

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE  
PRESIDENTE PRUDENTE/SP**

**CURSO DE DIREITO**

**ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O USO EQUIVOCADO DOS PRINCÍPIOS COMO  
PROPULSOR DA ARBITRARIEDADE DO JUDICIÁRIO**

Leonardo Del Mora do Nascimento

Presidente Prudente/SP  
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE  
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O USO EQUIVOCADO DOS PRINCÍPIOS COMO  
PROPULSOR DA ARBITRARIEDADE DO JUDICIÁRIO**

Leonardo Del Mora do Nascimento

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Guilherme Prado Bohac de Haro.

Presidente Prudente/SP  
2017

# **ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O USO EQUIVOCADO DOS PRINCÍPIOS COMO PROPULSOR DA ARBITRARIEDADE DO JUDICIÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso  
(Monografia) aprovado como requisito  
parcial para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito.

---

**Guilherme Prado Bohac de Haro**  
(orientador)

---

**Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues**  
(Examinador 1)

---

**Vinícius Marin Cancian**  
(Examinador 2)

*“Se você conhece o inimigo e conhece a si mesmo, não precisa temer o resultado de cem batalhas. Se você se conhece, mas não conhece o inimigo, para cada vitória ganha sofrerá também uma derrota. Se você não conhece nem o inimigo nem a si mesmo, perderá todas as batalhas...”*

**Sun Tzu – A Arte Da Guerra**

*"É o conhecimento dos princípios, e a habilitação para manejá-los, que distingue o jurista do mero conhecedor de textos legais."*

**Carlos Ari Sundfeld, em Fundamentos de Direito Público.**

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar agradeço a Deus pelo dom da vida, pela oportunidade de cursar esta notável faculdade e por toda força diária que Ele nos dá para seguir em frente.

É uma missão árdua agradecer todas as pessoas que de algum modo, nos momentos pacíficos e ou inquietos, fizeram ou fazem parte da minha vida, por isso primeiramente agradeço a todos de coração.

Agradeço aos meus pais, que são à base da minha vida, o meu orgulho, minha fonte de inspiração diária para a busca dos meus sonhos e que despertam sempre o melhor de mim.

Agradeço também ao meu prezado orientador Guilherme Prado Bohac de Raro por todo o suporte e orientação jurídica, que além de cumprir com maestria e impecável didática a sua função de Professor, se mostrou tão ou mais competente como guia neste projeto.

Não posso me esquecer de lembrar o quão importante para minha formação profissional e pessoal foram os estágios que realizei ao longo da graduação, portanto, agradeço a todos que colaboraram com meu crescimento, em especial o Escritório Pacianotto Fernandes e Lotfi e Equipe.

Agradeço, por fim, aos meus queridos amigos e companheiros, em especial João Turino, João Galera, Antônio, Aline, Dayara, Melina, Giovana, Graziela, Pedro, Débora e Murilo, entre tantos outros que tornaram esta árdua jornada um pouco mais leve, através do carinho, união, força e risos diários.

## RESUMO

O presente trabalho se propõe a apresentar o papel dos princípios como uma norma jurídica, e realizar uma análise crítica da utilização inadequada nas decisões judiciais, expondo a violação aos ideais compromissários dirigentes e democráticos, mormente na Constituição da República, que por consequência impossibilitam a elaboração de uma defesa justa, e a concretização de Direitos Fundamentais, bem como a necessidade de coerência jurídica na prolação das decisões judiciais, afastando-se a incidência do protagonismo judicial e arbitrariedades, inclusive como uma forma de assegurar a efetividade legítima do ordenamento jurídico, pois o cidadão tem o direito de poder averiguar a fundamentabilidade e segurança jurídica da disposição que proveu, ou não, o seu direito. Posto a existência de diversos artigos e trabalhos referente à análise dos princípios, onde se observam a ótica da hermenêutica filosófica, relacionada ao estudo de teses argumentativas procedidas especialmente da obra de Robert Alexy, contudo esta não é a principal doutrina adotada, já que se parte, sobretudo da extensa e intrincada obra do doutrinador Lenio Luiz Streck, bem como do excelente norte americano Ronald Dworkin. Dispor-se a apresentar a direção correta para uma interpretação apropriada do direito pelo meio da hermenêutica filosófica, inclusive pelo modo adequado de uma resposta constitucional de aplicar os princípios demonstrados no presente trabalho. Igualmente, vale lembrar que o direito possui uma carga cultural e histórica, sendo que em todas as deliberações judiciais deve ser vestida de forma consciente, não se aceitando, em um estado democrático, deliberações ou atitudes privatistas, subjetivas e voluntaristas. Portanto, o presente trabalho tem como escopo levantar à tona um debate muitas vezes desamparado no âmbito acadêmico. Destarte, o trabalho realiza a avaliação dos princípios desde o seu conceito histórico e filosófico, até o estudo do seu uso apropriado, constitucional e democrático.

**Palavras-chave:** Panprincipiologismo, Decisionismos, Hermenêutica Jurídica, Discricionariedade.

## ABSTRACT

This paper proposes to present the role of principles as a legal norm, and to carry out a critical analysis of the inadequate use of judicial decisions, exposing the violation of the ideals of leadership and democracy, especially in the Constitution of the Republic, which consequently make it impossible to elaborate Fairness and the realization of Fundamental Rights, as well as the need for legal coherence in the rendering of judicial decisions, away from the incidence of judicial protagonism and arbitrariness, even as a way of ensuring the legal effectiveness of the legal system, since The citizen has the right to verify the legality and legal certainty of the decision that provided or not his right, post the existence of several articles and works concerning the analysis of the principles, where the optics of philosophical hermeneutics, related to the study of argumentative theses proceeding especially from the work of Robert Alexy, is observed. However this is not the line of examination adopted, since it is mainly part of the extensive and intricate work of the doctrine Lenio Luiz Streck, as well as the excellent North American Ronald Dworkin. Set out to present the correct direction for an appropriate interpretation of law through the medium of philosophical hermeneutics, including the proper way of a constitutional response to apply the principles demonstrated in the present work. Equally, it is worth remembering that law has a cultural and historical load, and that in all decisions must be consciously dressed, not accepting, in a democratic state, deliberations or attitudes privatist, subjective and voluntarist. Therefore, the present work aims to raise a debate that is often helpless in the academic field. Thus, the work evaluates the principles from their historical and philosophical concept, to the study of their appropriate, constitutional and democratic use.

**Keywords:** Panprincipiologism, Decisionisms, Legal Hermeneutics, Discretion.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2 DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO</b>	<b>11</b>
2.1 Evolução Histórica	11
2.2 Da Colação Entre o Direito Clássico e o Direito Contemporâneo	16
2.3 Do Juspositivismo e a Normatividade dos Princípios	18
<b>3 DOS PRINCÍPIOS E VALORES</b>	<b>21</b>
3.1 Definição	21
3.2 Diferenciação Entre Princípios e Regras	25
3.3 Os Princípios Como Normas de Otimização	30
3.4 A Aplicação do Princípio: O Juízo de Ponderação	32
<b>4 DECISÃO JUDICIAL</b>	<b>36</b>
4.1 Definição e Considerações Iniciais	36
4.2 Interpretação e Argumentação Jurídica	38
4.3 Casos Simples e Casos Difíceis (Hard Cases)	43
4.4 Teorias da Argumentação Jurídica	46
4.5 Ativismo Judicial e Decisionismo	49
<b>5 ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO JUDICIAL</b>	<b>57</b>
5.1 Decisão Baseada em Argumentação	57
5.2 Da Discricionariedade do Juízo, Confronto entre Dworkin e Alexy	59
5.3 Da Imprescindibilidade da Correta Motivação das Decisões Judiciais	63
5.4 O Novo Código de Processo Civil e as Inovações Hermenêuticas	66
5.5 Do Panprincipiologismo em Terrae Brasilis	70
<b>6 CONCLUSÃO</b>	<b>79</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>82</b>
<b>ANEXOS</b>	<b>85</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Primeiramente se faz necessário romper com os paradigmas que cercam a ciência jurídica atual, perante a evolução social e do pensamento jurídico, especialmente no Brasil, em relação às teorias da norma, bem como o seu modo de interpretação, para melhor entendimento sobre a aplicação dos princípios.

O Poder Judiciário tem como função por meio da jurisdição de solucionar os conflitos, por imediação dos Juízes, no qual tem o poder e dever de constitucionalmente proferir uma Decisão precisa para cada caso concreto, devendo ainda demonstrar à utilização de uma fundamentação sólida, que sem dúvida é uma grande garantia de aplicação da justiça.

O presente estudo visa ponderar o papel dos princípios no cenário jurídico atual, sendo um tema considerável a partir do momento em que os tribunais apresentam decisões que contrariam o estado democrático de Direito, o qual exige a presença de um procedimento e uma necessária fundamentação que juntos devem integrar uma sentença sem vícios, sob a coima de violar Direitos Fundamentais.

Incontestável é que na grande maioria das decisões jurídicas, se faz presente o decisionismo e solipsismo, somados a deliberações fundamentadas com base em princípios diversos, assim, em um primeiro momento, se faz imperioso averiguar a distinção entre o positivismo e o neoconstitucionalismo, no qual através dos tempos foi tema de embate entre os jusfilósofos, afim de demonstrar as alterações no que se refere à normatização e sistema jurídico.

Importante também em um segundo momento, distinguir o que consiste um princípio, e qual a sua distinção das regras, em tempos de pós-positivismo, e superação de dualidades, além de esclarecer como eles vêm sendo aplicados no momento da decisão, e o seu papel no ordenamento jurídico, devendo obedecer à correta aplicação da hermenêutica jurídica.

Posteriormente a ponderação sobre os princípios, procura-se expor a conceituação sobre a Decisão Jurídica e como os Tribunais vêm empregando o uso dos princípios em suas avaliações, apresentando-se exemplos práticos com o objetivo de analisar a aplicação prática de princípios sem que não possuem uma adequada carga valorativa e normativa.

Por conseguinte, após a discussão sobre os princípios e apuração de como o mesmo vem sendo utilizado no momento da decisão, o trabalho ainda se

valerá da discussão sobre a discricionariedade e a arbitrariedade do poder judiciário, procurando relacionar a utilização de pseudoprincípios, que oferecem margem para o decisionsmo.

Visando comprovar toda a finalidade desta tese, será demonstrado o porquê de no momento da decisão judicial o julgador deve se utilizar de um argumento razoável, a fim de oferecer um retorno como um direito fundamental à obtenção de respostas corretas, adequadas à Constituição Federal.

Significativo se faz esclarecer, que o presente trabalho não pretende afastar a aplicação de todos os princípios, uma vez que nem todas as decisões fundamentadas em princípios são nulas ou condenáveis, posto que, é possível a aplicação destes mandamentos, desde que estejam solidificados no ordenamento jurídico, com uma carga normativa.

Importante esclarecer ainda, que eventuais críticas estabelecidas no transcorrer desta dissertação não possuem qualquer índole pessoal e, as contrariedades que foram eventualmente levantadas não concebem, sob nenhum aspecto, desmerecimento de magistrados ou tribunais, servindo tão somente para uma crítica acadêmica visando à contribuição para um debate jurídico.

Em relação ao método de pesquisa empregado para a realização do presente estudo, ou seja, para a materialização desta obra, foi imprescindível a consulta em doutrinas e artigos científicos da área, análises jurisprudenciais de alguns julgados, bem como buscas em meios eletrônicos, em especial a obras do Professor Lenio Luis Streck e Rafael Tomas de Oliveira.

Por fim, como método científico, utilizou-se o dedutivo-indutivo, onde se considerou controverter o tema pelo meio de arrolamentos particulares conseguindo conclusões gerais, bem como, através de teses e antíteses idealizando sínteses, deste modo, foi feita uma apreciação construtiva sobre o tema proposto.

## 2 DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO

Com as atuais modificações da ciência do direito, principalmente as relacionadas à Teoria Jurídica e a aplicação do direito, o neoconstitucionalismo ainda se expõe como um tema controvertido.

São diversas as dúvidas que cercam este instituto, até mesmo de ordem semântica, causando uma ampla confusão nas obras doutrinárias e nos preceitos acadêmicos sobre o novo aspecto do direito constitucional.

Portanto, este primeiro capítulo busca esclarecer as diferenciações entre o positivismo e o pós-positivismo, especialmente demonstrando através da evolução histórica as alterações que formaram o novo instituto do neoconstitucionalismo.

Deste modo, por não ser o enfoque principal do presente trabalho a corrente do positivismo/neoconstitucionalismo em si, mas sim os seus reflexos causados, sobretudo pela utilização acentuada dos princípios, por escolhas didáticas e coerentes se optou por dissertar de maneira simples, mas não ilusória o instituto.

### 2.1 Evolução Histórica

Através dos tempos a forma de se refletir o direito alterou, foram muitas mudanças de pensamento entre a comunidade da jusfilosofia, onde diversos fatores contribuíram para essa transformação conforme será visto a seguir.

No século XIII, especialmente na França, na luta contra a monarquia absolutista, o jusracionalismo permitiu a possibilidade de controle deste sistema, contudo, seu arrojo progressista passou a simbolizar uma ameaça para o novo regime que se buscava estabelecer, por conta de que o jusracionalismo protegia que a razão seria capaz de descobrir o direito natural, que precisaria, então, ajustar o direito positivo, esse "jusracionalismo crítico" tornava-se um frequente elemento de inconstância política<sup>1</sup>.

Por conta dos movimentos constitucionais modernos, mormente a criação da Constituição francesa de 1791 e da Constituição dos Estados Unidos de

---

<sup>1</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método: diálogos entre a Hermenêutica filosófica e a Hermenêutica jurídica**. 2008. (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 98.

1787, originaram a normatividade da Lei como um instrumento da liberdade dos cidadãos, mas também como único sistema a legitimar e atribuir obrigações, conseguindo inclusive um estágio de dogma.

Foi a partir do destaque nos ensinamentos de juristas sendo: Hobbes, Montesquieu e Rousseau, que foi aceitável o incremento de um "jusracionalismo conservador" que permitiu a alegação do poder e o alicerce de um novo modo de governabilidade baseado nas compreensões do iluminismo, mormente na "vontade geral" de Rousseau dando início ao movimento que ficou conhecido como Escola da exegese<sup>2</sup>.

Tempos depois, surgiu a Teoria do Direito Positivo de Hans Kelsen, principalmente em sua obra Teoria Pura do Direito, em que apresenta um enredamento surpreendente, porém com um entendimento extremante formalista, por ensinar que a lei será a máxima expressão de concretização de direitos, onde posteriormente foi altamente criticada<sup>3</sup>.

Apesar de todos os julgamentos, não podemos deixar de destacar que Hans Kelsen por meio de seus trabalhos deixou importantes ensinamentos para a teoria do direito contemporâneo.

Buscando compreender os ensinamentos de Kelsen, a teoria do positivismo é apontada pela tentativa de aferir ao conhecimento jurídico uma metodologia e objeto adequados, que pudessem oferecer a ultrapassagem de distintos conflitos metodológicos e de permitir uma autonomia científica aos juristas.

Podemos conceituar ainda este sistema como uma ciência da legislação positiva, que "pressupõe uma situação histórica concreta: a concretização da produção jurídica em uma só instância constitucional, a instância legislativa<sup>4</sup>".

Ainda, o Positivismo nas palavras de Dworkin<sup>5</sup> pode ser explanado em três tópicos: 1º confiar o direito como "um conjunto de códigos essenciais, utilizado direta ou indiretamente pela sociedade com o escopo de originar qual o comportamento será penitenciado ou constrangido pelo poder público", os quais são

---

<sup>2</sup> CELLA, José Renato Graziero. **Positivismo jurídico no século XIX: relações entre direito e moral do ancien régime à modernidade**. Publicado em 2004. p. 46.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva 2008. p. 200/237.

<sup>4</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução Marina Gascón. 7. Ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 33.

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 45.

medidas quanto a sua validade, 2º uma vez que não se localize uma solução dentro do direito para um fato concretizado, o julgador deve ir “além do direito na procura de um determinado tipo de standard que o oriente na organização de nova regra jurídica ou no complemento de uma regra jurídica já vivente” 3º dizer que “alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é descrever que seu caso se condiz em uma regra jurídica adequada que decreta que ele faça ou se abnegue de fazer alguma coisa, na carência de tal regra jurídica apropriada não existe obrigação jurídica”.

O movimento positivista com início de sua vigência no ordenamento jurídico desde o século XIII na França, com o passar dos tempos foi alvo de grandes críticas em relação ao seu sistema principalmente em relação à preocupação com a valorização e definição da realidade (ainda às vezes se afastando do fato) e a não valorização dos juízos de valor, não permitindo uma análise hermenêutica da norma, devendo a norma ser analisada em sua estrutura pura e simples.

Contudo, por meio dos tempos e após amplos debates, o preceito positivista perdeu a aptidão de apresentar uma resposta dialética para os impactos jurídicos atuais, especialmente as mais complexas ou abstrusas (hard cases) <sup>6</sup>, como o caso da problemática das guerras mundiais, onde logo após houve o surgimento dos princípios, ainda naquele tempo a coletividade determinou a harmonização da segurança jurídica com a justiça.

Um dos primeiros pontos de grande impacto que proporcionou diversas alterações foi o embate das duas grandes Guerras Mundiais, a primeira que originou a criação da Liga das Nações, onde acabou não sendo eficiente já que após alguns anos Hitler<sup>7</sup> novamente impôs seu regime totalitário originando a segunda guerra<sup>8</sup>.

Nesse ínterim houve o massacre de seres humanos entre eles soldados, Judeus, crianças e idosos, além do Holocausto, o que gerou grande impacto em toda a sociedade internacional, que naquele tempo havia uma complexa legislação altamente baseada em códigos, não existindo uma norma que oferecesse amparo ou indicação na aplicação do direito.

---

<sup>6</sup> Expressão utilizada por teóricos do direito para definir casos nos quais se verifica uma lacuna ou obscuridade na aplicação da lei ao caso concreto, e por isso, não existe um raciocínio lógico-dedutivo simples a partir de uma regra jurídica existente para a solução. (ARNAUD, André-Jean (org.)). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 86.

<sup>7</sup> Adolf Hitler 20 (de Abril de 1889 — Berlin, 30 de Abril de 1945), foi um político Alemão que serviu como líder do Partido Nazista (Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei; NSDAP).

<sup>8</sup> <http://www.infoescola.com/historia/segunda-guerra-mundial/> acesso em 20/08/2017.

Após o enfraquecimento do positivismo (jusnaturalismo), emerge um novo brocardo denominado pós-positivismo/neoconstitucionalismo, o qual é a representação do sistema e pensamento constitucional hodierno.

Nesse sentido, podemos conceituar o (neo)constitucionalismo, de acordo com as palavras do Professor Luis Roberto Barroso (2006, p. 9), em que assim define:

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Nesse sistema, os valores entram no ordenamento, pela intercessão dos princípios, com o escopo de consentir a tomada de decisões com apoio em padrões de justiça, mas a sujeição de juízo crítico lógico e racional para a prolação de decisões nos casos difíceis é uma das observações mais criticadas em relação ao modelo proporcionado, sendo inclusive objeto de estudo deste trabalho.

O início do novo direito constitucional, que se procedeu na Europa Continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, principalmente na Alemanha e na Itália, em *terrae brasilis*, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar a introdução do novo constitucionalismo<sup>9</sup>.

Importante apresentar que existem diferenças entre o neoconstitucionalismo e pós-positivismo, o primeiro é um atributo comum do constitucionalismo ocidental com origem no segundo pós-guerra e auge na atualidade, o segundo é o alicerce da filosofia do direito, o neoconstitucionalismo explica um sistema de ideias ou método constitucional pautado no pós-positivismo, mas com ele não se confunde<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit., p. 245.

