XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

ORLANDO LUIZ ZANON JUNIOR

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo juridico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Orlando Luiz Zanon Junior; Rogerio Luiz Nery Da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-601-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça, do direito e da decisão. 2. Teorias da argumentação e do realismo jurídico. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI) promove uma série de encontros anuais, de abrangência nacional, nos formatos virtual e presencial, visando à produção e disseminação de pesquisas na área jurídica.

Esses eventos, além de contemplar palestras de juristas de destaque, nos âmbitos nacional e internacional, enfocam precipuamente a apresentação de artigos científicos, defendidos perante grupos de trabalho especializados por área (os GTs). Nesses grupos, promove-se a discussão sobre o estado da arte da produção da ciência jurídica brasileira e internacional. Trata-se de momento de compartilhamento e debate das diversas pesquisas realizadas no contexto da pós-graduação em direito e, portanto, de oportunidade de formação de relevantes redes de diálogo entre estudiosos, professores e cientistas nacionais e estrangeiros (networking).

Especificamente o grupo de trabalho Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e Realismo Jurídico, ora em apresentação, enfoca os seguintes temas: concepções de justiça; matrizes fundantes da ideia de justiça; justiça e direito; a justiça e sua relação com a busca da verdade; justiça universal e justiça particular; justiça substantiva e justiça procedimental; justiça distributiva; teorias modernas da justiça; utilitarismo clássico e contemporâneo; liberalismo, igualitarismo e libertarianismo; comunitarismo, particularismo, perfeccionismo, republicanismo e multiculturalismo; democracia deliberativa e justiça social como reconhecimento; razão jurídica; semiótica; retórica; lógica; argumentação e argumentação jurídica; direito e ciência jurídica; teoria da norma jurídica; teoria da norma e teoria da decisão; teoria do ordenamento jurídico; direito e linguagem; positivismo(s) jurídico (s); realismo(s) jurídico(s), modelos norte-americanos, escandinavos; o paradigma da cientificidade; falseabilidade; pragmatismo filosófico e jurídico; relações entre direito, estado e sociedade: os modelos formalistas, sistêmicos-operacionais e realistas; o pensamento sistemático aberto a valores: a relevância dos princípios e sua constitucionalização; o direito como sistema de regras e princípios; a relação entre direito e moral; o discurso jurídico; judicialização; ativismo judicial; decisionismo; idealismo jurídico; neoconstitucionalismo; Teoria da norma x teoria da decisão; e, pragmatismo.

Na presente oportunidade, na agradável cidade de Balneário Camboriú (SC), entre os dias 7 e 8 de dezembro de 2022, foram apresentados artigos científicos que tratam, de forma abrangente e interdisciplinar, sobre os assuntos afetos ao presente GT, antes indicados. A qualidade e a relevância dos trabalhos apresentados são indicativos da relevância do Conpedi, notadamente no tocante ao debate sobre as questões mencionadas, as quais reclamam constante aperfeiçoamento no âmbito da pós-graduação em direito.

Em continuidade às apresentações, os trabalhos geraram importantes interações acadêmicas, contextualizando os temas trabalhados com o devir dos cenários político, econômico e social atuais, que representam um notável desafio para os juristas.

Com satisfação e respeito, os coordenadores do grupo de trabalho convidam os leitores a conhecerem e desfrutarem do teor integral dos artigos aqui agrupados, desejando a todos uma profícua e leve leitura.

Não se pode encerrar, contudo, sem o merecido agradecimento aos pesquisadores que produziram o conhecimento ora disponibilizado e, além disso, contribuíram para os importantes diálogos, conduzidos no presente grupo de trabalho.

