiz em um verdadeiro legislador (constituente), capaz de distorcer e moldar a vontade tanto do texto constitucional quanto da legislação ordinária ao seu bel prazer, sob o pretexto de buscar a máxima efetividade e alcance dos ideais constitucionais de proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, dentro do contexto neoconstitucionalista, os princípios são dotados de uma força desmedida, o que mina a aplicação das regras e acaba por desembocar na tão temida insegurança jurídica, permitindo que “os intérpretes façam prevalecer seus valores, compromissos, posições ideológicas sobre os do legislador” (Ferreira Filho, 2009, p. 163).

A atuação do intérprete da lei, em especial a do aplicador, não deve ser no sentido de se “criar” uma norma, mas sim de adaptar, especificar e contextualizar a vontade do constituinte ao caso concreto, mantendo-se fiel ao texto legal original, sendo vedada a aplicação conforme suas convicções pessoais. Afinal, caso a vontade do legislador não seja imponível, mandatória e independente, isto é, não seja a vontade prevalente ao fim da aplicação da lei, então qual seria a utilidade do Poder Legislativo no Estado Democrático de Direito? Desta forma, aquele que cria as leis também deveria ser o seu próprio aplicador.

A tão almejada segurança jurídica só se tornará uma realidade no cenário jurídico brasileiro quando a interpretação jurídica dos julgadores e dos tribunais pátrios estiver de acordo com a vontade do constituinte e do legislador, isto é, quando houver lealdade interpretativa. A lealdade interpretativa constitui um dos pilares para que se possa afirmar (e confirmar) a existência de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, capaz de efetivar os ideais constitucionais para os seus cidadãos.

Para que se possa falar em lealdade interpretativa, também não é possível que se fale em uma prevalência de princípios sobre as regras. A literalidade do constituinte deve ser obrigatoriamente respeitada, para que a Constituição não se torne um amontoado de “princípios positivados”, do qual também se pode extrair outros princípios, isto é, a Carta Magna não pode virar uma fábrica de princípios.

Pode-se compreender, em arremate, que decisões assentadas em princípios são extremamente necessárias, desde que os princípios possuam carga histórica e valorativa que estejam conforme os ideais de defesa da Constituição, ou seja, desde que sejam verdadeiros princípios. Somente com uma prestação jurisdicional séria, sólida e delimitada, seremos capazes de superar esses decisionismos infundados e estruturar, de forma mais concreta, uma infraestrutura capaz de assegurar o respeito

inabalável aos direitos e garantias fundamentais, conforme idealizado em um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. A fórmula peso. *In: Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen argumentation: die theorie des rationalen diskurses als theorie der juristischen begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos princípios**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Interpretação e aplicação das normas constitucionais: entre deferência e ativismo, o rigoroso apego à democracia representativa. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 235, p. 11-41, jul./set. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril_v59_n235_p11. Acesso em: 26 set. 2023.
- AMORIM, Letícia Balsamão, A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas, *Revista de informação legislativa*, v.42, n. 165, p. 123-134, jan/mar. 2005.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2022.
- BACHOF, Otto. Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 56, p. 9-24, 1980.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. Teoria Geral da Cidadania. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 274, p. 1-3, out. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>. Acesso em: 9 jul. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Migalhas**, 2 fev. 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/77375/judicializacao--ativismo-judicial-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 25 out. 2023.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Trad. por Jaim A. Clasen. São Paulo: Unesp, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 745363/PR**, Primeira Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 20 set.2007, publicado em: 18 set. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 12615/MG**, Segunda Turma, Relator: Ministro Humberto Martins, julgado em: 22 abr. 2008, publicado em: 05 maio 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3/DF**. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, julgado em 2 fev. 1992, publicado em: 7 fev. 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1379889**, Decisão monocrática, Min. Gilmar Mendes, julgado em: 06 maio 2022, publicado em: 11 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2192**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em: 04 jun. 2008, publicado em: 20 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2596**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em: 19 mar. 2002, publicado em: 02 maio 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 858**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em: 13 fev. 2008, publicado em: 20 fev. 2008.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Apelação Cível nº 200351010226885/RJ**, 8ª Turma Especializada, Relator: Poul Erik Dyrlund, julgado em: 11 set. 2007, publicado em: 27 set. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTILHO, A. T.; CASTILHO, C. M. Advérbios modalizadores. *In*: Ilari, R. (org.) **Gramática do português falado**, vol. II: Níveis de Análise Lingüística. Campinas: Ed. Unicamp/Fapesp, 1992, p. 199-247.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação de valores contratados como contraprestação por obras realizadas. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília: OAB, v. 63, ano XXVI, jul./dez. 1996. p. 123-152.

CHEMERINSKY, Erwin. *In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism*. **University of Illinois Law Review**, Illinois, v. 2004, p. 673-690, 2004.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico Isonomía: revista de filosofía y teoría del derecho**, Alicante, n. 16, p. 89-112, 2002.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

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

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

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University, 1996.

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, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986. (Série Jurídica Max Limonad, 1).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 151-167, 2009. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4141>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>. Acesso em: 26 set. 2023.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes. **Jus.com.br**, jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindoum-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 20 jun. 2023.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Dialética e hermenêutica**. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HART, Herbert. **O conceito de direito** / H.L.A. Hart; pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara; revisão de tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rossa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

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

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.

JESTAEDT, Matthias. **Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen**, en: Depenhauer, Otto y otros (orgs.). Staat im Wort - Festschrift für Josef Isensee. Heidelberg, C. F. Müller, 2007.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEAL, Mônia Hennig. **A constituição como princípio – os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Manole, 2003.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Anuário dos cursos de pós-graduação em direito da UFPE, Recife, n. 11, p. 125-156, 2000.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MOTTA, Francisco José. **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.

PINHEIRO, Aline. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Consultor Jurídico, 15 mar. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em: 26 set. 2023.

QUEIROZ, Cristina. **Constituição, constitucionalismo e democracia**. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, Trad. Prof. L. Cabral de Moncada, 6ª Edição, Armênio Amado editor, Coimbra, 1997.

RADBRUCH, Gustav. **Der Mensch im Recht. “O homem no direito”: seleção de conferências e artigos sobre questões fundamentais no direito**. Tradução de Jacy de Souza Mendonça. Göttingen, 1957.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SOUSA, Felipe Oliveira de. **O raciocínio jurídico entre princípios e regras**, Revista de informação legislativa, v. 48, n. 192, p. 95-109, out/dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 26 set. 2023.

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

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

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

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

STRECK, Lenio Luiz, Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito, **Revista de informação legislativa**, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. Consultor Jurídico, [s. l.], 22 mar. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 12 set. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito**. Consultor Jurídico, [s. l.], 10 out. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 12 set. 2023.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na américa**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: M. Fontes, 2004.

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

WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilidade da concretização dos direitos fundamentais, **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, jan./jun. 2013.