<sup>10</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva 2008. p. 32.

Em distintas palavras, o pós-positivismo pode ser afrontado como o entendimento teórico do neoconstitucionalismo, pois admite repensar determinados fundamentos jurídicos, como a teoria da norma, e a teoria das fontes, (Barroso 2007, p. 22).

O padrão pós-positivista consiste na justaposição do direito com a moral, distinção entre princípios e regras, além da definição do conteúdo da norma constitucional pelo jurista, é indicado com a finalidade de procurar a compatibilidade do sistema jurídico com as necessidades sociais, principalmente nos *Hard Cases*.

Para a solução deste caso (um dos motivos do surgimento do pós-positivismo) diverso são os critérios proporcionados para a resolução dessas questões, entre elas tese da única decisão correta de Dworkin, a tese de Robert Alexy que conglomerava a adequação dos princípios como mandamentos de otimização a serem realizados na maior medida possível e com os critérios de avaliação como uma ambição de apuração do direito, ainda há a importante conjunto de teses argumentativas de MacCormick, entre outras<sup>11</sup>.

Com o neoconstitucionalismo, houve importantes alterações no ordenamento jurídico brasileiro nos últimos tempos, em especial em relação ao *modus operandi*, com a quebra de modelos na teoria jurídica e na prática dos tribunais, inserindo-se um estilo mais aberto de ponderar o direito, uma eloquência e arguição mais compreensiva, além da sobreposição dos princípios em relação às regras, tendo a Constituição como núcleo do ordenamento jurídico<sup>12</sup>.

Ainda com a incidência dos princípios constitucionais dirigindo todo o ordenamento jurídico, as matérias infraconstitucionais serão analisadas pelo arcabouço principiológico do Direito Constitucional, advindo assim um antiescalonamento do sistema jurídico, sendo que hoje a Constituição figura como o centro e o instrumento de resolução de questões das mais diversas áreas da ordem jurídica.

---

<sup>11</sup> HART, Herbert. **O conceito de Direito**. Trad. MENDES, Armindo Ribeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 89.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro/: Renovar, 2003. p. 120

## 2.2 Da Colação Entre o Direito Clássico e o Direito Contemporâneo

Conforme demonstrado, através dos anos o sistema jurídico vem sofrendo importantes alterações, nesse ínterim a norma jurídica – Lei, não mais foi capaz de regulamentar e oferecer uma resposta adequada amparada pela Constituição para todas as situações em que existia uma lacuna normativa.

Importante frisar que a lacuna normativa não se baseia apenas na falta de lei, pois em alguns casos poderá incidir a lacuna axiológica onde há lei para o caso concreto, contudo sua aplicação se desponta injusta ou insatisfatória, podemos citar como o exemplo o caso do duplo grau de jurisdição imperativo no processo do trabalho, descrito no Art. 1º, V do Decreto-Lei nº 779:

Nos processos perante a Justiça do Trabalho, constituem privilégio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias ou fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica: o recurso ordinário "ex officio" das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias;

Neste caso há a existência de uma lei expressa que disciplina a matéria não sendo o caso de uma lacuna normativa, todavia pode-se frisar há um problema axiológico, pois, outorgar a fazenda pública tal prerrogativa, sem restrições ou observações, teria uma consequência insatisfatória, tendo em vista que o número de ações que seriam apresentadas aos tribunais superiores seria exorbitante, de modo a tornar inviável a prestação jurisdicional em uma área que já contém uma alta carga contenciosa<sup>13</sup>.

Destarte para afastar a aplicação desta norma o aplicador do direito poderia utilizar como argumento o princípio da Economia Processual e Celeridade processual descrito no artigo 5º, inciso LXXVIII, uma vez que a entrada dos recursos poderia prejudicar o julgamento dos demais.

Deste modo, uma vez que somente a aplicação fria da lei não é suficiente para regular todas as situações (superação do positivismo), o ordenamento atualmente recorre aos métodos de integração normativa descritos no artigo 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, afirma que na

---

<sup>13</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: Uma crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 127.

omissão o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Portanto podemos concluir que hoje se reconhece o valor normativo dos princípios e da jurisprudência, no ordenamento jurídico brasileiro, nesse caso, a interpretação mais adequada é de que a lei permanece sendo fonte elementar do direito, juntamente com os princípios que possuem força normativa, e ainda, igualmente como fonte principal a jurisprudência, principalmente vinculante, a todos esses três sendo imputada eficácia normativa, posteriormente caberá ao juízo aplicar a analogia e costumes.

No Direito hodierno a Constituição sobreveio a ser abarcada como um sistema acessível de princípios e regras, com valores jurídicos acima da positividade, no qual os conceitos de justiça e de concretização dos direitos fundamentais cumprem um papel essencial.

Deste modo, no direito moderno/contemporâneo, a aplicação da integração normativa e o uso dos princípios constitucionais se tornam necessárias uma vez que a lei não é capaz de acompanhar o avanço da sociedade atual.

Portanto ao proferir uma sentença judicial para um caso novo, ou um *hard case*, o julgador se utilizará destes dispositivos, ocorre que conforme as críticas de Ronald Dworkin, mormente em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, o julgador poderá valer-se do poder discricionário para proferir decisões baseadas em princípios inexistentes.

Ainda, prevalece a compreensão de que o sistema jurídico primoroso se unifica em uma classificação jurídica compensada de regras e princípios, em que as regras cumprem o papel indicativo à segurança jurídica, previsibilidade e objetividade das condutas, dando margem à concretização da justiça.

Portanto o direito moderno é diligente, sendo que suas regras e normas devem conter declarações prescindidas e flexíveis, seguindo as modificações sociais e, com isso, acarretando respostas aceitáveis aos casos reais a partir da força da aplicação de suas normas, notadamente as que dispõem sobre proteção de direitos e garantias fundamentais.

### 2.3 Do Juspositivismo e a Normatividade dos Princípios

O positivismo jurídico ou Juspositivismo é uma vertente de pensamento da filosofia do direito que busca restringir o Direito somente àquilo que está positivado-posto, empregando uma metodologia científica (empírico) para o estudo e compreensão.

Ao determinar o direito, o positivismo descreve deste modo, o conceito de direito com o direito verdadeiramente posto pelas superioridades que detém o poder político de estabelecer as normas jurídicas<sup>14</sup>.

De acordo com esta corrente, as condições para verificar se uma norma tem validade jurídica têm caráter formal, independente de critérios de mérito exteriores ao direito, consequentes de diversos sistemas normativos, tais como a moral, ética e política.

Portanto, este sistema afasta a incidência das teorias dualistas que aceitam a aplicação de um direito natural ao lado do direito positivo, assim, uma regra competirá ao sistema jurídico, designando direitos e obrigações para a sociedade, desde que decorra de uma autoridade competente para a elaboração de normas e desde que seja empregada de acordo com o método antecipado legalmente para a edição de novas normas.

Ao oposto do que protegem os jusnaturalistas, a Corrente Juspositivista acredita que só pode existir o direito e, por conseguinte a justiça pelo meio de normas positivadas, ou seja, normas derivadas pelo Estado com poder coercitivo, podemos dizer que são o conjunto de normas escritas formuladas pelo poder legislativo do estado, portanto o direito positivo é aquele que o Estado comina à coletividade, e que necessita estar ajustado aos princípios fundamentais do direito natural.

Ainda, antes da abertura da normatividade dos princípios, a corrente Juspositivista continha como mandamentos, Leis impostas, não podendo haver uma hermenêutica sobre determinada norma, Leis como produto da ação humana (empírico-cultural), além da existência de leis extremamente formais.

Desapegando-se do caráter positivista os princípios através dos tempos foram alvo de muitas discussões, valendo-se de diversos entendimentos de

---

<sup>14</sup> STRECK, LÊNIO. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 87.

acordo com o pensamento doutrinário que avigorava a época, graduando a tese da análise contextualizada, os princípios “assumem um significado apenas quando considerados em conjunto com o restante do sistema jurídico: daí a necessidade de pressupô-lo como uma totalidade”<sup>15</sup>.

Nesse sentido, ganhou-se força a seriedade dos princípios em todo preceito normativo, para que este seja instituído de normatividade para estabelecer condutas de casos presentes no cotidiano das relações jurídicas, sendo indispensável, a eficácia normativa dos princípios que toam essas normas no sentido de se conseguir o adequado escopo do Direito, qual seja a justiça social.

Há tempos a doutrina concluiu que os princípios atuam como fonte sublime da produção das normas, por haverem elevado grau de abstração e maior carga valorativa, ainda podemos abranger os princípios como regra interpretativa e bem como fonte de integração jurídica, inteirando lacunas normativas, conforme previsão legal da LINDB (Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro) no artigo 4º situa que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Conforme demonstrado, os princípios jurídicos, notadamente os de natureza constitucional, passaram por um processo de ascendência, que os alterou de fonte secundária do Direito, nas conjecturas de lacuna legal, ao núcleo do sistema jurídico, esse fato ocorre tendo em conta o ambiente pós-positivista de proximidade entre o Direito e a Ética, sendo que hoje há consenso na doutrina jurídica atualizada de que princípios e regras gozam igualmente do status de norma jurídica, diferenciando-se um dos outros por critérios diversos<sup>16</sup>.

Deste modo, a jurisprudência tem reconhecido a força normativa dos princípios, aplicando-se nas contendas judiciais, seja por falta de regras apropriadas que regulem o caso, seja por bel-prazer e ou pela facilidade.

Porém, a atribuição de alta carga valorativa aos princípios colabora para seu desenvolvimento ao nível das regras com incidência direta aos casos, contudo, a falta de critério e especificidade destas normas, torna arriscado seu emprego direto e imediato aos casos concretos.

---

<sup>15</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em crise**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 128.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit., p. 316/317.

Levando-se em conta a importância primordial do Poder Judiciário brasileiro, como um dos poderes fundados na constituição no Art. 92, bem como a encargo de atuar no julgamento de casos concretos, seu papel é a bom emprego das normas aos casos *sub judice*, de modo que ponderar à luz de princípios sem uma carga normativa, é um campo próspero para que se afaste de sua incumbência primordial, que é a correta de aplicação das normas jurídicas.

Aplicando se os princípios segundo o descrito acima o juízo acaba assumindo o papel de legislador, envolvendo a esfera de alçada do Poder Legislativo, esse risco ainda poderá fomentar outros problemas como a insegurança jurídica, conforme será visto em tópico posterior.

Assim, tendo em vista a incidência do direito contemporâneo, a normatividade dos princípios, tal como se acaba de expor, poderá ser depreendido como um sistema aberto de regras e princípios, sistema este que Canotilho entende como "constitucionalismo adequado"<sup>17</sup>.

Segundo este sistema, uma constituição formada apenas por regras criaria um sistema jurídico limitado, sem uma racionalidade prática e bastante extenuante; conseguir-se-ia um sistema seguro, porém este sistema não permitiria o balanceamento de valores e interesses de uma sociedade pluralista e aberta.

Por outro lado, uma constituição desenvolvida tão-somente de princípios conduzir-nos-ia a hesitação, a ausência de regras precisas, e principalmente a coexistência de princípios colidentes, além de um sistema desprovido de segurança jurídica, desse ponto assegura-se a proposta sugerida por Canotilho em desenvolver um sistema jurídico aberto de princípios e regras.

---

<sup>17</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: Uma crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial**. Op. Cit., p. 78.

### 3 DOS PRINCÍPIOS E VALORES

Neste capítulo, será exposto a conceituação e diferenciação de princípios e regras, sendo um dos temas mais abstruso do presente estudo.

De antemão, se faz importante destacar que nas distintas fontes bibliográficas estudadas, junto à doutrina, há uma descrição genérica do conceito de princípio, sendo eles vagos e de complexa aplicabilidade.

Ainda, ao se aprofundar sobre o tema, percebe-se que diversos doutrinadores evadem de adentrar no cerne da questão ante o enredamento complexo desta norma, e acabam por não especificar detalhadamente os princípios, confiando que tudo estaria evidente.

Antes de adentrar ao estudo específico dos princípios, importante apresentar uma questão levantada pelo Saudoso ex-ministro do STF, Eros Grau, que apresenta a prática de um abuso praticado pelos tribunais na valorização dos princípios como ancores retóricas para embasar suas decisões que, por conseguinte, levam a incidência da discricionariedade judicial<sup>18</sup>.

De um modo menos ponderado do que alega o ex-ministro, pode-se asseverar que a ofuscada confiança presente no subjetivismo dos magistrados, que em muitos casos, excedem o uso dos princípios, sem amparo e normatividade, leva a uma verdadeira discricionariedade, inautêntica, arbitrária e antidemocrática.

Contudo, antes de chegar a conclusões, que demonstram os abusos apontados, se faz imperioso a apreciação específica dos princípios e regras, explanados a seguir.

#### 3.1 Definição

Primeiramente apesar dos princípios serem objeto de estudo de diversos doutrinadores e forte jurisprudência, é importante notar que o tema é complexo, não tendo este trabalho a ambição de cominar verdades integrais sobre o tema.

---

<sup>18</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. São Paulo: Malheiros Editora, 2013. p. 67.

Além disso, numerosos juristas brasileiros e internacionais, que arriscaram fazer uma conceituação, sofreram críticas por equívocos ou mixagens teóricas.

Deste modo, acompanhando o raciocínio de pesquisa adotado, referente à apreciação dos princípios em uma visão hermenêutica, buscar-se-á abordar um conceito que se enquadra com os fatos atuais que almejam a efetiva construção de um Estado Democrático de Direito, por meio do constitucionalismo social e compromissório.

É intangível a abrangência e a acedência do constitucionalismo moderno, (neo)constitucionalismo, neste novo protótipo, é inimaginável qualquer debate mais denso sem a devida suplantação da imperatividade da lei (objetivismo) ou da vontade ilimitada do julgador como característica subjetiva.

Posto isto, cumpre esclarecer que os princípios elencados neste trabalho não se referem aos “princípios gerais do direito”, já que possuem natureza diferente, conforme explica Rafael Tomaz de Oliveira (2008 p. 50/51):

[...] os princípios gerais do Direito aparecem como reminiscências do projeto jusnaturalista em pleno seio da cultura positivista emergente, como figuras capazes de suprimir as eventuais lacunas existentes no sistema positivo do direito codificado para lhe preservar a completude lógico-sistemática conquistada racionalmente. Além deste aspecto conteudístico, do projeto direito natural racionalista retira-se também o método de aplicação de tais princípios. Os princípios aparecem, neste caso, como axiomas de justiça necessários a partir dos quais se realiza a dedução. Desse modo, é possível dizer que eles funcionavam de maneira teórica e metodológica para reunir pelo menos duas exigências para concretização da completude axiomático-dedutiva do sistema: em primeiro lugar, a plenitude normativa, sendo articulados para colmatar os espaços vazios do sistema em casos de lacunas; em segundo lugar, reduzindo eventuais contradições que pudessem surgir da interpretação abstrata das disposições normativas do sistema jurídico codificado.

Desde modo, os princípios gerais do direito, foram adentrados no ordenamento no sentido de encerramento do "perfeito" sistema positivista costumeiro, guardando sua completude que de modo óbvio é inexplicável se este for analisado nos padrões como primeiramente colocado, com as antigas divergências metafísicas.

Contudo, ainda existe no ordenamento jurídico brasileiro diversos dispositivos que remetem aos princípios gerais do direito como no caso da Lei de

Introdução as normas do Direito Brasileiro – LINDB, em seu artigo 4º, o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil, entre outras.

Com a modificação adentrada pela Lei nº 12.376/2010 que transformou apenas a terminologia da antiga LICC, advindo esta a se chamar Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por meio desta, houve a aplicação de uma catalogada explanação geral do direito, ou seja, exclusivamente apoiou o positivismo já excedido, o que retarda a chegada de um constitucionalismo contemporâneo, ou, conforme leciona Lenio Luiz Streck (2009 p. 110/111):

Agregue-se, ainda, por relevante, que a LICC é fruto de um modelo de direito liberal-individualista (modelo formal burguês, se assim quiser) que resume o direito às relações privadas. [...] Ora, ao se manter, nesta quadra da história, uma "lei de introdução ao direito" (sic) pautada na interpretação do Código Civil e nos parâmetros para uma aplicação "geral" do direito, está-se contribuindo para uma resistência de um modelo (positivista) em relação ao novo constitucionalismo, que ingressa na história justamente para superar o antigo modelo. Desse modo, jamais se terá a constitucionalização do direito civil; no máximo, ter-se-á uma "codificação" da Constituição.

Desta feita, os princípios modernos do direito não podem ser interpretados como os remotos princípios gerais, em que apontavam como um recurso para adimplemento de brechas de um sistema exegético, portanto há uma superação de uma simples indicação da aplicação jurídica, para um sistema com normas no sentido deontológico, que incluem a moral no direito a partir de uma constituição integrativa, e intersubjetiva.

Incumbe ainda lembrar sobre outro brocardo constantemente propagado que também fazer jus a revisão, qual seja o que diz que os princípios constituiriam a positivação de valores.

Ao acolher o pensamento citado, por consequência possibilita a incidência do panprincipiologismo ilimitado, tendo em vista que se torna mais simples a concepção de vários "princípios" para saída ou alegação de decisões discricionárias e arbitrárias.

Destarte, a apreciação do conceito de princípio emana principalmente dos episódios históricos posteriormente a Segunda Grande Guerra com a

reorganização política, social e econômica, bem como a alteração do positivismo para o neoconstitucionalismo, diga-se Estado democrático<sup>19</sup>.

Nesse sentido, ressalta-se que os princípios formam um conjunto de normas com um sentido deontológico e de introdução do mundo prático no âmbito do direito, bem como a formação de uma composição democrática a partir da moral, por meio de constituições dirigentes e compromissórias<sup>20</sup>.

Desta forma os princípios juntamente com as regras, incluem um viés deontológico sendo imprescindível a aplicação conjunta de princípios e regras para uma decisão jurisdicional adequada ou interpretação a cada caso concreto.

Em relação às regras, estas são resultado somente da leitura de textos de lei (dispositivo legal), que em alguns casos poderá ser constituído de imprecisões, referentes a linguagem e interpretação com duplo sentido.

Em seu turno, os princípios, são condutores materiais que completam as regras e auxiliam na interpretação as regras, promovendo o surgimento de uma norma que se incidirá somente em determinado caso concreto.

Portanto, em conformidade com o modelo normativo, perante a uma situação de caso concreto, o julgador/interprete se depara no Ordenamento Jurídico uma Regra para a solução de uma lide, a qual deverá ser interpretada em conformidade com os princípios correspondentes para, a partir disto extrair a Norma, apresentando-se uma resposta democrática adequada.

Em uma fixação conceitual de princípio, o entendimento que predomina no meio acadêmico e doutrinário é de que este tipo de norma é um “mandamento nuclear de um sistema”.

Porém a conceituação proposta pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, é mais instrutiva, sendo que apesar de ser um mandamento nuclear de um sistema, é um verdadeiro alicerce dele, irradiada por diversas normas, servindo de juízo crítico para sua perfeita compreensão e inteligência, justamente por deliberar a

---

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomas, **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008. p.59.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**, Rio de Janeiro, Lumen, 2009. p. 114.

lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe afere a tônica e lhe dá sentido harmônico<sup>21</sup>.

Miguel Reale em sua conceituação afirma que os princípios são proposições normativas de valor universal, que protegem e norteiam à concepção do ordenamento jurídico, a aplicação e consistência ou até mesmo para a laboração de novas normas, são verdades geradoras de um sistema de informação, como tais aceitas, por serem abertas ou por terem sido confirmadas, mas por conta de motivos de ordem técnica de caráter prático, isto é, como pressupostos ordenados pelas necessidades da pesquisa.