Prof. Dr. José Alcebiades De Oliveira Junior (UFRGS)

Prof. Dr. Orlando Luiz Zanon Junior (Univali)

Prof. Dr. Rogerio Luiz Nery Da Silva (UNOESC e UNIRV)

PAMPRINCIPIOLOGISMO: UMA ANÁLISE DO FENÔMENO PRINCIPIOLÓGICO NAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

PAMPRINCIPIOLOGISM: AN ANALYSIS OF THE PRINCIPLED PHENOMENON IN THE DECISIONS OF THE BRAZILIAN JUDICIARY

Artenira da Silva e Silva
Leonardo Maciel Lima

Resumo

Este artigo se propõe a fazer uma análise de como os princípios têm sido utilizados nas decisões judiciais do poder judiciário brasileiro, tendo em vista o surgimento do fenômeno do pamprincipiológico desenvolvido por Lenio Streck (2012), em sua Crítica Hermenêutica do Direito. O autor combate essa espécie de patologia que está especialmente ligada às práticas jurídicas brasileiras e que leva a um uso desmedido de standards argumentativos, gerando decisões solipsistas e ferindo os ideais democráticos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Além disso, faz-se uma breve análise dos princípios, regras e normas, dialogando com alguns autores como Robert Alexy (2006) e Ronald Dworkin (2002). Nesse sentido, como metodologia de pesquisa, utilizou-se o método indutivo na análise de decisões, além das técnicas de análise de conteúdo e revisão bibliográfica. Conclui-se que, embora repouse diversas críticas sobre este referencial teórico, é possível identificar o uso desmedido de "princípios" como álibis teóricos para decisões pessoais, que acabam por impossibilitar a efetivação dos Direitos Fundamentais.

Palavras-chave: Princípios, Regras, Pamprincipiologismo, Solipsismo

Abstract/Resumen/Résumé

This article proposes to analyze how the principles have been used in the judicial decisions of the Brazilian judiciary, in view of the emergence of the pamprincipiological phenomenon developed by Lenio Streck (2012), in his Hermeneutic Critique of Law. The author fights this kind of pathology that is especially linked to Brazilian legal practices and that leads to an excessive use of argumentative standards, generating solipsistic decisions and hurting the democratic ideals of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. A brief analysis of the principles, rules and norms, dialoguing with some authors such as Robert Alexy (2006) and Ronald Dworkin (2002). In this sense, as a research methodology, the inductive method was used in the analysis of decisions, in addition to the techniques of content analysis and literature review. It is concluded that, although there are several criticisms about this theoretical framework, it is possible to identify the excessive use of "principles" as theoretical alibis for personal decisions, which end up making it impossible to implement Fundamental Rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principles, Rules, Pamprincipiologism, Solipsism

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi um marco histórico responsável pela instauração de um Estado Democrático de Direito. Juntamente com este Estado, nasce uma constituição regada por princípios, regras e normas que não só alicerçam a jovem constituição democrática brasileira como também se irradiam para todo o ordenamento jurídico pátrio.

Nesta nova forma de Estado se pode constatar que houve um aumento do uso de princípios e subprincípios de forma desordenada, em que boa parte das decisões judiciais são tomadas com base nos mais variados princípios, estes muitas vezes nascidos da cabeça do magistrado. Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais precisam seguir um determinado procedimento e uma fundamentação jurídica adequada, sob pena de violar Direitos Fundamentais do cidadão que busca uma decisão fundamentada em argumentos postos pelas partes.

A análise que aqui se propõe divide-se em três partes. A primeira dedica-se a um estudo apurado sobre princípios, regras e normas, buscando seus significados e características em Ronald Dworkin (2002), Robert Alexy (2006), Josef Esser (1961), Norberto Bobbio (1996), além de autores brasileiro Paulo Brandão (2020), Lenio Streck (2012), dentre outros.

Na segunda parte, após dirimir os conceitos de princípio, regra e norma, foi apresentado a tese de Streck (2012) sobre o fenômeno do pamprincipiologismo e as consequências deste para o universo jurídico brasileiro. Assim, para o referido autor, a utilização desses pseudoprincípios pode contribuir para uma discricionariedade/arbitrariedade de decisões judiciais, as tornando casuísticas, solipsistas e, assim, camufladas sob o manto de princípios.