Ainda, nos tempos atuais, há uma utilização dos princípios como método de retórica, para fortificar a seriedade de um determinado comando, pode-se citar como exemplo a determinação do Código de Processo Civil de se guardar as testemunhas de um processo em local apartado das demais que ainda não foram ouvidas, em primeira análise trata-se de uma regra.

Todavia, com o intento de conceder maior relevância à regra, é corriqueiro chamá-la de princípio da incomunicabilidade das testemunhas, com a pretensão de ampliar a sua importância.

Por todo o exposto, as regras continuam como um papel principal de descrever condutas e regular situações aplicando-se a jurisdição em cada caso concreto, contudo é impossível que a produção normativa consiga acompanhar a evolução da sociedade moderna, motivo pelo qual os princípios são, decisivamente, a ferramenta imperativa à explicação do Direito em uma era pós-positivista.

Em uma palavra final neste tema, é possível concluir que para uma devida construção de uma produção normativa é essencial à interpretação conjunta entre regras e princípios, sendo a regra ponderada a partir da materialidade principiológica, não sendo possível a aplicação de um princípio sem respaldo jurídico como será discutido adiante.

### **3.2 Diferenciações Entre Princípios e Regras**

Inicialmente, importa afirmar que não existe uma relação entre o texto e a norma, uma vez que nem sempre que existir um texto existirá também uma norma.

---

<sup>21</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 817-818.

Porém na maioria dos casos da interpretação do texto vai ser possível extrair uma norma, sobrevivendo isso terá que constatar se dessa norma é razoável arrebatá-la uma regra ou um princípio.

Em relação às normas jurídicas, estas são gênero, dos quais são espécies: norma princípio, norma regra e norma postulado, sendo que este último será tratado no próximo tópico.

Ha tempos a doutrina se esforça na tentativa de diferenciar os princípios das regras, ainda mais em reação a hierarquia, normatividade e interpretação deste sistema, embora a discussão prevalecer no campo teórico, não há como se recusar a seriedade do tema, pois a incorreta aplicação poderá causar problemas em questão de pacificação social e estabelecimento de segurança jurídica.

Na tentativa de definição entre princípios e regras, é conveniente raciocinar sobre o tema de acordo com o pensamento e grande reforço dos seguintes juristas: Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila.

No presente tema, será abordada de maneira superficial a distinção entre princípios e regras de acordo com Dworkin e Alexy, e de forma mais acentuada os preceitos de Humberto Ávila.

Iniciando-se pelos ensinamentos de Ronald Dworkin, este diferenciou princípios e regras por meio do modo ou da quantidade de ocorrência num embate normativo.

Para este jurista, as regras, justamente por terem seus dispositivos organizados de maneira hipotético-condicional, aplicar-se-ia na sua integralidade ou não incidiriam (tudo ou nada), uma vez que, dados os fatos que uma regra determina, então ou a regra é correta, e neste caso o retorno que ela provê deve ser aceito, ou não é válida, e neste acontecimento em nada colabora para a decisão<sup>22</sup>.

Por outro lado, os princípios, teriam um volume de peso ou importância e, existindo um embate entre eles, “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.”<sup>23</sup>

Ainda Dworkin elaborou sua argumentação com supedâneo nas bases teóricas para realizar um “ataque geral ao positivismo” (general attack on positivism),

---

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Op. Cit., p. 39.

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Op. Cit., p. 42.

especialmente à variante apresentada por seu predecessor da universidade de Oxford, Herbert Hart.

Nas palavras de Dworkin, o positivismo é constituído por um sistema jurídico fundado exclusivamente por regras positivadas em um ordenamento que, por conseguinte se torna escasso para a demanda de casos difíceis (*hard cases*<sup>24</sup>) quando se usam Standards que operam e funcionam de maneira distinta das regras.

Se valendo dos ensinamentos de Dworkin e Lenio Streck, Motta assim afirma (2012, p. 222) em relação aos princípios e regras:

[...] para Dworkin, o princípio é um padrão de julgamento, ligado a uma justificativa moral, que deve ser aplicado na defesa de direitos. Sem que estes direitos (ligados, sobretudo, à igualdade) sejam respeitados, não estaremos em uma democracia. A sua defesa, portanto, não é um favor da maioria, mas o resguardo da legitimidade de um Estado Democrático de Direito. Além disso, o princípio é um padrão que, diferentemente das regras, não determina imediatamente um comportamento, apesar de seu perfil deontológico (diz o que deve ser, tem pretensão de eficácia). Essas premissas fazem com que se compreenda melhor a noção que Lenio transmite quando diz que cada regra tem um princípio que a institui. Claro: se o Direito deve ser coerentemente produzido, e se essa coerência é principiológica, evidentemente que toda a regra (como manifestação do Direito) deve encontrar justificativa no raio emaranhado de princípios que o integra. A regra 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, dá-se o nome de princípio.

Na visão de Robert Alexy, ampliando a tese de Dworkin, houve a apresentação sobre a ponderação e a admissão de regras de exceção como forma de decidir o conflito entre normas, nesses casos, a saída se daria por meio da consignação de invalidade de uma delas (conforme proposto por Dworkin), mas apenas na incapacidade de se introduzir uma terceira regra que excepcionasse as duas colidentes (cláusula de exceção).

Nos casos em que haja um conflito principiológico, para Alexy, um princípio precisará abdicar para o bom emprego do outro, mas sem que isso constitua a invalidade de um deles, nem a introdução da exceção, uma vez que as regras trazem mandamentos definidos, de modo que um ocasional conflito se dá no campo abstrato, os princípios apresentam comandos *prima facie*, com eventual contenda ocorrendo no plano concreto.

---

<sup>24</sup> Motta, em seus ensinamentos afirma que: "um caso fácil é simplesmente aquele que foi Compreendido!" (MOTTA, 2010, p. 139).

Em suma, a distinção para o pensamento de Alexy se daria em dois tempos: o primário seria a colisão, já que os princípios se limitam reciprocamente e as regras se excluiriam ou seriam uma exceção em um segundo momento, derivado do primeiro, seria a densidade normativa, uma vez que as regras constituiriam mandamentos incondicionais e os princípios, mandamentos relativos.

As ponderações realizadas até aqui, representa os brocardos mais disseminados sobre o conceito de princípio e sobre as descrições que o assinalam das regras. No entanto, nos ensinamentos do jurista Humberto Ávila em sua obra “Teoria dos Princípios” publicada em 2003 em que examina os parâmetros assinalados e proporciona uma nova compreensão sobre a diferença entre princípios e regras.

O excelente trabalho de Ávila tem como fundamento básico o isolamento dentre o dispositivo legal e a norma. O dispositivo versa sobre o texto escrito e imposto pelo legislador, portanto, o dispositivo do art. 121 do Código Penal é “matar alguém”, mas, como a norma é a sequela da interpretação do dispositivo, a norma comprimida no texto legal seria “é proibido matar”<sup>25</sup>.

Com embasamento neste sentido, o jurista redige análises que podem ser assim sintetizadas;

1) Realização de discriminação entre princípios e regras fundamentada na composição abstrata e hipotético-condicional, seria equivocada, pois do dispositivo seria plausível, por meio da interpretação, extrair uma norma-regra ou uma norma-princípio, um modelo bastante importante é a legalidade penal, que, como princípio, resguarda a segurança jurídica, contudo está consolidado por meio da regra “não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal”;

(2) A afirmação determinante de que as regras adviriam no modo “tudo ou nada” é incorreta, sendo inclusive reconhecido pelo STF no HC 77.003-4 ao deixar de aplicar, fundamentadamente, a regra vigente de concurso público para aprovação de funcionários, sem que fosse considerada ilegal e sem que houvesse outra a excepcionando. Contudo, o jurista aceita a obrigação de um “ônus de argumentação apropriada para superar as razões de aplicação da regra;

---

<sup>25</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30.

3) É admissível um embate concreto de normas sem a necessidade de exclusão de uma delas do sistema, nestes casos o conflito poderá ser solucionado pelo critério da ponderação (postulado normativo da ponderação) <sup>26</sup>.

Depois de debater a doutrina mais celebre sobre princípios e regras, Humberto Ávila sugere uma acepção sobre as espécies normativas, apresentando três fatores fundamentais.

O primeiro fator especial de fixação é o modo como a norma comanda cada conduta, os princípios apresentariam como obrigação contígua à promoção de um estado ideal, à medida que as regras conteriam a adoção do comportamento descrito. Em distintas palavras, o princípio constitui um fim a ser alcançado, dando ao legislador a criação de uma regra que abrange tal finalidade.

Em relação às regras, de forma mais ingênua, decretariam que assentada conduta fosse adotada por vontade do legislador não só pelo fim, mas pela realização de um fim de acordo com o modo por ele selecionado.

O secundário fator versa sobre a natureza da defesa exigida, sendo que para o bom emprego dos princípios o intérprete precisa comprovar o fim desejado pelo princípio e, sobretudo, que o meio por ele selecionado (regra estabelecida) é apropriado para tanto, em relação às regras, por sua vez, dependem da comprovação de contrapartida entre a consideração da norma e o conceito dos fatos, tendo em vista a decisão já foi tomada pelo legislador.

O terceiro fator fundamental relaciona-se ao modo como colaboram para a decisão, os princípios seriam primeiramente complementários e parciais, pois compreendem somente parte dos tópicos proeminentes para uma decisão, não tendo a ambição de oferecer uma solução exclusiva, mas de colaborar, ao lado de distintas razões para ordenar uma decisão, as regras, ao adverso, seriam preliminarmente contundentes e abrangentes, pois que almejam compreender todos os aspectos importantes para a tomada de decisão e têm a pretensão de gerar uma saída especial para o conflito de razões..

A partir desta apreciação, Humberto Ávila estabelece o conceito de princípio e de regra, que se despontam mais coerentes com a utilidade técnica que se almeja a diferenciar espécies do mesmo gênero do seguinte modo;

---

<sup>26</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Op. Cit., p. 40-53.

As regras são normas prontamente descritivas, primariamente retroativas e com ambição de decidibilidade e abrangência, para cujo o emprego se determina a ponderação da correspondência, em todo tempo centralizada no escopo que lhes dá suportou nos princípios que lhe são axiologicamente subtendidos, entre a edificação conceitual da exposição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios por sua vez, são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com finalidade de completividade e de parcialidade, da qual a aplicação se demanda uma ponderação da conexão entre o estado de coisa a ser elevado e as consequências decorrentes do comportamento realizado como necessário à sua promoção.

Decorrente das ponderações acima, existente ainda os postulados normativos, conforme já mencionado, trata-se de normas que estruturam, organizam e, por assim dizer, viabilizam a aplicação e concretização das demais espécies normativas (princípios e regras). É justamente neste ponto que reside uma incessante confusão terminológica por parte da doutrina e jurisprudência. A proporcionalidade, por exemplo, frequentemente chamada de princípio, assume a estrutura e função diversas das normas prontamente finalísticas. Inexiste, precisamente, um estado ideal de proporcionalidade a ser alcançado, sendo o proporcional, um critério para aplicação de normas jurídicas. Por causa disto surge a figura do Postulado<sup>27</sup>.

De tal modo, acredita-se que, entre os ilustres doutrinadores mencionados, Humberto Ávila conseguiu determinar com maior exatidão a conceituação de princípios e regras.

Portanto em relação à construção breve de uma noção de princípios e de regras, depara com uma maior robustez e perfeição na fundamentação técnica, de Humberto Ávila, embora se admita que a teoria de Dworkin, aprontada por Alexy, continua tendo um número expressivo de defensores.

### **3.3 Os Princípios Como Normas de Otimização**

---

<sup>27</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Op.Cit, p.168.

Conforme já demonstrado os princípios constituem mandamentos para a concretização de um valor em seu máximo, aclarando um pouco mais sobre essa definição, podemos apresentar os seguintes elementos característicos;

Em seu caráter normativo os princípios constituem normas, possuindo uma armação deontológica, sendo que caracterizam um dever ser, contudo conforme já demonstrado são diferentes a regras, por conta do seu cumprimento que poderá ser aplicado de um modo claro.

Possuindo um caráter inacabado, pois os princípios, como a sua própria nomenclatura indica, se contrapõem a algo finalizado/terminado, são ideais de novação, constituindo-se sem normas *prima facie* sem uma finalidade específica, e por conta disso aptos a serem complementados.

Em relação ao elemento valorativo, os princípios são mandamentos que receptam valores, cujo grau de concretização altera de acordo com cada sistema jurídico, períodos históricos, e a afinidade com as regras.

Em sua característica excessiva, a aplicação de um princípio se dá em sua totalidade quando colidente com outros valores ou direitos, deste modo o princípio é excessivo, empregando uma expressão abrangente por ser uma inspiração, ainda são um juízo crítico de valorização que se diferenciam por um remanescente de substância deontológica, por tal razão precisamos adequá-los e estabelecer sua ligação com outros princípios e regras para atingir um conteúdo.

Contudo por serem normas *prima facie*, não deliberam totalmente a conduta a ser realizada, estabelecendo uma direção a ser seguida, a ser cumprida na maior medida possível, por isso pode se afirmar que os princípios são mandamentos de otimização, podendo ser exercidos em múltiplos graus.

Ainda a aplicação do princípio induz a formar uma relação com outros princípios mesmo sendo conflitantes e concorrentes, pois está é uma das características deste sistema de normas, havendo conflito a todo tempo, porém buscando a todo o momento a realização da otimização.

É fulgente que a candura do presente trabalho não deseja um estudo mais aprofundado da jusfilosofia, contudo, fica aqui a clara procedência da crítica ao panprincipiologismo, que não se almeja negar a existência e aplicação dos princípios, mas sim, melhor balizar seus contornos e bom emprego segundo o estudo realizado.

Portanto os princípios são normas finalísticas que apontam para um estado ideal de coisas a ser perseguido, podemos citar como exemplo de mandado de otimização a norma descrita na constituição federal que afirma que “todos são iguais perante a Lei”.

### **3.4 A Aplicação do Princípio: O Juízo de Ponderação**

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil avaliza em seu art.93, IX, a garantia de uma fundamentação dos posicionamentos tomados em decisões em um caso prático.

Nos últimos tempos, a jurisprudência brasileira passou a empregar-se do argumento da ponderação de princípios proposto por Robert Alexy, visando à aplicação correta e proporcional de um princípio nos Hard cases, visando cumprir o dispositivo subscrito.

O maior problema convive nos tipos de decisões que foram proferidas por meio da ponderação e do trinômio da proporcionalidade onde se percebe que os juízes começaram a julgar de acordo com a sua própria vontade e não de pacto com o ordenamento jurídico, conforme será demonstrado no capítulo 5 deste trabalho.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal teve grande responsabilidade em concretizar os princípios dentro do nosso sistema de normas. Os princípios jurídicos junto aos direitos fundamentais apareceram como novidades originadas pela Carta Magna, em um período de concretização política, onde a democracia era firmemente destacada, os princípios surgiram para solidificar os novos direitos, de segunda e terceira geração.

O embate entre princípios é conhecido como “antinomias jurídicas impróprias”, onde não comporta a exclusão a ordem jurídica de uma das normas colidentes, há antagonismo, contudo não há exclusão.

Neste caso, o operante do Direito elege entre um ou outro princípio, sem que o diverso seja rechaçado do sistema jurídico, ou deixe de ser sobreposto a outros casos que incenderem sua aplicação, ou seja, em caso de inaplicação de um dos princípios colidentes diante a um caso, não quer dizer que, em outras circunstâncias, não venha o afastado a ser reutilizado em outros casos.

Pode-se citar como exemplo costumeiro de conflito de princípios a incidência da livre concorrência e o princípio da defesa do consumidor, descritos no

artigo 170 da Constituição Federal, diversa colisão é o do princípio da privacidade descrito artigo 5º, inciso X, e a liberdade de comunicação social artigo 220, ambos da Constituição Federal.

A ponderação consiste na tentativa de escolha de um destes mandamentos em conflito, através de critérios específicos, na tentativa de conciliar e aplicar o princípio correlato a cada caso concreto.

Robert Alexy, por meio de sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” redigida em 2008 e Teoria da Argumentação Jurídica (2005) <sup>28</sup>, apresentou a ponderação de princípios/direitos fundamentais com base em 3 postulados, sendo atualmente recepcionado pela doutrina e jurisprudência atual brasileira.

A ponderação, conforme será visto a seguir, se divide nos campos da alegação interna e justificação externa, a justificação interna, em resumo constituiria a própria ponderação, já a justificação externa seria encarregada por meio de uma tese de argumentação, por amparar aquela resposta que foi descoberta por meio de um método racional.

Com antecipação é possível notar que a principal precaução de Alexy era sugerir uma teoria mais indutiva, atribulada com a racionalidade do discurso e a legitimidade do procedimento.

O algoritmo da ponderação deve reverenciar três postulados: a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação, sobrepor estes postulados não se resume a somente citá-los na decisão jurídica, para Alexy, “as máximas da obrigação e da adaptação transcorrem da natureza dos princípios como mandados de otimização em face da probabilidade fática de sua concretude”.

Em relação ao postulado da adequação, o meio a ser selecionado pelo julgador, o que deixa evidente que este tem uma área de desempenho dentro desta conjectura, deve ser apropriado, apto de atingir o fim recomendado no que se refere à obrigação, o meio escolhido deve ser, entre dois meios adequados, aquele que interfira de modo menos acentuado, que se mostre imprescindível.

No que tange a proporcionalidade, em sentido estrito, demonstrada a dogma da otimização entre dois princípios conflitantes, deste modo, quanto maior for à medida de não contentamento ou de afetação de um princípio, tão grande será seu

---

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda H. S. Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

valor para a exultação de outro, onde desde já compreendemos que nada tem a ver com o axioma do bom senso que é aplicado pelos tribunais brasileiros.

O sopesamento, que pode ser entendido como proporcionalidade em sentido estrito, decorre de 3 passos, em um primeiro momento, deve-se aferir o nível de não satisfação e de não infringimento de um dos princípios dentre aqueles contraditórios, secundamente deve-se ponderar a relevância do contentamento do princípio conflitante para, por fim, realizar uma avaliação sobre a seriedade de satisfação do princípio conflito onde se justifica a afetação ou não satisfação de diferente princípio.

Ao organizar tese da argumentação, Alexy se dispôs a realizar uma teoria que fosse apropriada de atentar a um modelo prático geral, e não somente de um discurso jurídico, em relação à fundamentação das escolhas judiciais, o discurso prático genérico em conjunto a um discurso jurídico, ficariam responsáveis por avaliar a racionalidade do discurso e do processo.

A ponderação incide, deste modo, em processo para se tomar decisões jurídicas nos “casos difíceis” ou “*hard cases*”, em que tenha restado escasso ou impossibilitado o juízo de cognição, principalmente quando o mesmo caso protege a aplicação de normas da mesma divisão jurídica, mas que sugerem direções totalmente adversas, assim como o direito à liberdade de imprensa e de expressão em relação ao direito à honra e à intimidade.

No julgamento do STF<sup>29</sup> sobre o embate entre o direito à honra em face do direito à intimidade e integridade física, em relação ao pedido de extradição da cantora mexicana Glória Trevi, por conta de uma acusação de estupro praticado por carcereiros, acontecimento que originou a gravidez desta.

Ocorrendo o nascimento da criança, os indiciados promoveram à Corte o exame de DNA do recém-nascido a fim de comprovar que nenhum deles obtinha paternidade da criança, o egrégio deferiu o pedido, ponderando que existiria uma incursão mínima à integridade física da criança e de sua genitora, em contrapartida ao direito dos policiais suspeitos, de serem absolvidos do crime e, portanto, conservarem sua dignidade e honra.

Nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcelos a ponderação ingressou no âmbito da interpretação constitucional como um imperativo

---

<sup>29</sup> STF, RCL 2.040-DF, Rel. M. Néri da Silveira, 21/02/2002.

tendo a sua incidência gerado algumas críticas, desponta-se um instrumento que, apesar de estar em procedimento de demarcação e fixação pela doutrina e jurisprudência, concebe meio ativo de combate aos excessos na utilização dos princípios e aos exageros na análise do caso concreto, exaltando, de tal modo, o juízo de valoração, e racionalidade colaborando para a adequada e justa aplicação do direito cogente para determinado caso concreto.

Em uma ponderação final, podemos aduzir que o emprego do princípio da proporcionalidade com a ponderação dos direitos fundamentais, precisa ser realizada a luz do caso concreto quando realmente haja um conflito entre os mesmos, sem a necessidade anuência entre ambos, portanto em relação ao princípio da proporcionalidade, podemos afirmar que atualmente é uma premissa do Direito Constitucional, consequência da constitucionalidade e modelo do Estado de Direito.

## **4 DECISÃO JUDICIAL**

Neste importante capítulo será abordado a teoria da decisão judicial e hermenêutica, envolvendo a conceituação e modelos de interpretação.

Neste ponto é importante a compreensão da decisão, bem como os métodos de interpretação para uma análise posterior da incidência dos princípios, em sede de uma deliberação judicial.

Importa salientar que o tema decisão judicial e hermenêutica é um campo complexo de intenso conflito jusfilosófico, mormente por parte de Robert Alexy, Ronald Dworkin e atualmente Lenio Streck, além de outros grandes juristas.

De antemão não será realizada uma análise profunda de todo o âmbito filosófico que envolve estes institutos, tendo em vista a complexidade e amplitude do tema, sendo explanado o essencial para uma melhor compreensão da hermenêutica jurídica.

### **4.1 Definição e Considerações Iniciais**

Antes de adentrar ao estudo da interpretação e argumentação jurídica, se faz necessário a conceituação e algumas explanações iniciais do instituto da decisão judicial.

A decisão judicial é descrita por Holmes como um acontecimento póstero certo, e impreterivelmente previsível. Essa antecipação confere as partes segurança jurídica, dando as ferramentas para ciência de como será o julgamento.

O atual sistema concebe um extenso cenário para que o interprete do direito reconstrua caso a caso, utilizando-se de normas, costumes, princípios e valores, o direito cabível conforme a demanda. Porém tal cenário deu ensejo a arbitrariedades nas decisões judiciais, tendo em vista que os julgadores decidem conforme suas próprias convicções, cooperando para uma enxurrada de recursos nos tribunais.

Portanto, podemos desde já conceituar a decisão judicial como um evento/acontecimento póstero e certo, sendo que essa antecipação confere as partes, segurança jurídica, dando as ferramentas para ciência de como será proferido o julgamento.

Seguramente, uma deliberação judicial deverá conter ainda, uma plausibilidade jurídica, com fundamentos, indicação de precedentes jurídicos, fundamentação aberta, e outros requisitos exigidos pelo novo Código de Processo Civil.

Sobre a importância da decisão jurídica, Ronald Dworkin em seu livro *O Império do Direito*<sup>30</sup> apresenta o modo como os Juízes decidem os casos, citando um reconhecido Juiz dos Estados Unidos que afirmava ter mais medo de uma demanda judicial, do que a morte, descrevendo:

“O debate entre dignidade e a destruição pode pender de um ingênuo argumento que talvez não fosse tão intenso na visão de outro interprete, ou mesmo o próprio juiz no dia conseqüente. A sociedade ainda repetidamente se vê no prenúncio de ganhar ou perder muito mais em conseqüência de um aceno de cabeça do juiz do que de alguma norma geral que decorra do legislativo”.

Na visão do jurista Lenio Streck, a decisão judicial é principalmente um ato de encargo político, onde o magistrado profere uma sentença pautado e empenhado com os fundamentos do Estado Constitucional, tendo como centro a democracia.

O padrão da decisão judicial permanece o mesmo há anos, sendo que a fundamentação se restringe à menção da lei, da súmula ou do verbete, problema que se torna mais gravoso com a institucionalização da súmula vinculante.

Portanto, podemos afirmar que a exigência correta de uma responsabilização política dos juízes, consistente em justificar suas decisões, já que com elas pode haver uma afetação aos direitos fundamentais sociais, mais a frente ainda prevalece à relevância de que no Estado Democrático de Direito, a apropriada fundamentação da decisão compõe um direito fundamental.

Destarte, ao pronunciar uma decisão judicial, o magistrado não pode se prender aos antigos brocardos, como o de buscar a vontade da lei, ou legislador, muito menos apelar para um hipotético “poder discricionário”, nesse caso a Decisão deve, ao adverso de tudo isso, ser construída de acordo com a constituição.

Importante lembrar que a Decisão judicial não transcorre da pura incidência de um texto de lei aplicado em um caso concreto, porém em sua

---

<sup>30</sup> DWORKIN Ronald. *O Império do Direito*, Tradução Jefferson Luiz Camargo – 2ª Ed. São Paulo, Martins Fontes.2007. p. 3.

fundamentação é necessária à aplicação mínima de um dispositivo jurídico, na falta dele, os princípios.

Em tempos de Pós-positivismo, o atual sistema jurídico concebe um amplo cenário para que o interprete do direito profira a sentença cabível caso a caso, empregando-se de normas, costumes, princípios e valores, ou direito cabível conforme a demanda.

Contudo tal cenário deu causa a arbitrariedades nas decisões judiciais, conforme será aprofundado nos tópicos seguintes, tendo em vista que os julgadores decidem conforme suas próprias convicções, culminando em uma enxurrada de recursos nos tribunais.

No seio de um Estado Democrático de Direito, sob a luz da Constituição Federal, não podemos admitir que juízes decidam conforme a consciência, já que exercem um poder republicano, e são autênticos representantes da soberania popular, tornando-se apenas anunciadores do texto legal.

Deste modo, deve se ter em mente que o direito não é uma ciência exata, e sim uma ciência humana, devendo-se analisar o caso em concreto para apresentar a prestação jurisdicional adequada a cada caso, ou seja, é inimaginável desmembrar de forma simétrica o caso concreto e o direito, compreendendo o fato e a norma, impondo um resultado pré-definido para os casos semelhantes, que carecem de individualização.

De todas as mutações históricas que sofreu as decisões judiciais, denota-se que nos dias de hoje é fundamental que se preze a hermenêutica como sistema de freio a arbitrariedade do juiz, ou seja, uma grande vitória, no ponto de vista técnico.

Nesse momento, ganharam força às teorias da argumentação, direcionada para um aguento jurídico onde se decida com fascínio, em razão disso, e com amparo nas novas propostas do novo Código de Processo Civil, e conforme o artigo 489, § 1º, as decisões judiciais devem conter um fundamento compatível com o pedido e a causa de pedir, garantindo a justiça buscada pelas partes.

## **4.2 Interpretação e Argumentação Jurídica**

Primeiramente, se faz necessário especificar as diversas diferenças terminológicas entre “interpretação” e “argumentação”, a fim de definir a conexão conceitual destas.

Interpretar na verdade se relaciona com a ideia de esclarecimento, entendimento e assimilação de um determinado conteúdo, para que se extraia de um texto a sua aplicação e alcance<sup>31</sup>.

Nesse entendimento, Karl Engisch leciona que “a tarefa da interpretação é fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance dos conceitos jurídicos”. A indicação do conteúdo é feita por meio de uma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais”.<sup>32</sup>

Em relação à argumentação em seu turno, é o ato de comparar pesquisas, textos, estudos, teses, e respostas, com o escopo de proteger determinada ideia ou pensamento. Um texto argumentativo sempre tem um receptor, no âmbito jurídico podemos citar como exemplo o advogado que apresenta sua exordial ao Juízo competente, demonstrando os argumentos que culminam no pedido da tutela específica<sup>33</sup>.

A partir destes conceitos, podemos aprofundar nos institutos da interpretação, e posteriormente na da argumentação.

De início podemos afirmar que na grande maioria dos atos, sendo fatos ou fundamentos é possível a realização de interpretação, inclusive o silêncio, pois, todo ato ou fato possui algum significado passível de análise e conseqüentemente a interpretação.

Por conseguinte, trata-se de um ato de vontade, realizado por ambas as partes nos procedimentos judiciais, podendo haver interpretações contrárias, sendo que em frente a um determinado texto ou situação, nos diligenciamos para interpretar e obter uma resposta.

No âmbito jurídico, é através da interpretação a possibilidade de compreender em muitos casos o que um determinado magistrado quer demonstrar lembrando que o mesmo deve esgotar o seu poder de interpretação, para assim chegar a uma resposta adequada, obtendo-se a verdade real.

---

<sup>31</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 32.

<sup>32</sup> GULBENKIAN, Calouste. **Introdução ao pensamento jurídico**, 6º ed., p.127, apud ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.p.102.

<sup>33</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Op. Cit., p. 146.

A ciência incumbida de estudar os métodos e princípios e prover os conteúdos necessários para interpretação é a hermenêutica. Palavra advinda do verbo grego “hermeneuein”, que poderá ser traduzido como o ato de declarar, interpretar. Por outro lado, há estudos antigos que defendem que a origem está relacionada ao nome de um deus da mitologia grega Hermes, encarregado de interpretar as mensagens divinas<sup>34</sup>.

Em sua aplicação prática, interpretar significa ler a norma e buscar sua finalidade, ao passo que a hermenêutica vai dar para o interprete o suporte necessário para realizar essa tarefa interpretativa. Deste modo a hermenêutica é o monopólio da ciência jurídica que se preste a estabelecer e organizar as técnicas que orientarão a aplicação da interpretação<sup>35</sup>.

Compreendendo isso, compete apresentar ainda a diferença entre interpretação e aplicação do direito. Há doutrinadores que protegem que a aplicação e interpretação são a mesma coisa, e outros que dizem que são termos distintos.

Há entendimentos que para a solução dos problemas processuais contemporâneos que é a fragmentação entre interpretação e aplicação, o sistema de precedentes seria a solução, porém há equívocos nessa afirmação, pois a ciência jurídica não é uma simples racionalidade instrumental<sup>36</sup>.

Deste modo, na atual dogmática não há divergência entre aplicação e interpretação, uma vez que, a atribuição de sentidos leva-se em conta os fatos do caso em concreto e a realidade subentendida, de forma que, a norma jurídica não é passível de interpretação, pois está já extraída do texto legal, portanto ela é o resultado final da interpretação. Em certos casos (hard cases) o interprete tem um papel fundamental, pois seus conceitos jurídicos serão determinantes para dirimir a causa.

Sobrevém que em muitos casos o Magistrado já possui uma escolha antes mesmo de analisar os fatos, esse tipo de pensamento está cheio de vícios, pois é hermético, se amparando apenas na subjetividade do interprete, deste modo deve-se utilizar uma interpretação especializa buscando-se princípios concretos e

---

<sup>34</sup> PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e aplicação do direito**, 2007, p. 51.

<sup>35</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**.2008. p. 57.

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido Conforme Minha Consciencia?** 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.75.

pertinentes à causa, julgados com o mesmo parâmetro, e métodos razoáveis, todo para afastar a incidência de arbitrariedade do juiz.

Um ponto importante que demonstra a relação entre interpretação e aplicação da norma, é exatamente o caso em concreto, visto que nele segue-se um *script* para se chegar ao final da interpretação do direito, ainda os casos concretos são um dos principais motivos para se criar os tribunais superiores, e estes são incumbidos de ratificar ou anular a interpretação, que posteriormente será aplicada pelos juízes que prolataram a sentença impugnada.

É imperativo que se extingue do âmbito jurídico as decisões construídas sobre a lógica indutiva, estabelecendo-se critérios que limitam a interpretação subjetiva do Magistrado. A vista disso é necessário o pensamento crítico na fundamentação das decisões, devendo o juiz pautar-se na persuasão, e na busca da verdade real para cada caso em concreto, e não naquilo que ele considere sua verdade.

Nos casos de interpretação genérica ou superficial, é cogente a explanação do princípio da *in claris cessat interpretativo*, tal princípio resume o entendimento de que quando a lei for clara fica dispensada a interpretação, a doutrina atual é pacífica quanto à inaplicabilidade deste princípio no ordenamento jurídico.

Há tempos o processo civil exige das decisões judiciais, uma fundamentação válida, ou seja, o juiz deve motivar o seu entendimento, pode se constatar tal afirmação no artigo 118 do CPC de 1939<sup>37</sup>, artigo 131 do CPC de 1973<sup>38</sup> e artigo 371 do CPC de 2015<sup>39</sup>, sendo uma forma de controlar a discricionariedade judicial.

Mesmo nos casos em que a Lei é clara em seu mandamento, é imprescindível a interpretação, pois o conceito de lei clara vai depender de cada julgador, além do mais, os tempos e contextos de cada caso mudam, tornando-se

---

<sup>37</sup> Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio.

<sup>38</sup> Art.131. O juiz deve apreciar livremente a prova, atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos, ainda que estes fatos/circunstâncias não fossem alegados pela parte, devendo indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento

<sup>39</sup> Art.371. O juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento

obrigatória uma sublime atuação do interprete. Portanto resta claro a inaplicabilidade do princípio da *in claris cessat interpretatio*, tendo em vista que o verdadeiro sentido da hermenêutica é a percepção de todas as expressões jurídicas, sejam elas claras ou não.

Em tempos de neoconstitucionalismo (movimento de revalorização do direito constitucional) e pós-positivismo (busca a reaproximação de direito e ética, resgatando os valores e direitos fundamentais, a principal ferramenta para concretizar estes movimentos é a argumentação).

Já é notável que a decisão judicial deve ser devidamente fundamenta, para que as partes conheçam as razões que levaram a ganhar ou perder uma causa, sendo que o ato de decidir pode se basear em fatores lógicos e fatores eventualmente de justiça, esses fatores passam pelo crivo da argumentação, citando um deles, é o critério da razoabilidade, que é um paradoxo semântico, impossibilitando que a decisão sobre razoabilidade seja a mesma para vários julgadores, neste caso a lógica formal não seria suficiente para trabalhar esse tema<sup>40</sup>.

Portanto, apenas a lógica por si só não resolve o problema de decidir, como também a justiça, já que os julgadores possuem formações e conceitos distintos, entra nesse rol também a eficácia pelos mesmos motivos da justiça, pois não são parâmetros objetivos.

Com essas ideias iniciais em mente, há de se proceder a uma argumentação a medida do caso, sendo que a argumentação se diferencia da fundamentação, que é apenas o roteiro que o juiz lança em uma sentença, para demonstrar a sua aferição entre matéria fática e de direito para chegar a uma resposta, a argumentação vai além, pois explica a metodologia, e exhibe os argumentos, sejam eles dedutivos, ou indutivos<sup>41</sup>.

Portanto não se pretende acabar com a lógica nas decisões judiciais, pois ela nos fornece mecanismos convenientes, como a análise de premissas e regras de dedução, inclusive grande parte das teorias da argumentação, como a do

---

<sup>40</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Interpretação e Aplicação dos Provimentos Vinculantes do Novo Código de Processo Civil a Partir do Paradigma pós-positivista**. Revista de Processo. São Paulo, RT, v.2 45, p.357.

<sup>41</sup> CAVALCANTE, Marcos de Araújo. **Interpretação e Aplicação dos Provimentos Vinculantes do Novo Código de Processo Civil a Partir do Paradigma pós-positivista**. Op. cit. p.360.

Robert Alexy que trabalha o raciocínio lógico a partir de perspectivas argumentativas, com análise das premissas.

Afinal de contas deve-se respeitar o direito posto, mesmo que o juiz trabalhe com a carga valorativa por traz da lei. A lógica não atravessa o ponto do conteúdo axiológico, há algo mais a ser considerado, e esse algo passa pela argumentação.

Pelo exposto, o judiciário brasileiro que se encontra abarrotado de processos, em alguns casos não há um claro juízo de cognição jurídica, sendo presente a falta de fundamentação e interpretação correta dos dispositivos que proveem ou não determinado direito.

### **4.3 Casos Simples e Casos Difíceis (Hard Cases)**

Em uma tentativa de solucionar a discricionariedade no momento da decisão dos casos, o jusfilósofo Ronald Dworkin, tendo como base para sua teoria o positivismo de Herbert Hart, apresentou ao ordenamento a cisão entre casos fáceis e difíceis, não obstante, atribuiu um modo de interpretar para cada caso.

Nos casos fáceis se interpretava por subsunção do direito posto, e nos difíceis utilizando-se de princípios, este último de modo contrário à interpretação de Hart, que sugere a utilização da discricionariedade, devendo os juízes tomarem a decisão mais razoável, Dworkin em seu fundamento insurge contrário a discricionariedade nos casos difíceis, tendo em vista as consequências gravosas da aplicação desenfreada da discricionariedade.

A teoria do *hard case*, apresenta-se como aquele caso que não se tem a certeza sobre a aplicação de determinado fundamento, seja pelas diversas normas concomitantemente aplicáveis, ou a inexistência delas. Ao passo que o caso fácil é possível se realizar uma subsunção de fatos, e a regra são suficientes para dirimir a problemática das partes.

Portanto, pretende se discorrer abaixo, que esta distinção entre casos é indevida e prejudicial, conforme entendimento de Ronald Dworkin, logo traz consequências à hermenêutica e a aplicação do direito, tal equívoco e praticado pelo positivismo de Hart, e pelas teorias discursivas de Alexy e Habermas, não podendo

admitir e pressupor que os vultosos dilemas da interpretação estejam apenas nos casos difíceis<sup>42</sup>.

Inicialmente, deve-se deixar claro que distinguir casos simples de casos difíceis, não é a mesma coisa de cindir casos simples de casos difíceis, não é possível cindir o inseparável, isto porque antes de cindir já há um prévio entender do que seria um caso fácil e um caso difícil, caso contrário estaríamos inserindo o direito em uma plenitude lógica. Não se quer dizer aqui que não existem casos fáceis, a problemática se encontra na institucionalização de hard cases e easy cases no Brasil.

Robert Alexy, ao contrário das correntes positivistas, em sua obra Teoria da Argumentação Jurídica, narra que o interprete ao se ver diante de um caso supostamente fácil, não teria como esgotar todas as teorias jurídicas, até porque em sua visão essa probabilidade seria impossível<sup>43</sup>.

Por esta razão, Alexy busca seu refúgio argumentativo nos princípios, porém não obtém sucesso tendo em vista a incidência da discricionariedade dos juízes, sendo que estes escolhem qual princípio deve ser aplicado ao caso em concreto, tendo em vista a ponderação dos princípios.

No pensamento de Herbert Hart, há uma tendência no campo do positivismo jurídico, pois este se preocupa com as limitações do julgamento nos contornos das normas, para o jusfilósofo, não existe ligação entre direito e moral e o juiz não fica adstrito aos princípios do ordenamento, em um caso difícil, advindo o problema da discricionariedade<sup>44</sup>.

Já na visão de MacCormick, o hard case, procede nos casos em que há a existência de argumentos opostos, em um caso concreto o que acaba gerando uma dificuldade em alcançar uma decisão democrática, que seja pautada nos mandamentos legais.

Neste sentido, em concordância com os pensamentos de Hart, MacCormick afirma que em alguns casos é possível a incidência de mais de uma resposta, ou um conjunto destas, portanto para este jusfilósofo se torna cogente

---

<sup>42</sup> STRECK, Lenio Luiz, **Verdade e Consenso**. Op. Cit., p. 297.

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda H. S. Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.p.54.

<sup>44</sup> HART, H.C.A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, p.75.

constituir autoridades incumbidas de aceitar decisões, desde que constituam pessoas com conhecimento, além de mecanismos de domínio sobre suas decisões.