E por fim, busca-se analisar como os princípios têm sido utilizados nas decisões judiciais do poder judiciário brasileiro. Para isso, a partir do método indutivo, foram utilizadas algumas decisões judiciais que visam aferir se a decisão utilizou verdadeiros argumentos de princípio, ou se são reféns do fenômeno pamprincipiológico, que para olhares descompromissados, repassa para a sociedade e para a comunidade jurídica, uma falsa sensação de sólida segurança jurídica.

Nesse sentido, Mezzaroba; Monteiro (2009, p. 63) afirmam que: “o propósito metodológico do raciocínio indutivo é chegar a conclusões mais amplas do que o conteúdo estabelecido pelas premissas nos quais está fundamentado”. Desse modo, as conclusões devem surgir da observação de repetidos fenômenos que confirmem uma resposta para o problema, que no caso em análise são as decisões emanadas pelo poder judiciário brasileiro.

2 DIFERENÇAS CONCEITUAIS ENTRE NORMA, REGRA E PRINCÍPIOS

Inicialmente, para compreender o fenômeno do pamprincipiológico no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário fazer uma primeira distinção entre princípios, regras e normas. De acordo com o dicionário de Oxford, princípio é o primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou de um processo; ele é o começo, o início, a causa primeira. Já a regra é aquilo que regula, dirigi e rege; ela é a fórmula que indica o modo apropriado de agir. E por fim, a norma seria aquilo que regula procedimentos ou atos, podendo ser regra, princípio, padrão ou até a própria lei.

A distinção entre princípios e regras é de fundamental importância principalmente no que diz respeito as normas de Direitos Fundamentais. É preciso não só levar a ordem jurídica a sério em sua totalidade, como também ter presentes as normas típicas dos direitos fundamentais. Nessa seara, é importante saber que as normas de direitos fundamentais não se confundem com as demais normas do sistema jurídico, e os limites estabelecidos para os Direitos Fundamentais só poderão ser revelados se bem entendido o tipo de norma que os propagam e os asseguram – se princípios ou normas (BRANDÃO, 2020). Portanto, nesse momento, busca-se a distinção desses conceitos em autores que dialogam sobre o assunto.

Em primeiro lugar, Ávila (2016) sustenta que ao separar o texto da norma há a possibilidade de que um único texto consiga produzir, ao mesmo tempo, tanto regras quanto princípios. Para Ávila, a definição de princípios como deveres de otimização torna-os:

> [...] aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a elas se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos (ÁVILA, 2016, p.58).

Muito parecido com a lógica argumentativa de Alexy (2006), no sentido de dizer às vezes aquilo que o objeto de estudo não é, Esser (1961) afirma que um princípio jurídico não é um preceito e muito menos uma norma jurídica, por isso não contém uma instrução vinculante imediata de aplicação. Percebe-se, que o autor traz no bojo de seu conceito as ideias de norma, regras e princípios. O que necessariamente serão estudas no presente artigo, utilizando conceitos de autores como Dworkin e Alexy para estabelecer essa diferenciação.

Tanto para Alexy (2006) quanto para Dworkin (2006) existe uma diferença entre a regra (que, evidentemente, também é norma) e os princípios. Cada um desses autores construirá seu posicionamento utilizando pressupostos metodológicos diferentes que os levarão a

identificar pontos distintos para realizar a proposta de diferenciação. Aquele realizará uma distinção estrutural, de natureza semântica; ao passo que este realiza uma distinção de natureza fenomenológica[1].

Em Teoria dos Direitos fundamentais, Alexy (2006) trabalha com a diferenciação entre regras, princípios e normas. Para o autor tanto as regras quanto os princípios são normas, isso porque ambos dizem o que deve ser, isto é, ambos podem ser formulados por meios de expressões deônticas[2] básicas do dever, da permissão e da proibição. Portanto, para Alexy, essa distinção entre princípios e regras, é uma distinção entre duas espécies de normas.

Ao fazer uma análise qualitativa de regras e princípios, sob o prisma da ponderação, Alexy afirma que princípios são vistos como mandamentos de otimização:

> O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possiblidades jurídicas. (Alexy, 2006, p. 90)

Quanto às regras, Alexy (2006) afirma ser normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, ou seja, elas contêm determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Portanto, o autor chega à conclusão de que a distinção entre regras e princípios é meramente qualitativa, e não uma distinção de grau, logo, toda norma ou é uma regra ou um princípio.