Em um pensamento ligado à era pós-positivismo, Dworkin tendo em vista que são contrárias as teses positivistas, (como a de Hart) sendo uma delas a discrepância entre moral e direito. A sua teoria solidifica e reaproxima o direito a moral e os princípios, sua teoria centraliza na resolução de casos fáceis e difíceis, sem deixar de lado os parâmetros do ordenamento jurídico, podendo invocar os princípios quando não houver norma para os casos concertos<sup>45</sup>.

A ideia positivista de que o direito é composto de uma moldura, e que o interprete escolhe a que melhor completa suas intuições, se consolida com a cisão entre casos fáceis e difíceis, ainda mais que, o conceito de fácil e difícil pode ser alterado dependendo de cada juiz que está diante do caso.

Portanto no âmbito hermenêutico, a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, resta prejudicada, tendo em vista a capacidade que o julgador possui para interpretar cada caso. Ademais esta divisão ocasiona problemas que a teoria discursiva não consegue responder. Um deles é que casos fáceis exige uma resposta correta, ou seja, dentro dos parâmetros do direito. Mas como decidir o que está ou não está dentro do parâmetro do direito? A resposta da teoria discursiva nesse caso é de que os raciocínios são abstratos<sup>46</sup>.

Deste modo, não podemos afirmar se um caso é fácil ou difícil, pois todo caso tem sua possibilidade de compreensão, podendo ser incompreensivo, só há um caminho para chegar a esta conclusão, que é a aplicação do método hermenêutico.

Podemos utilizar como exemplo apesar de ser uma demanda penal o caso que corrobora a afirmação anterior, (não separação de casos fáceis e difíceis), trata-se de um furto qualificado mediante escalada, e gravado por vídeo, a princípio parece fácil e obvio a condenação do indivíduo, e não teria como argumentar em segundo grau, tendo em vista a evidencia clara.

Contudo ao se analisar a origem da palavra escalada, por meio da hermenêutica, vê-se que na elaboração do Código Penal de 1940, não existia muitos bancos por isso se fechava as casas, onde se guardava o dinheiro, e as protegia

---

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Martins Fontes, p.42.

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz, **Verdade e Consenso**. Op. Cit., p. 297.

com grandes muros, portanto quem escalasse teria que receber o dobro da pena, na tentativa de proteger as fortunas mantidas em residências.

Com o argumento de que o muro atravessado pelo infrator não era alto o suficiente ao ponto de se realizar uma escalada, a defesa em segunda instância logrou êxito no acórdão em segundo grau desclassificando o furto qualificado mediante escalada para furto simples.

Pelo apresentado, realizar a cisão entre um caso difícil e um caso fácil, poderá trazer diversos problemas, principalmente no entendimento de Alexy que concorda com a utilização de princípios nos casos difíceis com o arbítrio do magistrado, portanto todas as demandas judiciais devem-se realizar um juízo de ponderação, aplicando-se a argumentação e interpretação jurídica, devendo sobrepor ainda um fundamento correto à prestação jurisdicional.

#### **4.4 Teorias da Argumentação Jurídica**

No ordenamento jurídico atual, onde em alguns casos o magistrado julga conforme sua consciência, as Teorias da Argumentação, se valem a atribuir uma maior racionalidade e legitimidade das decisões judiciais, combatendo o subjetivismo no julgamento, tornando-as mais justas, além de contribuir para a estabilidade do judiciário.

A argumentação sempre deverá ser aplicada nos casos jurídicos, pois não há dúvida da sua fundamental importância, devendo o magistrado construir um argumento argumentativo com perfeição, portanto pretende-se expor neste tópico as teorias da argumentação jurídica, de maneira inacabada.

Podemos afirmar que as teorias da Argumentação Jurídica têm como intenção expor as obscuridades da argumentação. Vale lembrar que estas teorias são utilizadas em três áreas distintas, a primeira e na organização de normas jurídicas (como exemplo a legalização do aborto), a segunda área em que se utiliza essas teorias, é na aplicação de normas, e solução de casos. E a terceira e última área é da dogmática jurídica<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães. 3ª ed. SP: Landy Editora, 2006.p.21.

Neste trabalho iremos focar apenas na segunda área, para tanto, veremos os diversos pensamentos autores especialistas acerca do tema, sendo eles Viehweg, Perelman, Alexy, MacCormick.

Dando início aos questionamentos em 1953, Theodor Viehweg, apresenta a função da lógica formal. Foi o mesmo quem atribuiu relevância na aplicação dos topoi, que consistem em argumentos que possui uma probabilidade de verdade, na relação entre fato e norma, quebrando assim o modelo positivista, a resultar de cada como ponto de partida de uma argumentação aplicada<sup>48</sup>.

Ainda segundo Viehweg a argumentação é proposta para casos onde se admite distintas soluções, ensina que a problemática consiste no fato, ou seja, a questão advinda do mundo dos fatos, e exposta ao interprete da lei, afim de que seja solucionada, assim concentra-se mais nos problemas práticos. Desse modo, a tópica<sup>49</sup> se afasta do positivismo, e funciona como uma bussola para guiar o operador em suas decisões. Porém esta teoria se mostra superficial, pois não se aprofunda no discurso argumentativo como outras teorias<sup>50</sup>.

Chaïm Perelman, no ano de 1958, focou em seus estudos na argumentação, e a sua propulsão para o convencimento, criticando a lógica formal, devida a sua ineficácia frente aos casos concretos, principalmente os mais difíceis (hard cases). Preconizava uma lógica jurídica, abandonando sua formação neopositivista, defendendo o uso de juízo de valores na ceara argumentativa, assim conforme sua concepção a lógica da argumentação deve possuir valores, como a razoabilidade e proporcionalidade, e não apenas uma lógica preposicionada.

Nos pensamentos expostos de Perelman, a resposta dos dilemas enfrentados cotidianamente, é encontrada por meio da arte da discussão. Por isso seu pensamento se direciona nas técnicas discursivas, que tem por objetivo induzir o leitor a aderir às teses expostas, utilizando-se de um argumento forte, nessa esteira quanto maior a possibilidade de se refutar o argumento, menor será o seu poder de convencimento. A crítica que se faz a esta teoria, consiste na falta de translucidez conceitual, sobre uma perspectiva pratica.

---

<sup>48</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. 5. ed. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 83.

<sup>49</sup> Segundo Manuel, “a tópica é um procedimento de busca de premissas (de tópicos), que na realidade não termina nunca, devem ser entendidos como um modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento”. (ATIENZA, Manuel. Op. Cit., p.49).

<sup>50</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Op. Cit.p.27.

Já na visão de Robert Alexy, a teoria é um pouco mais desenvolvida e aprofundada do que as anteriores, possuindo uma grande semelhança com a teoria de MacCormick, sendo que ambos perfazem o mesmo caminho, porém em direções opostas.

A diferença é que este último se utiliza dos argumentos presentes nas decisões judiciais, ou seja, um estudo empírico para alcançar teoria da argumentação, ao passo que Alexy, buscou respaldo na teoria geral do direito e nos ensinamentos de Habermas, fazendo com que sua teoria tenha um alcance mais amplo do que a do MacCormick, dado o seu perfil analítico que permite adentrar na estrutura da argumentação<sup>51</sup>.

Assim como os jusfilósofos, Habermas, Perelman e Toulmin, Alexy considera que as decisões judiciais são passíveis de ser racionais, desde que motivadas e fundamentadas racionalmente.

Em seus ensinamentos, Alexy expõe diversos modos de discussão jurídica (dentre elas estão presentes o debate jurídico, e debates de questões legais) das quais cada uma possui suas particularidades e nuances. Ensina que o discurso jurídico é mais específico do que o discurso geral, argumentando que as discussões jurídicas se destinam a casos práticos. Em seu livro *Teoria da Argumentação Jurídica*<sup>52</sup>, leciona que justificação revela as razões que embasam uma decisão, dividindo-as em interna e eterna.

Em relação à justificação interna, deve se observar os critérios gerais da lógica deontica em especial o silogismo jurídico. Essa etapa é meramente formal, e está ligada com a coesão lógica da argumentação aplicada, dessa maneira não se trata de uma argumentação jurídica específica, por fim, deve ser observado ainda que a decisão deva ser fundamentada no mínimo em uma norma universal, ou seja, de aplicação universal, assim tal justificação visa esclarecer porque uma norma se aplica a certo caso<sup>53</sup>.

Por outro curso, a justificação externa não está relacionada ao arcabouço do argumento, mas sim as justificativas das ideias iniciais que permeiam o discurso jurídico. Alexy afirma que nesta etapa pode conter os seguintes

---

<sup>51</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Op. Cit., p.159

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Op. Cit., p.32.

<sup>53</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Op. Cit., p. 173.

fundamentos: regras de direito positivo; enunciados empíricos; premissas que não são nenhum dos fundamentos anteriores.

Neil MacCormick se apegou ao fato da necessidade de se provar que determinado enunciado está de acordo com os fatos e as normas em vigência, ou seja, sua teoria é calcada quase por completa na justificação. De modo contrário á Hart, acredita que os princípios são fundamentais na construção de uma teoria jurídica, e contraria também Dworkin, pois discorda que as regras são aplicadas segundo o “tudo ou nada”, cabendo assim como nos princípios a utilização de ponderação. Sua teoria não se desvincula do positivismo, pois atribui força aos textos normativos, aos argumentos linguísticos, às vezes não dando a devida importância aos valores de cada caso<sup>54</sup>.

Por fim, do exposto conclui-se que as teorias mais clássicas como a de Perelman e Viehweg, não se aprofundam na argumentação em torno dos fatos, dando se mais valor ao aspecto normativo. Nota-se ainda que todas as teorias levam em conta a aplicação da norma ao fato, porém não leva em conta o crescimento das soluções alternativas de conflitos, como a conciliação.

Por outro lado, as teorias de MacCormick e Alexy, estabelecem parâmetros para correção da argumentação, para que esta seja racional e adequada. Assim é possível que um determinado tribunal decidir que certa decisão é correta, e em estância primaria uma decisão contraria no mesmo sentido esteja correta.

#### **4.5 Ativismo Judicial e Decisionismo**

Nesse ponto do trabalho monográfico, de início será apresentado o denominado “ativismo judicial” e a abrangência que se tem atualmente, além de sua representação, deste modo dando evidência ao seu aspecto negativo qual seja o estímulo ao decisionismo judicial, que será discutido em um segundo momento.

Recentemente, há uma acedência dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, são tópicos circulares para os pesquisadores da função do Estado-juiz como agente de mudança social. A ampliação do número de demandas judiciais abarcando matérias até então desconhecidas ao Poder Judiciário brasileiro

---

<sup>54</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 249.

além de uma atitude mais ativa por parte do julgador no combate dessas novas ações acendem veementes contendas, não apenas dirigindo-se à sua abrangência, mas também à conjectura de medidas que reduzam os efeitos nefastos apontados por alguns juristas.

Na visão de uma parte da doutrina, o agravamento dos embates jurídicos e uma postura mais atinada por parte do julgador são benéficas, sendo o resultado de dois fatores, o primeiro referente à concessão de uma maior confiança no Poder Judiciário como protetor maior dos direitos inerentes ao cidadão e por conta de ser resultado de um novo modelo de atuação do julgador, em que não estaria ligado à aplicação da letra fria da lei.

Outros, no entanto, apresentam os fenômenos expostos, como resultado da crise política – crise do estado democrático de direito, inicialmente, por conta da incompetência estatal na consolidação dos direitos sociais, causando uma partida ao Judiciário para preencher essa lacuna e, em segundo lugar, pela insistente ociosidade do Legislativo em afrontar e debater questões atuais importantes para a sociedade atual.

Porém não compondo o Judiciário o ambiente apropriado ao debate e discussão sobre temas que deprequem normatização de cunho generalizado, tampouco a ponderação em relação a políticas públicas remissivas aos direitos sociais, deste modo o denominado ativismo judicial altera a coerência da democracia ao evitar ou travar a discussão dos significativos temas na esfera adequada, qual seja, o poder Legislativo.

A seguir, serão apresentadas as razões que dão ensejo ao fenômeno do crescimento do estado-juiz (judicialização em massa) referente ao desempenho do Judiciário, iniciando-se pela conceituação destes institutos pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (2009, p.71-91) em que apresenta:

A judicialização e o ativismo judicial são primos [...]. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício de vontade deliberado de vontade política [...] já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Em relação ao surgimento da expressão exata do ativismo judicial, requer-se uma pesquisa mais profunda em relação à conceituação proposta por

Barroso, pois na esfera acadêmica são inúmeros os trabalhos que abordam o tema<sup>55</sup>.

Em seu nascedouro, a expressão ativismo judicial é originária dos Estados Unidos, onde a sua denominação foi documentada e apresentada pela primeira vez no artigo divulgado pela revista americana “Fortune” no ano de 1947, sob a autoria de Arthur Schlsengir Jr, em que expôs a situação delicada em que se encontrava a Corte Suprema Americana naquele momento.

Havia uma clara separação entre os ministros da Corte, sendo que uma parte deles era considerados ativistas e outros contidos. A partir dessa divisão, as deliberações acabavam diferenciando-se, dependendo da participação de uma superioridade fortuita desenvolvida para os casos. Deste modo, denominação de ativismo judicial surgiu ligadamente com a sua contraditória autocontenção judicial<sup>56</sup>.

Entretanto, nos dias atuais ainda estas expressões apresentam constantes descordos referente à sua exatidão na conceituação, para o objetivo sugerido neste expediente, se faz satisfatório as definições propostas, demonstrando o ativismo como uma atitude mais ativa do juiz, envolvida com um caráter de descontentamento com o seu papel habitual de ser um aplicador da Lei<sup>57</sup>.

Restando demonstrada a conceituação do Ativismo Judicial, será exposto a seguir que esse comportamento militante do Poder Judiciário atualmente tem sido alvo de diversas críticas proferidas por parte de juristas, incluindo membros do Poder Judiciário e Legislativo.

Se por um lado há defensores da pratica ativista por parte do judiciário, outros assinalam que por detrás deste movimento abrigado pelo manto do chamado neoconstitucionalismo, há o perigo iminente de um indesejado domínio judicial das propostas legislativas incumbidas ao poder legislativo. Nesse sentido, leciona Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (2012, p. 118):

Assiste-se no Brasil a uma tentativa de controle judicial de políticas – não apenas sobre o cumprimento de políticas já aprovadas em

---

<sup>55</sup> No ano de 2010, houve diversas publicações, entre elas duas de destaque sobre o tema tratado sendo elas: o trabalho de Saul Tourinho Leal, resultado do curso de mestrado sob orientação do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, denominada “Ativismo ou Altivez? ”; e também a obra intitulada de “Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos” de Elival Silva Ramos.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomas. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito**. Op. Cit. p. 89.

<sup>57</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomas. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito**. Op. Cit. p. 109.

leis/regulamentos (como referido acima), mas também controle como “juízo axiológico” das opções do legislador, a partir de critérios pretensamente neutros como “proporcionalidade” e “razoabilidade” – o que implica juízos, por exemplo, de custo-benefício sobre o que é melhor para a sociedade, trocando-se a dimensão deontológica do direito pela lógica gradual de “valores”. A doutrina que tenta agrupar essas novas formas de compreensão e aplicação da Constituição é conhecida normalmente por “neoconstitucionalismo”.

Portanto, devemos se atentar aos riscos sucedidos dessa prática ativista, não podendo ser desprezado o caráter do poder legislativo qual seja a elaboração e promulgação das normas, sob pena das consequências apresentadas por Luís Roberto Barroso em sua obra *O novo direito constitucional brasileiro*<sup>58</sup>.

Primeiramente o ativismo poderá ocasionar prejuízos para a legalidade democrática, uma vez que não havendo a presença do sufrágio, não há a eleição democrática dos magistrados, não havendo a eleição, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, portanto há riscos a sobreposição da vontade dos magistrados à dos representantes selecionados pelo povo.

Poderá oferecer ainda riscos em relação à politização da Justiça, com a probabilidade de o Judiciário se tornar um espaço conservador ou revolucionário aplicando-se entendimentos políticos a casos concretos.

Por fim, não há uma capacidade institucional do Judiciário, em decidir e ponderar os efeitos sistemáticos de decisões que refletem políticas gerais, ainda a incidência deste ativismo reduz a possibilidade de representação e participação da coletividade em geral, por afastar os que não têm entrada aos órgãos judiciais.

Pelo exposto, a título de ilustração, são vários os julgados do Supremo Tribunal Federal considerados como julgamentos que deveriam passar pelo crivo do poder legislativo, como as recentes decisões em temas como a lei da ficha-limpa, a união homoafetiva, a cessação de gravidez em casos de fetos anencéfalos, e distintos nem tão atuais como o favoritismo nos três poderes e a militância pela liberação da cannabis sativa.

Esses julgados são considerados por significativa parcela de membros do meio jurídico como essencialmente corretas, apesar de contrariarem a ordem democrática apresentada pela Constituição Federal.

---

<sup>58</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 40.

Em relação ao decisionismo judicial, conforme será apresentado o julgador se utiliza de instrumentos, mormente os princípios jurídicos para exercer a sua vontade acima das normas instituídas, prejudicando do mesmo modo que o ativismo, o estado democrático de direito.

Existindo uma pressão social tendo em vista a precariedade e morosidade do poder legislativo, o magistrado não acuado e ciente da seriedade e extensão dos direitos fundamentais sociais, buscou alicerces que explicassem um desempenho mais rápido e diligente de forma a contentar as ambições de uma nova sociedade.

Portanto tendo em vista a lacuna do poder legislativo, o magistrado brasileiro está interpretando e compreendendo o seu papel como condescendente para o preenchimento das opiniões jurídicas indeterminadas inseridas na Constituição de 1988, principalmente em relação aos direitos fundamentais.

Mesmo pretendendo agir de um modo ativista, o magistrado não pode ser libertário em relação as suas convicções internas e pensamentos pessoais, não podendo esquecer que a sua atuação se ampara na norma prevista, devendo estabelecer uma decisão adequada para cada caso concreto<sup>59</sup>.

É acertado que esta postura ativa do juiz no momento da decisão que culmina uma sentença decisionista, merecendo uma análise crítica por parte dos estudiosos da área da decisão e interpretação jurídica, como o fazem Bahia e Simioni (2009 p. 61-88):

Se já não mais é possível afirmar-se que a aplicação do Direito consista em mera subsunção, por outro lado, não se pode pretender do Judiciário que seja colocado como o guardador das “virtudes” (pressupostamente compartilhadas) da comunidade. De um lado, desde Kelsen já não se acredita mais que o uso de “métodos de interpretação” nos faz alcançar “o verdadeiro” sentido da norma (BAHIA, 2004). “De outro lado, não é possível sustentar teorias que supõem valores compartilhados (como a de Alexy, por exemplo), haja vista que confundem o caráter deontológico do direito com a gradação própria dos valores, e ainda supõe a existência de valores que, por serem compartilhados, poderiam ser escalonados.”

Deste modo, ao proferir uma decisão solipsista, sem atender uma coerência jurídica, pois poderá haver decisões conflitantes, o juiz, inevitavelmente, irá fundamentar o provimento jurisdicional com base em seus valores pessoais

---

<sup>59</sup> Para melhor compreensão da ideia de uma “decisão correta e adequada”, é imprescindível o estudo das obras do jusfilósofo Ronald Dworkin.

(convicções internas), além de aplicar aquilo que em seu entender é justo, causando um prejuízo à racionalidade objetiva.

Importante frisar que o ativismo judicial se difere do decisionismo, sendo fenômenos completamente distintos, podendo se afirmar em tese que uma atitude acarreta a outra, pois se tratando de uma matéria em que em alguns casos não há uma previsão normativa, o magistrado se vale dos princípios para exercer a sua vontade, revelando-se o decisionismo.