Ao fazer uma distinção de natureza fenomenológica, Dworkin (2002) também vai diferenciar normas, regras e princípios de forma qualitativa. Em sua obra Levando os Direitos a Sério, o autor faz a distinção por meio de um processo de formalização, e não por meio de generalização abstratas dos conceitos. Nessa seara, as regras seriam aplicadas à maneira de tudo ou nada, ou seja, a aplicação de uma regra automaticamente iria excluir outra, enquanto os princípios possuem uma dimensão de peso – sendo que a aplicação de um princípio não significa a exclusão de outro, uma vez que eles devem ser analisados segundo os postulados da equidade e integridade (DWORKIN, 2002)

---

[1] A fenomenologia é um estudo que fundamenta o conhecimento nos fenômenos da consciência. Nessa perspectiva, todo conhecimento se dá a partir de como a consciência interpreta os fenômenos. Portanto, o mundo só pode ser compreendido a partir da forma como se manifesta, ou seja, como aparece para a consciência humana. Não há um mundo em si e nem uma consciência em si. A consciência é responsável por dar sentido às coisas.

[2] A modalidade deôntica (do grego "o que é preciso") abrange significados como permissão, obrigação e proibição. Em resumo, essa lógica pode ser entendida como a lógica das normas, no sentido do que seja obrigatório ou permitido.

Segundo Dworkin (2002) o que diferencia regras e princípios é a condição de reconhecimento por meio da validade e qualidade. Assim, os princípios e regras, para o autor, são um conjunto de padrões. Estas seriam aplicadas de maneira taxativa e, portanto, a aplicação de uma regra geraria a exclusão de outra, enquanto aquelas possuem uma dimensão mais abstrata.

Os princípios possuem uma "dimensão de peso" para Dworkin (1977), ou seja, em determinados casos um princípio terá uma incidência mais forte do que noutros. Isso de forma alguma impede que em outras circunstâncias, esse mesmo princípio que foi afastado, volte com mais força – a depender da construção que se faz com base na cadeia de integridade do direito.

Sendo assim, tanto Dworkin quanto Alexy concordam que uma das formas de diferenciar princípios de regras é o fato de que sua não incidência (ou aplicação) em um determinado caso concreto, não exclui a possibilidade de sua aplicação em outro, cujo contexto fático-existencial seja diferente daquele que originou seu afastamento. Já a regra, se for afastada de um caso, deve, portanto, ser afastada de todos os outros casos futuros (STRECK, 2012).

Norberto Bobbio (1996), em sua obra Teoria do Ordenamento Jurídico, também contribui para a conceituação. O pensamento de Bobbio sobre princípios coaduna com a interpretação de Alexy, na qual ambos chegam à conclusão de que princípios são normas:

> Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo que servem as normas. E por que não deveriam ser normas? (BOBBIO, 1996, p. 159)

Coutinho (2015) e Streck (2012) também contribuem para a diferenciação dos conceitos de princípios, regras e normas, de forma a clarear, na maioria das vezes, essa essencial distinção. Para Coutinho (2015), o princípio:

> É um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejada, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Princípio é um padrão decisório que se constrói historicamente e que gera um dever de obediência. Isto é, princípios funcionam no código lícito-ilícito. Caso contrário, um princípio não é um princípio. É só um argumento retórico (COUTINHO, 2015, p. 33).

Percebe-se, portanto, que Coutinho compara os princípios à moral. Na contramão desse pensamento, Streck (2012) afirma que os princípios são deontológicos e não teleológicos[3]. Não há o que se falar em princípios fora do Direito, pois eles também se encontram dentro do próprio ordenamento jurídico. Os princípios e as regras formam as espécies normas, que é tida como gênero. Na mesma linha de pensamento de Streck que Miranda (2016) afirma que os princípios fazem parte do complexo ordenamental:

> Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de conceitos positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente às regras; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e em normas-regras (MIRANDA, 2016, p. 260).