Podemos tecer ainda uma crítica estabelecida basicamente na ressalva de que o judiciário, atuando em casos idênticos, poderá invocar dispositivos distintos, contrários às normas invocadas por um juiz "normativista", tal problema poderá ocasionar uma incoerência jurídica, oferecendo ainda risco a segurança jurídica.

Na visão decisionista do jusfilósofo Carl Schimdt<sup>60</sup>, em uma demanda judicial sempre se faria presente o elemento de uma legítima decisão em que não precisaria de um conteúdo normativo, contrariando os preceitos democráticos merecendo está ideia ser declinada apesar do grande trabalho deste autor, pois uma decisão precisa ser baseada ou extraída da norma jurídica. Caso adverso, estaríamos criando uma nova norma por meio de um agente público não eleito pelo sufrágio universal.

Ainda no espectro de Schmitt, a deliberação pautada na soberania surge de uma decisão essencialmente discricionária que configura uma ordem na qual atuam as instituições. O "concretismo" proposto por Schmitt convencionou a instituição à decisão de modo sincrético, coeso e metódico, para o mesmo as instituições jurisdicionais nascem de uma deliberação discricionária, mas adquirem força, formando-se uma "pretensão institucional".

Nesse caso os institutos, uma vez que são sedes de autoridades, designam valores e matérias, em que influencia a própria formação de um estado soberano que determina, em último caso a respeito de qual é a normalidade que constituirá uma substituição à desordem social.

Por final, o Estado, constituindo-se como soberano, conecta e rege as outras instituições, situando uma posição de hierarquia dentro delas. Portanto o decisionismo apresentado por Schimdt incide nesse preceito de imbricação e

---

<sup>60</sup> STRECK, Lenio Luiz, **Verdade e Consenso**. Op. Cit., p. 297.

vinculação, que ajusta o componente aleatório da decisão original (da soberania ou da instituição) com a criação de matérias no âmbito do bojo institucional.

Pela apresentação dos fundamentos acima, para Schmitt considerando o Estado Providência, normalizar significa motivar uma menção ou um padrão para um elemento. Ainda a intervenção tem dois atributos evidentes, sendo que primeiro procede-se uma decisão fundada no decisionismo, em analogia àquilo que o objetivo da normalização faz. Nesse caso se há obrigação de uma regra, é por conta de que não há um apontador adequado para esse objeto.

Tendo em vista a fragilidade dos fundamentos apresentados por Schimdt, onde ocasionalmente poderá aferir os mandamentos democráticos, Daniel Sarmiento (2012, p. 78) assim apresenta suas críticas ao decisionismo judicial:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.

Importante ressaltar que está pratica é extremamente prejudicial aos valores de um estado democrático de direito, bem como a democracia, pois consente que os magistrados não instituem suas vontades subjetivas além de suas preferências e valores a quem invoca um processo jurisdicional.

Também, há o comprometimento do princípio da separação dos poderes, por conta de transgressão das fronteiras entre a função do judiciário e do poder legislativo, além de aferir também a segurança jurídica, por conta de não haver uma previsibilidade das decisões daquele magistrado, não compactuando com as normas instituídas no ordenamento brasileiro.

No âmbito político, o denominado "discurso da crise" fundamenta uma boa parcela do decisionismo judicial. A justaposição entre o direito e a pratica de fato

imprescindível inaugura o princípio da praticabilidade, onde o poder jurídico não pode desconhecer os fatos sobre o qual se aplica a norma<sup>61</sup>.

Por conseguinte, o decisionismo se assemelha a vincular a ideia não das saídas admissíveis, porém da probabilidade de possibilitar as dissoluções que se almeja proceder. Em muitos casos, as decisões contornadas possíveis foram proferidas no tentame de deliberar as dificuldades do Estado por meio de uma disposição judicial, o que na maioria dos casos não se sustém<sup>62</sup>.

A não implantação de uma lógica jurídica nas decisões apadrinha, direta ou indiretamente, interferências no âmbito político, por meio de ponderações especulativas, onde os fundamentos pessoais se constituem desprovidos de carga normativa, onde cada vez mais alvorece num ambiente decisionista.

Em fechamento, o juiz ao adotar este modelo decisionista proposto por Schimdt, busca programar seus valores pessoais, fundamentando aquilo que entende ser o melhor, por meio dos princípios jurídicos, muitas vezes sem uma carga normativa, ferindo o sistema democrático, devendo nesse caso ser afastada a pratica deste sistema de decisão.

---

<sup>61</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**, Op. Cit., p. 142.

<sup>62</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Op. Cit., p. 168.

## **5 ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO JUDICIAL**

No tópico anterior apresentamos a conceituação sobre o eu seria a decisão judicial, contornando também suas peculiaridades tais como o ativismo judicial e o decisionismo.

Neste capítulo finalístico, será apresentada uma análise crítica sobre o uso equivocado dos princípios como propulsor da arbitrariedade do judiciário, demonstrando situações práticas de princípios inexistentes.

Será demonstrado ainda as inovações hermenêuticas introduzidas pelo novo código de processo civil, bem como o dever constitucional de fundamentar as decisões.

Por fim, visando comprovar todo o alegado neste trabalho monográfico, será demonstrado a ciranda principiológica praticada no Brasil, colacionando-se decisões em que o magistrado aplica um princípio inexistente para dar ensejo as suas convicções pessoais.

### **5.1 Decisão Baseada em Argumentação**

A argumentação exercida no âmbito jurídico é um excelente instrumento do neoconstitucionalismo. Esta explanação constitucional se impõe num período pós-positivista do direito. Tem como alicerce o embasamento e qualificação das regras, além da distinção em relação aos princípios.

Importante asseverar que o direito não pode ser analisado somente como um produto acabado, instituído através de uma ação do poder legislativo, mas como um procedimento no qual se pondera de fundamenta os caminhos que culminam na decisão judicial.

Através dos tempos o estado imputou a figura do juiz o trabalho de ser o protagonista da relação jurídica. Hoje em dia com as inovações hermenêuticas podemos afirmar que as coisas mudarão, pois, o magistrado tem a árdua tarefa de argumentar o porquê de um provimento ou denegação.

Portanto, diante de uma plateia qual sejam a democracia e sociedade em geral, o julgador no papel em que lhe é confiado, deverá expor seus argumentos, não bastando apenas à aplicação de um princípio ilusório.

Nesse caso, ao argumentar em suas deliberações, o interprete deverá fundamentar junto as principais características existentes da tese de argumentação jurídica, reconhecendo primeiramente que o direito em si é uma ciência de problemas, não possuindo uma natureza especulativa. Por outro lado, a tarefa do juiz é o exercício da prudência (aplicação coerente da lei), e não da especulação. Nesse sentido, a prudência é exercida através da argumentação sendo um poder de convencimento ante aos jurisdicionados.

Em relação às teorias da argumentação jurídica, as principais correntes foram expostas no tópico “Teoria da argumentação judicial”, apresentando as teorias de Viehweg e Perelman.

O que se pretende debater neste ponto é a liberdade de argumentação no momento da prolação da decisão judicial, visando responder se a mesma poderá ser ilimitada ou se encontra algum obstáculo perante o raciocínio argumentativo, onde desde já podemos elencar três posições:

Em relação à “discrição forte”, admite-se que o julgador tem amplo espaço concedido pela norma jurídica para interpreta-la com racionalidade. Ocorre que com esta ampliação sem limites da norma, adveio a concepção teológica em que aceita a busca pelos objetivos baseados em valores que o magistrado considera desejáveis.

A presente situação poderá ocasionar situações complicadas referentes à divisão dos poderes, no importe em que os juízes demandam o cumprimento de objetivos do estado, que causam prejuízos através das decisões discricionárias por meio de princípios. Ou seja, voltamos à problemática relacionada nesse trabalho referente ao uso de princípios como impulsor da arbitrariedade<sup>63</sup>.

Em uma posição deontológica<sup>64</sup> há um determinado tipo de discrição denominada “Ausência de discrição”, em que anuncia os critérios que uma *ratio* deve possuir, em caso de não cumprimento destas determinações a decisão é incorreta.

Este posicionamento tem como finalidade a redução da discricionariedade e decisionismo judicial, limitando-se a busca pelos objetivos teológicos ou concepções racionais. Porém sobre diversas críticas tendo em vista a

---

<sup>63</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. Op. Cit., p. 178.

<sup>64</sup> Palavra conectada a Deontologia que consiste em uma filosofia que faz parte da filosofia moral contemporânea, que significa ciência do dever e da obrigação.

sua natureza extremamente racionalista, uma nem todas as decisões são baseadas em razões, a não ser nas instituições ou concepções ideológicas<sup>65</sup>.

Portanto, do mesmo modo que uma “discrição forte” haveria um ferimento na democracia e segurança jurídica, pois uma decisão baseada apenas nos mandamentos jurídicos ou ideologias judiciais, poderia ser aplicada sem nenhum critério contestável.

Por fim, em relação à “discrição fraca”, podemos afirmar que é uma concepção de meio termo, pois o magistrado não está amparado pela discricionariedade forte, principalmente nos casos difíceis, estando obrigado a argumentar com base em uma resposta correta, fundamentada em princípios coerentes, para um melhor debate no processo judicial.

Portanto, podemos considerar como uma argumentação mais adequada a “discrição fraca”, pois a mesma oferece uma melhor segurança jurídica para cada caso concreto, não permitindo a incidência do decisionismo judicial conforme “discrição forte”, apresentando-se assim uma argumentação coerente ante ao conflito judicial.

Conforme já citado a decisão baseada na argumentação é uma grande ferramenta do neoconstitucionalismo, principalmente quando exercida com um fundamento válido e uma resposta coerente ao que foi debatido e demonstrado durante o procedimento, importando-se a interpretação como um resultado de um processo racional e idealizador do direito.

Por fim, a argumentação inserida no contexto da decisão, busca a equidade dos enunciados normativos nos fundamentos jurídicos, é um instrumental do neopositivismo, e do sobrepujamento dos mecanismos clássicos da hermenêutica jurídica, em busca de um ideal de justiça.

## **5.2 Da Discricionariedade do Juízo, Confronto entre Dworkin e Alexy**

Neste tópico será demonstrado as diferentes formas de pensamento em relação ao discricionismo do magistrado, mormente nos *hard cases*, por parte de Robert Alexy e Ronald Dworkin, a fim de demonstrar a possibilidade da incidência do subjetivismo no ordenamento jurídico.

---

<sup>65</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. Op. Cit., p. 179.

Importante ressaltar ainda que em relação ao livre arbítrio do magistrado, outros jusfilósofos importantes já se posicionaram a respeito, como o já citado Carl Schimdt que aposta fortemente na discricionariedade judicial aduzindo ser um elemento do estado.

Outro autor que também aposta na discricionariedade quando se pretende falar em decisão judicial é Herbert Hart, que vai apostar igualmente na ideia de regras primárias e secundárias, em que serão calhadas pela norma de autoridade, sendo um grande fator gerador da discricionariedade, criando uma livre interpretação dos juízes<sup>66</sup>.

Para fins de ambientação sobre os pensamentos divergentes, o ponto crítico se refere nos debates dentre os ensinamentos de Alexy e Dworkin. Na visão de Alexy há a existência de um método de estrita relação com o positivismo, com anuência irrestrita da discricionariedade, Dworkin em seu turno, prevê o direito como um mandamento de integridade repulsando a discricionariedade, pois, para o mesmo, os princípios possuem uma natureza completamente antidiscricional, sendo um forte opositor da discricionariedade<sup>67</sup>.

Na visão de Alexy, além da discricionariedade, há uma tese da teoria da argumentação jurídica criticada por Dworkin e Streck, além da definição clássica de que princípios são apenas mandamentos de otimização, conjuntura que culmina na subjetividade do intérprete, o que também deve ser declinado.

Alexy defende ainda que os princípios dão azo à extensão da interpretação “abrindo a fundamentação” do magistrado, em seu turno Dworkin afirma que se trata de uma norma que “fecha” a interpretação, atenuando a incidência da discricionariedade do julgador, servindo também de blindagem aos relativismos.

A discricionariedade aqui tratada se refere principalmente nos hard cases aonde o julgador se vê acuado em relação a qual norma a ser aplicada, e como proceder de maneira adequada, nesse caso Alexy afirma que em um juízo de ponderação o magistrado é livre para decidir qual princípio aplicar ao caso concreto.

Em sua sofisticada e complexa Teoria da Argumentação Jurídica, Alexy afirma que existem vários critérios que sempre precisarão balizar a opção judicial,

---

<sup>66</sup> MOTTA, Francisco José Borges, **levando o Direito a Sério** Op. Cit., p. 139.

<sup>67</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Op. Cit., p. 496/516.

porém há uma crítica em relação a estes critérios, pois diversos juristas entre eles Eros Grau e Friedrich Müller, afirmam que os critérios descritos por Alexy são inexistentes, havendo ainda uma censura em relação ao poder de “resolver os casos difíceis” que na visão de Alexy trata-se apenas de uma questão moral do sujeito-objeto.

Portanto compreender que a discricionariedade é um evento intrínseco do emprego do direito é, no fundo, uma empreitada no protagonismo judicial, ainda no espectro de Dworkin realizando uma crítica ao pensamento de Hart, há uma crítica em relação à democracia, principalmente em relação à indeterminabilidade do direito nos casos difíceis.

Em sentido contraposto aos juízos de Alexy, encontra-se Ronald Dworkin, para ele a aplicação da discricionariedade nos casos difíceis é um problema, partindo-se de contendas com Hart, e transcorrendo através dos anos sua excelente produção acadêmica, até sua obra principal, onde é possível notar o seu descontentamento com a situação apresentada por Alexy, tentando construir uma investida teórica correspondente ao contexto democrático.

Em relação à aplicação dos princípios, por um lado, Alexy envolve os como mandados de otimização, que implicam em seu cerne a conservação do juízo discricional, em outro ponto Dworkin os define como preceitos socialmente célebres e que significam a unicidade da tradição jurídica. Deste modo, conjunto normativo é constituído de regras e princípios, sendo que o direito sempre terá nos *hard cases* a prolação de uma resposta correta, sendo insustentável a obrigação de um juiz deliberar com um juízo discricional.

Em um período de Pós-positivismo, o decisionismo é um grande problema na concepção de Dworkin, mesmo estando presente no período positivista, especialmente no exegetismo francês. Deste modo propõe-se a não ruptura da racionalização do juízo discricional não podendo aceitar a naturalidade da discricionariedade afastada veementemente por Dworkin<sup>68</sup>.

A partir das concepções de Dworkin, é plausível falar que o Direito não é moral, muito menos sociologia, mas sim um julgamento interpretativo advindo das instituições jurídicas, podendo-se encontrar respostas necessariamente nas Leis,

---

<sup>68</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomas. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito**. Op. Cit. p. 187.

princípios constitucionalmente previstos, e nos precedentes corretamente elaborados corretamente, e não na cobiça solipsista do julgador.

Ou seja, o magistrado no momento da decisão não poderá fundamentar realizando uma análise sociológica ou moral em que sirva de auxílio para proferir uma condenação ou absolvição, tendo em vista que o direito é posto (estado democrático de direito), não podendo o mesmo alterar ou corrigi-lo.

Neste ponto é fundamental a exegese de Dworkin, apresentando o direito como um legitimador político, compreendido também como poder administrativo, constituindo um grau de coercibilidade, assevera ainda que por ser um poder político (*res publica*), ou seja, pertence a todos, o magistrado não poderá quebrar este paradigma, com suas próprias concepções<sup>69</sup>.

Em conclusão, não há sobrelevação do positivismo, e um lugar para a discricionariedade situa-se aberto, dando azo aos decisionismos judiciais, nesse sentido contrário a Alexy, Ronald Dworkin afirma que não há uma divisão ou quebra estrutural em relação aos princípios e regras, sendo que conforme já demonstrado os princípios nunca abrem a interpretação, e sim concluem o fundamento, por essa razão, não podem ser estimados como “fomentadores” do decisionismo judicial.

Importante responder como um dos pontos cruciais deste trabalho a seguinte pergunta: O que aplicar em um *hard case* quando não existe uma norma no ordenamento? Dworkin neste caso ensina que a falta de uma norma ou princípio não é motivo para a aplicação da discricionariedade, podendo ser aplicado neste caso decisões de outros tribunais ainda que de ulterior sistema, princípios constitucionalmente previstos (se preciso usando a ponderação), o que se evidencia não só admissível, mas executável juridicamente<sup>70</sup>.

Pelo apresentado, em favor da utilização da discricionariedade no momento da decisão judicial, advoga Alexy e Schimdt, por outro lado, pensadores contemporâneos refutam a incidência do decisionismo/discricionariedade, sendo eles Dworkin e Streck, pautados no dever constitucional de se proferir uma resposta adequada de acordo com a constituição, conforme será demonstrado no tópico a seguir.

---

<sup>69</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomas. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito**. Op. Cit. p. 256

<sup>70</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Op. Cit. p. 163.

### 5.3 Da Imprescindibilidade da Correta Motivação das Decisões Judiciais

Nesta seção, será demonstrada a relevância de se proferir uma decisão justa de acordo com os preceitos normativos vigentes, mormente em relação ao princípio do livre convencimento motivado do julgador.

Em relação ao princípio subscrito, fluentemente o mesmo não é totalmente livre no sentido, devendo consentir com os *distingues* existentes do nosso ordenamento jurídico, além do mais a motivação deverá corresponder às cláusulas fundamentais, somente nesse caso uma ponderação judicial poderá ser legítima pelo seu fundamento coeso.

Portanto uma fundamentação puramente retórica, que possa ser gerada conforme a consciência do magistrado, que tenha a finalidade de satisfazer as ambições em um determinado caso, podendo ser considerado uma derivação do imaginário ou tendências sociais, reflexão intelectual, com certeza estará totalmente longínqua daquilo que o ordenamento jurídico estabelece.

Por conta disso as decisões que não detêm uma “razoabilidade”, merecem uma atenção especial, pois nas mesmas ainda há o juízo de ponderação, que se transformou nos tempos atuais como uma argumentação performativa que possibilita a concretização do decisionismo. Porém deve-se excluir desta lista as decisões baseadas na ponderação real de valores, sendo adequada a constituição.

Importante asseverar ainda que uma correta decisão motivada, não causará prejuízos à segurança jurisprudencial, pois nesse caso dificilmente haverá decisões conflitantes, como ocorre em decisões amparadas pelo manto da ponderação, aplicando-se princípios inexistentes, ou seja, casos análogos acabam ganhando decisões distintas<sup>71</sup>.

Portanto, no contexto hodierno o livre convencimento motivado, não poderá relacionar/racionalizar a decisão com quaisquer fundamentos advindos da consciência do magistrado solipsista. Além do mais esse princípio deve ser aplicado de maneira eficaz, sob pena de coimar os preceitos descritos na Constituição Federal, mormente o Artigo 93.

---

<sup>71</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso** Op. Cit., p. 530.

Nesse sentido Lênio Streck (2009, p. 437) leciona:

O perigo de tal afirmação - a de que o juiz decide conforme a sua consciência (...) - reside na possibilidade de o juiz valer-se, por exemplo, de argumentos metajurídicos criados ad hoc para legitimar sua decisão, que segundo 'sua consciência' deveria apontar em certa direção (e que talvez pudesse ser diferente dependendo do juiz ou do humor do mesmo juiz naquele dia) para mitigar as consequências indesejáveis de sua decisão.

Nesse caso o que se pretende não é o afastamento da aplicação do princípio subscrito, e sim sua correta aplicação como propiciador de aprimoramento dos julgamentos dos processos, servindo o mesmo como um delimitador do preceito criativista dos magistrados.

O prélio aos decisionismos elencados nas decisões judiciais conforme será demonstrado à frente, é condicionador para que o empenho das partes jurisdicionadas e de todo o sistema jurídico brasileiro continuem exercendo o seu poder democrático e socialmente benéfico.

Ainda, tendo em vista a pretensão jurisdicional efetiva, onde a estruturação do sistema judiciário é dirigido a oferecer uma resposta correta frente à carta magna, com a existência de vícios na elaboração de sentenças prejudica o sistema como um todo, declinando-se o eu ensejo de existir.

Procura-se atacar o acontecimento de que todos os sujeitos trazem em seus ensejos subjetivos de pré-compreensões e conceitos equivocados, os quais poderão desempenhar influências em diversas decisões judiciais por parte do julgador.

Nesse caso não podemos admitir que os elementos pautados em convicções solipsistas advindas da consciência pessoal do julgador, estranhos ao caso visível, definam junto à lei o percurso da decisão a ser procedido pelo magistrado, ainda que os citados elementos não tenham de maneira proposital postos na análise do caso.

Nesse particular, convive a seriedade do necessário entendimento pelo lado dos julgadores de que os julgamentos que escoltam a sociedade desde o início de nosso desenvolvimento, desempenham influências em todos os tipos de decisão.

Conforme já explanado até o presente momento, a decisão conforme a consciência do magistrado é um possibilitador de ampliação das arbitrariedades e decisionismos elencados nas decisões judiciais.

A presença de um magistrado instituído da figura solipsista, ou seja, determinado sujeito que leva em consideração somente o “EU”, junto as suas convicções particulares e impessoais, acaba oferecendo infortúnios em relação à concretização da justiça e democracia.

Superado a fase positivista, em que se exigia a aplicação severa da lei, e da ausência de direitos a sociedade perante o estado, não há como se admitir no ordenamento atual a atuação tendenciosa relacionada à própria consciência.

Para o jurista Lênio Streck, o solipsismo filosófico como uma discricionariedade positivista, enaltecida pelo próprio colegiado crítico da teoria do direito ou teoria pura do direito, o ordenamento seria somente o fruto das reproduções realizadas a partir do “feixe de sensações”<sup>72</sup>.

Em um pensamento moderno, o juízo de cognição deve ser dotado de aptidão crítica, devendo existir uma análise técnica para que o prestamento jurisdicional avance em relação às atualidades, porém esta prestação deve se dar democraticamente não podendo ser regularizada pela razão egoísta como elemento desconsiderador das complexidades viventes entre as múltiplas relações sociais.

Os problemas e ameaças criados pela consciência ao democratismo repousam no fato de que cada magistrado observa o fato através de sua maneira privada, e nesse caso o reservado sentimento do julgador aplicado como supedâneo a uma suposta elevação de justiça, não existirá segurança ou coesão nas demandas judiciais.

Nesse diapasão leciona Lênio Streck (2015, p. 65):

Insisto, assim, em ancorar a presente discussão na evolução dos paradigmas filosóficos e a superação da filosofia da consciência pelo giro ontológico-linguístico. Quem melhor explicou essa problemática foi Heidegger, para quem, de Descartes a Husserl, o sujeito da subjetividade “imaneente” é o ponto comum que atravessa a metafísica moderna. Esse sujeito é o *Selbstsüchtiger* (“solipsista”, que quer dizer egoísta, que se basta, encapsulado). É ele que se “encarrega” de fazer a “inquisição”. E a verdade será a que ele, o “sujeito” estabelecerá a partir de sua consciência.

Dentro deste sistema subjetivista e pessoal, é possível ser compreendido como um jogo de apostas, contendo diversos caminhos incertos e tortuosos, em que uma hora haverá um ganhador, ou em outro turno um perdedor, e

---

<sup>72</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** - 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 66.

tal realidade, seguramente deve ser declinada de qualquer âmbito científico, sob pena de descaracterizar o modelo apresentado como ciência.

Portanto, o princípio fundador da inclusão de uma jurisdição democrática, qual seja a obrigação de fundamentar, não sendo uma justificação de natureza apodítica, visa assegurar a força normativa da constituição e o modo originário dos princípios. Por consequência, concebe ainda uma proteção contra interpretações ilegítimas, de matéria que ampara o comando normativo das escritas constitucionais.

Há, neste caso o direito fundamental de uma resposta correta, pois todos os jurisdicionados possuem o direito fundamental a uma resposta de acordo com a magna carta (retorno hermeneuticamente correto em inclusão à Constituição). Do mesmo modo, antes de qualquer apreciação, sempre é cogente perscrutar a coerência constitucional da norma jurídica e a incidência de uma fortuita contradição, devendo ser analisado ainda se a natureza dos princípios e das normas constitucionais é correta para a aplicação em determinado caso.

Existe o dever de se indagar ainda, que para uma correta compreensão ou pré-conceituação do fenômeno jurídico, é imperioso compreender o que se pretende ponderar/interpretar, portando o julgador deverá agir interpretando (estando a diante) da Constituição Federal.

Portanto trata-se de uma perspectiva democrática de um tratamento igualitário entre os jurisdicionados em respeito ao contraditório, e à produção democrática legislatória, devendo ser ultrapassado a figura do sujeito-objeto.

Em aportes finais, todo o exposto acima tem o escopo de afastar qualquer ambição subjetivista do magistrado, devendo uma deliberação judicial sempre se valer da coerência e integridade a fim de se proferir uma decisão democrática de acordo com a constituição, afastando-se a aplicação dos princípios não existentes.

#### **5.4 O Novo Código de Processo Civil e as Inovações Hermenêuticas**

Vigente há dois anos, o novo código de processo civil apresentou novidades em relação à fundamentação jurídica e principalmente sobre o livre convencimento motivado do magistrado, conforme será exposto abaixo.

Primeiramente, antes de se realizar uma leitura dos novos dispositivos do código de processo civil, se faz necessário uma análise do artigo 10<sup>73</sup>, em que apresenta à regra da vedação a decisão supressa. De acordo com este dispositivo há uma proteção ao contraditório, devendo nortear em sua completude no decorrer do processo.

Nesse caso o magistrado não poderá proceder em nenhuma hipótese, uma determinação fundamentando matéria não debatida/manifestada pelas partes sob coima de violar o inciso LV do art. 5º da CF, bem como os artigos 10, 9º, 6º e 5º, ambos do código de processo civil.

Portanto, podemos sobrepor que ao utilizar um princípio inexistente e que ainda não foi levantado ao decorrer do processo, o magistrado contraria os preceitos elencados neste artigo, sendo uma importante alteração processual que visa robustecer a previsibilidade do julgador ante aos jurisdicionados.

Apesar de factualmente os Códigos Processuais estarem amparados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, de acordo com o novo código sendo um dos temas centrais, não é mais possível, estando em estado de plena democracia, persistir na transferência da decisão dos casos complexos (*hard cases*) em favor do exame subjetivista dos magistrados e tribunais.

Nesse sentido em clara intenção, o novo regramento processual retira o juiz do centro do processo jurisdicional, não sendo mais a parte soberana no sentido de fundamentar de acordo com sua consciência.

Esta importante alteração, decorre da obstinação do jurista Lenio Streck, eu nos bastidores da elaboração do projeto do código de processo civil, pugnou veementemente pela exclusão do livre convencimento motivado do ordenamento jurídico<sup>74</sup>.

Podemos tirar estas conclusões de acordo com o descrito nos artigos 489 e 927, ambos do código de processo civil que em textos demandam;

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - O relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - Os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de

---

<sup>73</sup> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

<sup>74</sup> [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril\\_v52\\_n206\\_p33.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p33.pdf). Acesso em 05/10/2017, p.34

fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - Se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - Empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - Não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - Se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - Deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - Os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - Os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - A orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Portanto, os referidos dispositivos reforçam a ideia de que todas as decisões devem ser fundamentadas, como aplicação prática do devido processo legal, além de ser uma garantia à segurança jurídica, robustece também o intelecto trazido no artigo 11<sup>75</sup> do mesmo códex.

Substanciamos neste ponto conforme já indicado que uma deliberação baseada no solipsismo judicial certamente acarretará um prejuízo à segurança

---

<sup>75</sup> Artigo 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

jurídica, sendo motivo da inserção no ordenamento jurídico brasileiro os dispositivos citados acima.

Deste modo, com a descentralização da figura do magistrado, assume relevância as partes processuais, implantando-se um sistema de “coparticipação”, devendo todas as partes participarem para uma decisão mais célere, coerente e principalmente democraticamente correta.

Com a retirada do princípio do livre convencimento, em que se justificava devido à obrigação do sobrepujamento da prova colacionada aos autos, hermeneuticamente a abdicação do procedimento do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é consequência do modelo da parcialidade, do qual a compreensão é imperiosa em um estado democrático e possuidor de autonomia do direito.

Destarte, o conjuramento do livre convencimento por parte do julgador, muito provavelmente colocará em xeque a validade da decisão, podendo ser a mesma eventualmente anulada pela falta de fundamentação e diga-se sentença baseada em brocardos inexistentes não é razoável considerá-la fundamentada, devendo do mesmo modo ser invalidada.

Importante ressaltar que as previsões legais de fundamentações descritas acima não comprometem o livre-arbítrio que o juiz tem para valorizar a prova. Liberdade de exame da prova e obrigação de adequada fundamentação são noções, portanto a regra descrita no artigo 489, § 1º, CPC/2015, se refere à motivação do magistrado e não da liberdade no exame da prova.

Além disso, os artigos 371<sup>76</sup> e 372<sup>77</sup> do mesmo códex corroboram a afirmativa de que permanece a convicção do magistrado em relação à valoração da prova no CPC/2015.

Em relação ao aspecto normativo do princípio exige-se uma fundamentação das decisões proferidas, não tendo o magistrado a opção por qualquer motivo, devendo esclarecer seu fundamento com base em razões sustentáveis.

---

<sup>76</sup> Artigo 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

<sup>77</sup> Artigo 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório

É fulgente que em nenhuma decisão o argumento poderá ser vazio de acordo com os dispositivos citados, devendo ser elaborado no pretexto histórico-institucional.

Portanto, com a exigência introduzida no código de processo civil, as decisões judiciais deverão apresentar uma integridade e coerência ante o fim do livre convencimento, não sendo mais admitidos julgamentos genéricos como os antigos ditames: “O juiz, de acordo com os precedentes do STF, não está obrigado a responder a todas as questões articuladas pelas partes”, neste caso as decisões dessa espécie deveram receber o crivo de nulidade.

Por todo o exposto, importa demonstrar ainda à importância do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes no Mandado de Segurança Nº 24.268/0410, em que apresenta, com embasamento na doutrina e julgados do Tribunal alemão, fundamentações que orientam o direito-dever fundamental de fundamentação, em que todo o cidadão possui o direito sendo:

Direito de informação: que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; Direito de manifestação: que assegura ao defensor a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; Direito de ver seus argumentos considerados: que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas<sup>78</sup>.

Portanto, de acordo com a jurisprudência do tribunal Alemão em que o juiz é obrigado a fundamentar as suas decisões podemos afirmar que este mecanismo especialmente pelo “Direito de ver seus argumentos considerados”, é útil, pois afasta a incidência do protagonismo judicial.

## 5.5 Do Panprincipiologismo em *Terrae Brasilis*

Conforme já demonstrado no capítulo “princípios e valores”, na visão de Ronald Dworkin, o juiz ao se deparar com uma situação onde prevalece a falta de normatividade jurídica, ou quando a regra aplicável é inconclusiva, este deve refutar

---

<sup>78</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva 2007, p.13.

a aplicação arbitrária de uma regra, ou em situação mais agravante não aplicar um princípio inadequadamente ao caso concreto.

Muitos ainda raciocinam que a sentença é provinda da palavra sentire (sentir), como se observa em inúmeras decisões como, a título de exemplo o caso do agravo de instrumento número 70036104032. Onde o ministro relator delineia a seguinte argumentação: “a quem incumbia a demonstração de se tratar de imóvel residencial e único? A meu sentir, a quem pretenda efetivar a penhora (...)”, no enredo apresentado o magistrado claramente se valeu do solipsismo para declarar a quem merece provimento, neste caso há disposição em Lei nesse sentido, logo não faz sentido desfalcocar a sua aplicação, a esta acepção explica melhor Lenio Streck;

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

Destarte, não é relevante a opinião pessoal do juiz, pois suas persuasões particulares não podem se impor na resolução da demanda, e muito menos se sobrepor de forma absconsa pelos princípios. Não se auffle instituir um princípio para legitimar pretensões pessoais do juiz, conforme ensinamentos de Lenio Streck decidir é dessemelhante de escolher, pois o julgador não é o protagonista. Podemos atestar a parcela de protagonismo no tocante ao papel de destaque na busca da concretização das promessas constitucionais e não o juiz pessoalmente.

Entretanto o processo decisório no Brasil, nos últimos anos, mormente após a Constituição da República de 1988, vem sendo dominado por um fenômeno um tanto quanto curioso, que, na maneira como vem se dando, não condiz com a forma democrática e compromissária da Constituição Brasileira: a propagação desmedida de decisões judiciais pautadas em princípios.

Tal fato abre espaço para uma discricionariedade arbitrária, denominado pelo Professor Lenio Streck como “Panprincipiologismo”<sup>79</sup>, segundo este há uma forte aposta na discricionariedade originada pelos juristas Kelsen e Hart

---

<sup>79</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso** Op. Cit., p. 517.

onde se tinha o escopo, ao mesmo tempo, de solucionar um problema considerado insolúvel, concebido pela causa prática com a utilização de solipsismo e arbitrariedade, ou seja, o juiz pautado pelo poder republicano poderia se valer destes mecanismos para decidir uma demanda.

Com a promulgação da constituinte de 1988, sobreveio a era dos Princípios constitucionais, fato que melhorou e muito a consolidação do princípio como norma, entretanto a jurisprudência passou a se valer princípios não instituídos na constituinte, para a realização de um julgamento conforme a sua consciência<sup>80</sup>.

Portanto atualmente, juristas criam “princípios”, como margem de abertura (solução) na decisão, onde ainda os Tribunais utilizam de forma inapropriada como “fundamentação” para decidir a lide.

Neste ponto, convém mencionar novamente Lênio Streck em relação à “criação dos princípios”:

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, 2010).

Ante a dimensão e proeminência que os princípios vêm assumindo, é necessário interrogar qual o atual papel dos princípios no constitucionalismo contemporâneo? Primeiramente, é imperioso reconhecer que este imbróglio a ser enfrentado é um problema de democracia, tendo em vista que a atuação jurisdicional precisa ocorrer dentro de limites, determinados pelos próprios princípios, pois eles são condição de possibilidade para legitimar democraticamente as decisões judiciais uma vez que se formam em uma sociedade política e não da simples subjetividade do intérprete.

Em outros termos, o princípio impõe seu teor normativo a partir de uma coexistência intersubjetiva que decorre das conexões existentes na moralidade política da comunidade, de modo que de toda decisão se retira (pelo menos) um

---

<sup>80</sup> STRECK, Lenio Luiz, **O Que É Isto - Decido Conforme Minha Consciência?** Op. Cit., p.89.

princípio, o qual condicionará a próxima decisão. Neste sentido, o julgador fica restrito, exercendo, então, os princípios o papel de “amarra interpretativa” contra decisionismos.

Em um Estado Democrático de Direito, é imprescindível dominar a atuação jurisdicional, pois conceder a aplicação de novos mandamentos, criados especialmente para um único caso, sem supedâneo na legislação vigente e doutrina implica em um grave problema a democracia<sup>81</sup>. Deste modo, os princípios devem ser abrangidos por meio de seu caráter normativo, não podendo ter um simples papel corretivo de determinado fato.

Nesse sentido com base na premissa de que as abusividades do uso dos princípios podem acarretar diversos prejuízos como a insegurança jurídica, além de eventuais recursos de decisões fundamentadas meramente em princípios (há exceções), não sendo possível impugnar com segurança, ainda mais que, o princípio alegado, não é tratado e debatido no processo, sendo uma imposição, além do aferimento das normas e leis, portanto, em tempos o juiz faz uma interpretação de um processo, usando-se da hermenêutica, mas como meio de saída para expressar sua vontade ou o uso da cosmovisão<sup>82</sup>.

Ultrapassada as questões teóricas, se faz imperioso demonstrar a ocorrência da aplicação desenfreada de princípios na realidade dos tribunais atualmente, a fim de comprovar que esta situação poderá ocasionar danos nefastos à democracia.

De exórdio, as decisões colacionadas a seguir são o “carro chefe” de diversas situações em que beira o absurdo em questão de aferimento a democracia, ficando evidente ainda explicitação não só do fenômeno do panprincipiologismo como também a “livre consciência” inconstitucional de alguns julgadores:

Ao Tribunal, e ao Juiz, não compete detalhar os dispositivos legais aplicados no julgamento da causa. Incumbe-lhes apenas julgar de acordo com o seu convencimento e com a sua consciência, optando pelo posicionamento que lhe parecer mais adequado ao enfrentamento da questão colocada ao seu poder-dever de decisão, pois não estão adstritos aos fundamentos de Direito trazidos pelas partes, nem estão obrigados a se manifestar expressamente sobre todos eles quando, solucionam a lide sob

---

<sup>81</sup> MOTTA, Francisco José Borges, **levando o Direito a Sério** 2ª Ed. p 114.

<sup>82</sup> Cosmovisão é um conjunto de suposições e crenças que alguém usa para interpretar e formar opiniões acerca da sua humanidade, propósito de vida, deveres no mundo, de modo geral questões sociais. (<https://contas.tcu.gov.br/dicionario/home.asp>).

motivação diversa da esposada pelas partes. (TJSC. Embargos de declaração em agravo sequencial do artigo 557, § 1º do Código de Processo Civil n. 2006.012739-7/0001.00).

No mesmo sentido, existem outros exemplos que demonstram a clara decisão arbitrária que merece ser superada e impedida a todo custo, devendo ser guerreado a aplicação correta da hermenêutica:

O Juiz como ser humano culturalmente diferenciado, deve sentir desconforto quando não interage com os valores pessoais e tradicionais do contexto social. Assim, o que motiva o julgador a tomar a decisão mais justa é seu senso intuitivo do que é certo filtrado nos princípios do Direito e na sua formação moral, além da consciência média da comunidade a que jurisdiciona.

(TJSC. Santa Catarina. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação n. 2006.045036-8.).

“O sistema normativo pátrio utiliza o princípio do livre convencimento motivado do juiz, o que significa dizer que o magistrado não fica preso ao formalismo da lei nem adstrito ao laudo pericial produzido nos autos, devendo o julgador analisar o caso concreto, levando em conta sua livre convicção pessoal.”

(Recurso Cível 5001367-22.2011.404.7119, Rel. Juiz Paulo Paim da Silva, 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais/RS, julgado em 5/7/2012.).

Por fim, talvez o caso mais emblemático que se tornou exemplo de solipsismo no universo jurídico, foi o do Ministro Humberto Gomes de Barros do Superior Tribunal de Justiça, que ao prolatar seu voto mencionou que não se submetia a nada, senão a sua consciência, como se vê abaixo:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (STJ. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n 279.889/AL.).

Há ainda no ordenamento brasileiro, uma série de princípios que além de não estarem amparados pela constituição federal, não detêm normatividade, ou anterioridade, criados com funções ad hoc que, constituem uma espécie de “supraconstitucionalidade”, esses enunciados cumprem ainda a função de pararegras, onde seja qual for à resposta, está sempre será correta, arquitetados a partir de um grau zero de significado.

Podemos citar como exemplo, o caso da aplicação do Princípio da conexão, diligente no acórdão exarado em 25.06.2012 (autos 0001653-06.2011.5.03.0014), nesse caso não podemos considerar a sua aplicação por um motivo simples de que princípio não advém de um grau zero de cognição ou sentido, portanto o mesmo deve possuir uma densa implantação epistêmica, para ter uma capacidade de atribuição à regra.