Uma das reflexões também a respeito da conceituação entre regra e princípio se encontra no fato de que os princípios constituem uma norma geral que demonstra intencionalidade do legislador (LEAL, 2003). No caso Riggs vs Palmer[4], sobre o voto do juiz Earl, Engelmann destaca:

> O juiz Earl, usando o argumento de que era necessário considerar as intenções do legislador como de especificar a verdadeira lei, votou em sentido diferente. Isto significa dizer que é necessário pensar um pouco mais além das meras palavras utilizadas pelo legislador. Além destes aspectos, o juiz entendia que deveria ser mensurado o contexto histórico no momento de ser interpretada a lei. Além disso, defendia, igualmente, que fossem levados em conta os chamados princípios gerais do direito. Isto representava considerar os princípios de justiça pressupostos em outras partes do direito. Dentro desta linha de ideias, o juiz defendia que "o direito respeita o princípio de que ninguém deve beneficiar-se de seu próprio erro". Desta maneira, a lei sucessória deveria ser interpretada no sentido de negar a herança para aquele que tivesse cometido um homicídio para facilitar o seu recebimento. Este voto foi seguido por outros juízes, fazendo com que Elmer não recebesse a sua parte que havia sido destinada no testamento (ENGELMANN, 2001, p. 143).

---

[3] A teleologia é a doutrina que identifica a presença de metas, fins ou objetivos últimos guiando a natureza e a humanidade, considerando a finalidade como o princípio explicativo fundamental na organização e nas transformações de todos os seres da realidade;

[4] Em Riggs vs. Palmer, a autora do litígio foi uma das filhas de Francis Palmer, Mrs. Riggs. O caso foi apelado pelo réu Elmer Palmer, neto do falecido Francis Palmer, e também seu assassino, que veio em segunda instância pleitear a decisão da Corte Superior que lhe negara o recebimento da herança, vontade que seu avô havia deixado registrado em testamento. Os fatos decorrem do assassinato de Francis Palmer, que fora envenenado por seu neto Elmer Palmer, o beneficiário de uma pequena fortuna acumulada por seu avô. Elmer, que vivia com seu avô na época de seu assassinato e sabia da existência do testamento, veio a envenenar lhe logo após o novo casamento de seu avô Francis, que era viúvo, porém adentrava em um pacto antenupcial com sua nova esposa; tal mudança traria a Elmer a perda dos bens de seu avô perante o seu falecimento.

O juiz não só fundamentou a decisão na teoria da intenção do legislador, como também considerou outro princípio: o a da interpretação das leis conforme o contexto histórico. Nesse sentido, era a intenção do legislador que os beneficiários recebessem a herança a eles designada por lei, no entanto, jamais foi sua intenção entregar os bens ao beneficiário que assassinara seu próprio doador. Portanto, a regra seria aplicada especificamente a um caso concreto – com aplicabilidade prevista pelo legislador – enquanto o princípio teria finalidade generalizada, considerado a impossibilidade do legislador de não conseguir prever todos as condutas sociais possíveis.

Streck (2012) afirma ser a norma um conceito interpretativo, além de que não haveria regra sem princípio, uma vez que sem um princípio instituinte, a regra não poderia ser aplicada, já que não seria portadora do caráter de legitimidade. Portanto, faz uma clara distinção entre norma, regra e princípio:

> A norma é um conceito interpretativo [...] deve-se ter presente que a normatividade emerge de um quadro factual constituído por regras e princípios. O problema, então, aparecerá ao pretender deduzir os princípios e as regras de um conceito semântico de norma. Quando a expressiva maioria da doutrina distingue – a partir de Alexy – regras e princípios desde o critério estrutural, a partir da ideia de que regras são mandados de definição e princípios são de otimização (e outras distinções criteriológicas), está-se apenas dando uma solução epistemológica para o problema, e não uma solução hermenêutica (STRECK, 2012).