Nesse caso, os princípios devem possuir um encargo histórico e um pretexto de ser e servir, pois, é por meio deste que se torna plausível a obtenção de retornos mais adequados, ligados ao mundo da compreensão e não ao pensamento subjetivista do magistrado.

Portanto, o “princípio da conexão” é um exemplo do ponderado ao longo deste expediente, sendo um caso claro de um panprincipiologismo, onde há uma vulgarização destes princípios servindo como cláusulas de abertura da interpretação e não de fechamento como deveria ser.

Pode-se ainda elencar como fator causador, a predominância do paradigma da filosofia da consciência (decide por que entende ser o correto pela própria visão) <sup>83</sup>, sendo desenvolvidos pelos tribunais podemos citar como exemplo:

Princípio da precaução<sup>84</sup>: atualmente tem sido mencionado pelos tribunais para expressar o risco de decisões que poderiam provocar danos irreversíveis ou de difícil reparação, sem a demonstração científica absoluta das

---

<sup>83</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, Op.Cit, p. 539.

<sup>84</sup> Extraído dos seguintes julgados: STF: ACO-MC-AGR876/BA; STJ: RESP 745363, AGRG STA; e, em julgamentos nos Tribunais Regionais Federais, valendo citar, por todos, os seguintes julgamentos: MAS 200634000352694/DF AG 200601000402640/BA, AC 200334000340267/DF, MAS 200739010007535/PA, AI 200701000592607/PI.

suas consequências, pelo exposto há uma clara institucionalização de uma tautologia jurídica<sup>85</sup>. Não passando de argumentação retórica.

Princípio da humanidade<sup>86</sup>: tem como busílis impedir as sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana, ou que lesionem a condição psicológica dos condenados, trata-se de uma demonstração de uma criação desnecessária de um *standard*, uma vez que a própria constituição tem dispositivos nesse sentido de proteção ao condenado.

Princípio da confiança no juiz da causa: segundo esse “princípio”, o “juiz da causa”, por estar mais conexas a realidade dos fatos, tem maior conhecimento dos fatos advindos, por isso tem liberdade para em alguns casos concretos decretar a necessidade ou não da prisão preventiva ou liberdade provisória, podemos citar a aplicação deste no julgamento unânime do HC 29828 pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, e no julgamento do RHC 7096-RJ pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse último princípio, não se faz presente uma carga de normatividade, e ainda, e seguindo a moderna teoria do direito em que situações poderão ser aplicadas? Outra questão é se o juiz de primeiro grau decidiu com base no acenado princípio qual seria a utilidade do tribunal revisor, julgaria apenas a questão jurídica (quaestio juris)? Portanto é evidente a fragilidade do presente princípio abalizado<sup>87</sup>.

Até mesmo o STF como a corte suprema do nosso ordenamento jurídico, vem proferindo decisões amparadas em subprincípios, constantes na constituição federal.

Podemos citar como exemplo o julgamento da união homoafetiva na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e Ação Declaratória (ADI) nº 4.277. Neste julgamento, mormente no voto da Ministra

---

<sup>85</sup> A tautologia (de tautos, em grego, que exprime a ideia de mesmo, de idêntico), trata-se de outra denominação que recebe o pleonasmo vicioso e se caracteriza pela seguida repetição, por meio de palavras diferentes, de um pensamento anteriormente enunciado, baseando-se "no desconhecimento da verdadeira significação dos termos empregados, provocando redundância ou condenável demasia verbal. Cf. XAVIER, Ronaldo Caldeira. **Português no Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 95.

<sup>86</sup> Por todos, confira-se: Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva 2006, p. 21. v. 1.

<sup>87</sup> Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Op. Cit., p.21.

Carmen Lúcia, fundamentando a união homoafetiva com base no princípio da intimidade, e da proibição da discriminação.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski, motiva as suas escolhas com base no princípio da preservação da intimidade, já o Ministro Ayres de Brito colaciona o princípio da paternidade responsável, extraíndo-se assim como no voto da Ministra Carmem Lúcia, Subprincípios derivados da magna carta, ou seja, realizando uma interpretação extensiva, prejudicando a democracia e segurança jurídica.

Além de apresentar princípios nulos, os respeitáveis ministros fundamentaram suas “escolhas judiciais”, com base em seus próprios pensamentos, podendo ser citado como exemplo às palavras do Ministro Marco Aurélio: “Daremos a esse segmento de nobres brasileiros, mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade.”.

Importante salientar ainda que o julgamento supracitado, trata-se de um verdadeiro ativismo judicial conforme já demonstrado neste capítulo, sendo que o Supremo Tribunal Federal assumiu a condição de legislador ao alterar dispositivos tais como o artigo 1.723 descrito no Código de Processo Civil.

Estamos, assim, perante uma abundante cifra de Standards interpretativos, que mais se parecem com topoi<sup>88</sup>. Outro problema é a falta de critérios até para uma simples conceituação, havendo falta de rigidez normativa e sem critérios de anterioridade, possibilitando a fixação de standarts, originários de visões nitidamente pragmatistas<sup>89</sup>, mas que em um certo momento adquirem o caráter de universalidade.

Por fim, percebe-se com a existência do panprincipiologismo, viabiliza a arbitrariedade do judiciário, conjuntura que pode ocasionar ainda o enfraquecimento da autonomia do direito e da eficácia normativa da Constituição, na medida em que são criados como discursos com pretensões de correção e imposição do próprio pensamento e, no limite, como no exemplo do princípio da “humanidade” é um típico caso onde se ultrapassa o próprio alcance semântico estabelecido na constituição.

---

<sup>88</sup> Pode ser conceituado como ponto de partida de uma argumentação. ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica jurídica no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

<sup>89</sup> Ser pragmático é ter seus objetivos bem definidos, é fugir do imprevisto, é se basear no conceito de que as ideias e atos só são verdadeiros se servirem para a solução imediata de seus problemas. JAMES, William (1948) "What pragmatism means." Pragmatism - a reader, p.93.

Em última esteira, conforme já demonstrado todos possuem o direito de obter uma resposta adequada segundo os ditames da carta magna, assegurando a efetividade da hermenêutica jurídica bem como da segurança jurídica, evitando-se fundamentações abstrusas e conflitantes.

## 6 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho monográfico, procurou-se demonstrar como o panprincipiologismo pode dar azo à discricionariedade, arbitrariedade e solipsismo judicial, impossibilitando a concretização de Direitos Fundamentais.

Em nosso ordenamento jurídico, é de conhecimento geral que há ocasiões em que haverá uma discricionariedade para definir uma demanda como no caso da decisão do Presidente da República em relação à extradição e o tribunal do júri, porém tal poder discricionário não é dirigido ao magistrado não estando o mesmo autorizado a prolatar sentenças com base em seus pensamentos pessoais.

Quando se sustém que a legitimidade democrática necessita ser cumprida, não se está controvertendo o exegetismo ou a aplicação da letra fria da lei, conforme demandava o antigo positivismo, e sim o caráter normativo da Constituição Federal, isso é ir contra os ativismos, decisionismos e protagonismos judiciais, prolatados por meio de provimentos judiciais.

Eis a grande questão, combater o positivismo exegético sem cair na vala da arbitrariedade, ainda mais que em um país onde a, Constituição Federal assegura os direitos fundamentais e sociais, de forma tardia em um cenário complicado, será casual o protagonismo do Direito, não seja por conta desta ocasião que o protagonismo judicial deve ser aceito.

Porquanto em uma demanda judicial, os únicos protagonistas são as partes, sendo um pressuposto básico da democracia, o juiz detentor do poder republicano tem o múnus de promover uma resposta jurisdicional devidamente fundamentada, compatível com o descrito na constituição, garantindo a segurança jurídica se distanciando das arbitrariedades.

Diante dos problemas expostos, para batalhar contra o uso equivocado dos princípios é necessário que o relativismo valorativo motivado pela errada recepção da Jurisprudência dos Valores seja pautado pela Teoria da Decisão Judicial, descrita a partir de princípios de orientação tais como a preservação da autonomia do direito, o controle hermenêutico da interpretação constitucional, respeitando os dispositivos e mandamentos constitucionais, o respeito à justiça e à coerência do direito, assegurando-se uma aplicação justa, e por apronto o dever fundamental de justificação das decisões colacionado com o direito fundamental de

uma resposta constitucionalmente amoldada, evitando-se assim pelos indicadores expostos a concretização da discricionariedade e solipsismo.

Ainda, os princípios devem ser considerados como norma de fechamento da interpretação e não de abertura, não sendo um simples aporte teórico que o magistrado se emprega ao seu bel prazer para relevar toda e qualquer decisão. Importante lembrar ainda que os princípios são deontológicos, devendo ser articulado juntamente com as regras jurídicas para obter a norma jurídica.

Conforme abordado neste trabalho, o Panprincipiologismo consiste basicamente no excesso empreendido especialmente pelos membros do órgão julgante que se empregam os princípios como meio retóricos para motivar suas deliberações e, em resultado disso há um manifesto abrandamento da democracia, e do sistema jurídico como um todo incluindo a da previsibilidade das ações estatais.

Portanto, o que os juízes ponderam em suas persuasões particulares não convém como decisão, ainda mais quando presente a arbitrariedade judicial camuflada por princípios impróprios, é preciso que todos os magistrados pendurem seus pré-juízos e opiniões próprias, a fim de se estabelecer um processo democrático, ressaltando-se que o tratado neste trabalho não coíbe a interpretação judicial, mas sim se exige a sua aplicação de acordo com as reivindicações apresentadas.

Por isso é importante saber a diferenciação entre um princípio e regra e como proceder a sua aplicação em cada caso concreto, assim impede-se a vulgarização principiológica, sendo um forte argumento ao combate da discricionariedade, conforme elencado ao longo do trabalho.

Nesse sentido, é necessário que se elimine do campo jurídico as decisões arquitetadas sobre a lógica indutiva, constituindo-se critérios que restringem a interpretação pessoal do Julgador, portanto se faz necessário um juízo crítico na fundamentação, devendo o julgador utilizar corretamente a teoria da argumentação na busca da verdade real para cada demanda judicial, e não naquilo que ele avalie como verdade.

Portanto, o que se combate é o afastamento dos possíveis excessos de correntes extremadas (Carl Schimdt) que defendam o pós-positivismo sem uma reflexão crítica necessária à contenção do pensamento jurídico que possa sustentar a onipotência de qualquer dos Poderes do Estado.

Ainda, uma sentença fundamentada com base em um brocardo inexistente podendo-se citar como exemplo o princípio da confiança do juiz na causa, não cumpre com os ideais compromissários dirigentes e democráticos, descritos na Constituição da República, uma vez que, por ele, é impossível a elaboração de uma defesa justa.

Importante ressaltar ainda que é possível a concretização de uma decisão pautada em princípios, desde que este seja revestido de anterioridade jurídica, e esteja em consonância com Constituição Federal, conforme previsto no artigo 93º, ou antevisto em códigos.

Nesta celeuma, não importa se o julgador em suas convicções pessoais é contrário ou a favor de cotas raciais, aborto ou concessão de medicamentos, não podendo as suas persuasões particulares cominar no momento da decisão, muito menos por meio dos princípios.

Portanto, não se pode “instituir” um princípio para fundamentar as pretensões subjetivas do magistrado, sendo que decidir é diferente de escolher, o árbitro não é o protagonista nas demandas judiciais, ao juiz não compete idealizar uma nova história no Direito, cabe-lhe somente interpretar o caso, comprometendo-se a fundamentar pautado na coerência jurídica.

Em última esteira, uma decisão legitimamente fundamentada é um direito do cidadão que requer a tutela jurisdicional, levando a efetivação do disposto na Carta Magna, isto é um imperativo, e não um ideal. Decidir com respaldo no panprincipiologismo não é decisão adequada, coimando o direito fundamental de uma resposta adequada e justificada de que todo cidadão brasileiro tem direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda H. S. Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Forense Editora, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães. 3ª ed. SP: Landy Editora, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 16. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva 2008.

\_\_\_\_\_. **O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Conjur - Consultor Jurídico. 26 abr. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-abr26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil](http://www.conjur.com.br/2006-abr26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil)>. Acesso em: 01 outubro. 2013.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Fórum Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 13, 2009,

\_\_\_\_\_. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann.** Revista Sequência, Santa Catarina, nº 59, dez.2009, p. 61-88.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado democrático de Direito brasileiro.** In: FIGUEIREDO, Eduardo H.L et al. (coord.). Constitucionalismo e Democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** 10. Ed. São Paulo: Saraiva 2006.

CARDOSO, Luisa Rita. **Segunda Guerra Mundial.** Infoescola. Disponível em: [HTTPS://www.infoescola.com/historia/segunda-guerra-mundial/](https://www.infoescola.com/historia/segunda-guerra-mundial/). Acesso em 20 de agosto de 2017, às 19h30min.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método: diálogos entre a Hermenêutica filosófica e a Hermenêutica jurídica.** 2008. (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **A Justiça de Toga.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito,** Tradução Jefferson Luiz Camargo – 2ª Ed. São Paulo, Martins Fontes. 2007.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico,** 6º Ed. Instituto Gulbenkian, Calouste, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I.** Petrópolis: Vozes, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). São Paulo: Malheiros Editora, 2013.

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

\_\_\_\_\_. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: Fundamentos de direito**, Tradução; Cláudia Lima Marques. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva 2007.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: Uma crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.  
OLIVEIRA, Rafael Tomas, **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e aplicação do direito**, 21º Ed. Editora Forense, 2007.

PERELMAN, Chaim. **La lógica jurídica y la Nueva retórica**, Trad. Julia Sevilha Muñoz. Madrid: Gredos, 1989.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

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

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano**. Ano 52. Número 206. Abr./jun. 2015. Disponível em: [HTTPS://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril\\_v52\\_n206\\_p33.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p33.pdf). Acesso em 05 de outubro de 2017, às 18h30min.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. 5. Ed. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. 7. Ed. Madrid: Trotta, 2007.

## ANEXO A – Apelação nº 0002396-95.2010.8.05.0191



Processo nº 0002396-95.2010.8.05.0191

**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
 Segunda Câmara Cível

---

**Processo : Apelação nº 0002396-95.2010.8.05.0191**  
**Foro de Origem:** Comarca de Paulo Afonso  
**Órgão Julgador:** Segunda Câmara Cível  
**Apelante :** Fábio Nunes Campelo  
**Apelante :** Pauline Nunes Campelo  
**Apelante :** Aline Nunes Campelo  
**Advogado :** Patrícia Marques da Silva (OAB: 27751/BA)  
**Apelado :** Janaina Freire de Souza  
**Advogado :** Luiz Wagner Santana Montalvão (OAB: 24922/BA)  
**Relator :** Mauricio Kertzman Szporer

### ACÓRDÃO

**EMENTA:** APELAÇÃO CIVEL. DIREITO DE FAMILIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. UNIÃO ESTÁVEL SIMULTANEA. PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA AFETIVIDADE. PROVA ROBUSTA. POSSIBILIDADE. 1. Ainda que de forma incipiente, doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo a juridicidade das chamadas famílias paralelas, como aquelas que se formam concomitantemente ao casamento ou à união estável. 2. A força dos fatos surge como situações novas que reclamam acolhida jurídica para não ficarem no limbo da exclusão. Dentre esses casos, estão exatamente as famílias paralelas, que vicejam ao lado das famílias matrimonializadas. 3. Havendo nos autos elementos suficientes ao reconhecimento da existência de união estável entre a apelante e o *de cujus*, o caso é de procedência do pedido. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

## ANEXO B – Habeas Corpus nº 100090008119



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
 PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL  
 6 de maio de 2009

HABEAS CORPUS Nº 100090008119 - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO

IMPETRANTES: Bels. GILBERTO ALVES E DANIELA DE SOUZA SENA

PACIENTE: DOMINGOS CORREIA BIBIANO

RELATORA: RAIMUNDA GOMES NORONHA

EMENTA: HABEAS CORPUS LIBERATORIO COM PEDIDO DE LIMINAR – PACIENTE QUE FIGURA COMO MANDANTE DO CRIME DE TRIPLO HOMICÍDIO, QUE CAUSOU GRANDE REPERCUSSÃO NA COMARCA, DEIXANDO INCLUSIVE AS TESTEMUNHAS TEMEROSAS DE COMPARECEREM EM JUÍZO PRA PRESTAREM DEPOIMENTOS – MANTENÇA DA PRISÃO DO PACIENTE NECESSÁRIA PARA AS GARANTIAS DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E DA ORDEM PÚBLICA – PRESENÇA DO “FUMUS COMMISSI DELICTI” E DO “PERICULUM IN LIBERTATIS”, O QUE TORNA PLENAMENTE JUSTIFICADA A CUSTÓDIA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS DO PACIENTE QUE NÃO ELIDEM A NECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA – INADEQUAÇÃO DO “MANDAMUS” PARA A DISCUSSÃO DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS LEGAIS CONSAGRADOS – ART. 5º, INCÍSCOS LVII, LXI E LXVI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL DESCARACTERIZADO – ORDEM DENEGADA DECISÃO UNÂNIME.

Belém/ma, 16 de fevereiro de 2007.

Ante o exposto, DENEGO A ORDEM.

É como voto.

.

O SR. DESEMBARGADOR SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA :-

Voto no mesmo sentido

.

O SR. DESEMBARGADOR ALDARY NUNES JUNIOR :-

**ANEXO C – APR 10153120083461001 MG**

**APELAÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CONJUNTO PROBATÓRIO DUVIDOSO E INSUBSISTENTE. INSUFICIÊNCIA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. IN DUBIO PRO REO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.** - Havendo nos autos elementos de prova que acarretam dúvida sobre a realidade dos fatos, a absolvição é medida que se impõe em apreço ao princípio in dubio pro reo. - Pelo princípio da confiança no Juiz da causa, o convencimento do Magistrado monocrático deve ser devidamente valorizado, por estar ele mais próximo dos fatos e das provas produzidas, de modo que possui maiores condições de avaliar com dedicação e precisão todas as provas colhidas na instrução criminal. - Recurso não provido

(Processo APR 10153120083461001 MG Órgão Julgador: Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL Publicação: 05/08/2015, Julgamento: 29 de Julho de 2015 Relator: Doorgal Andrada).

**ANEXO D – APELREEX 28532 PR 2006.70.00.028532-1**

**PIS E COFINS. IMPORTAÇÃO. LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. BASE DE CÁLCULO. INCISO I, ART. 7º, LEI Nº 10.865/2004. INCONSTITUCIONALIDADE. VALOR ADUANEIRO. BIS IN IDEM. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA PARCELARIDADE.** Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, não se exige lei complementar para as contribuições destinadas à seguridade social que tenham sua fonte prevista nos incisos do art. 195 da Constituição. Essa é situação em que se enquadram as contribuições do PIS e da COFINS - importação, ao teor do inciso IV do referido dispositivo constitucional, que prevê a cobrança "do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar". Não prospera a alegação de ocorrência de "bis in idem", na medida em que a vedação trazida no art. 154, inciso I, da Constituição é aplicável tão-somente aos impostos ou a outras contribuições que não tenham sua fonte de custeio prevista na própria Constituição. Ao contrário disso, o PIS e a COFINS na importação têm alicerce no inciso IV do art. 195 da CF/88. É lícito ao Poder Judiciário atuar como legislador negativo no controle de constitucionalidade das leis. O Princípio da Parcelaridade permite ao órgão do Judiciário declarar inconstitucionais apenas expressões ou palavras de dispositivos legais, ao contrário do veto presidencial que deve recair sobre a totalidade de inciso, parágrafo ou artigo (art. 66, § 2º, CF).

(Processo: APELREEX 28532 PR 2006.70.00.028532-1 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Publicação D.J.E.: 14/10/2008 Julgamento: 1 de Outubro de 2008, Relator: VILSON DARÓS).