Percebe-se, sobejamente, que os autores tentam traçar um conceito claro e preciso sobre o que seriam as regras, as normas e os princípios. Dessa forma, cria-se um alicerce sólido para enfrentar a questão do fenômeno que tem surgido e criado raízes no judiciário brasileiro, o chamado pamprincipiologismo,

2 O FENÔMENO DO PAMPRINCIPIOLOGISMO

De acordo com Streck (2012), o pamprincipiologismo é uma espécie de patologia que vem sendo observada na jurisprudência brasileira desde a Constituição Brasileira de 1988 – pois sendo a mais cidadã e fundada sob o Estado Democrático de Direito, trouxe uma gama de princípios. O pamprincipiologismo é justamente um fenômeno de “criação” de princípios e que leva a um uso desmedido de standards argumentativos, utilizados para fundamentar uma determinada decisão judicial.

> Em linhas gerais, o pamprincipiologismo é um subproduto das teorias axiológicas que redundaram naquilo que vem sendo chamado de neoconstitucionalismo e que acaba

> por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse pamprincipiologismo faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional (STRECK, 2017, p. 150)

O problema não se encontra no uso de princípios que fazem parte do corpo jurídico, ou seja, daqueles que provém do próprio ordenamento jurídico, e a ele se integra de maneira deontológica, mas sim a criação de princípios, pseudoprincípios e até subprincípios que nascem e são utilizados para fundamentar decisões judiciais, sem qualquer compromisso com a reconstrução histórico-institucional do Direito.

Nesse sentido, Streck (2013) elenca uma extensa lista exemplificativa dos diversos "princípios" que surgiram na jurisprudência brasileira: princípio da simetria, princípio da precaução, princípio da não surpresa, princípio da confiança, princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente, princípio da afetividade, princípio do processo tempestivo, princípio da ubiquidade, princípio do fato consumado, princípio do deduzido e do dedutível, princípio da instrumentalidade processual, princípio da alteridade, princípio da cooperação processual, princípio da confiança, princípio da humanidade, princípio do autogoverno da magistratura, princípio da situação excepcional consolidada, princípio da felicidade etc.

A quantidade de princípios que brotaram na jurisprudência é assustadora, de forma que há que se pensar se houve a substituição do "juiz boca da lei" pelo "juiz boca dos princípios". Nesse sentido, Streck (2017) afirma que a disfunção na utilização dos princípios está na ausência de critérios objetivos para determinar seu significado e sua abrangência, levando em consideração que os princípios passaram a serem utilizados sem nenhum critério para justificar uma decisão pensada pelo julgador.

> No Brasil, a concepção de princípios como abertura interpretativa passou a representar um modelo de justificar o voluntarismo judicial a partir de um critério "jurídico" que permitiria certa liberdade aplicativa. Ocorre que, no fundo, a mera atribuição do nome "princípio" a algo apenas serviu para garantir aparência de juridicidade, constituindo um verdadeiro álibi retórico. O grande problema é que a comunidade jurídica passou cada vez mais lançar mão do nome "princípio" para justificar decisões discricionárias. Isso provocou uma fragmentação na aplicação judiciária, o que me levou a cunhar a expressão pamprincipiologismo para designar esse fenômeno, que se transformou em verdadeira fábrica de princípios. (STRECK, 2017, p. 150)

Em Verdade e Consenso, Streck (2009) afirma que não é a imperatividade da lei (o juiz como "boca da lei") ou a criatividade (sem limites) do intérprete que se constituem como "inimigos da autonomia do Direito" e da democracia, mas sim as condições pelas quais se dá a

atribuição de sentido no ato da aplicação. O problema é quando o intérprete decide ir além, criando uma longa lista de princípios que não passam de álibis teóricos, despido de normatividade.

Em algumas ocasiões, o pamprincipiologismo presente nas decisões judiciais acaba por se tornar no ordenamento jurídico o chamado precedente[5]. Isso porque como a decisão nasce de um caso concreto, ela acaba sendo a *ratio decidendi*, podendo vincular casos posteriores. Entretanto, no Brasil, é quase que automático esse tipo de decisão se tornar um precedente, principalmente se for proferida por um tribunal superior. O perigo repousa no fato de tornar uma decisão, contaminada pelo fenômeno pamprincipiológico, em um precedente, que de certa forma vincula os magistrados de primeiro grau a seguirem o mesmo erro. Dessa forma, todos passam a reproduzi-lo de forma natural, não só o poder judiciário, como também advogados, professores e até mesmo a própria doutrina.

Percebe-se, portanto, que é necessário que todos os juristas suspendam seus pré-juízos para que se possa falar em um processo democrático. As convicções pessoais do magistrado não podem se impor no momento da decisão, muito menos se impor de forma camuflada. Dessa forma, de maneira alguma se pode criar princípios para justificar as pretensões pessoais do julgador.

É bem verdade que o Direito é autônomo e isso não resta dúvida, no entanto, o juiz não é, o que é suficiente para concluir que ele não pode criar princípios, principalmente em um Estado construído sob a égide do Estado Democrático de Direito.

3 O PAMPRINCIPIOLOGISMO NAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS

O pamprincipiologismo, verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade, vem surgindo nos últimos tempos nas decisões judiciais brasileiras de forma espantosa. Seja em sentenças ou em acórdãos, a utilização de princípios inexistentes da dogmática jurídica e do ordenamento jurídico brasileiro, preenche as fundamentações jurídicas desse universo jurídico em *terrae brasilis*[6].

É importante ressaltar que a aplicação dos princípios que integram o corpo jurídico, isto é, aqueles que brotam do próprio ordenamento jurídico, e a ele se integra de forma

[5] Precedente é a decisão judicial tomada em um caso concreto, que pode servir como exemplo para outros julgamentos similares.
[6] É o termo utilizado para denominar o Brasil antes da chegada dos Europeus, a terra dos índios.

deontológica, são essenciais para uma correta hermenêutica jurídica na aplicação do caso concreto. Nesse sentido, pode-se verificar no julgado abaixo a compreensão inversa desta propositura, em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decide conforme o princípio da rotatividade:

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

Entretanto, indaga-se o que seria esse princípio da rotatividade? Enquanto isso, a ministra Ellen Gracie, no Recurso Especial nº 446.999 do Supremo Tribunal Federal, na contramão de Alexy, afastou o caráter deontológico dos princípios e fundamentou a decisão entendendo pela interpretação teleológica da regra:

> REGISTRO DE CANDIDATURA AO CARGO DE PREFEITO. Eleições de 2004. Art. 14, §7º da CF. Candidato separado de fato da filha do então prefeito. Sentença de divórcio proferida no curso do ex-sogro. Reconhecimento judicial da separação de fato antes do período vedado. **Interpretação teleológica da regra de inelegibilidade**. A regra estabelecida no art. 14, §7º da CF, iluminada pelos mais basilares princípios republicanos, visa obstar o monopólio do poder político por grupos hegemônicos ligados por laços familiares. Precedentes. Havendo a sentença reconhecido a ocorrência da separação de fato em momento anterior ao início do mandato do ex-sogro do recorrente, não há falar em perenização no poder da mesma família [...] (BRASIL, 2005a, grifo nosso).

Nessa seara, o relator Onaldo Rocha de Queiroga, na apelação Civil nº 200.2010.036650-5/001 do Tribunal de Justiça da Paraíba traz no bojo da decisão o princípio do ativismo judicial:

> APELAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL. ONEROSIDADE EXCESSIVA E ANATOCISMO. NECESSIDADE DE PERÍCIA CONTÁBIL. PROVA INDISPENSÁVEL. CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUÍZO À DEFESA RECONHECIDO. NULIDADE DA SENTENÇA. RECURSO PREJUDICADO. Mediante a aplicação do **princípio do ativismo judicial**, o Magistrado, de ofício, pode determinar a produção de provas que o levam à verdade real no caso em julgamento. A perícia é prova indispensável para apontar a existência ou não da abusividade questionada quanto ao valor das parcelas contratuais e, consequentemente, permitir uma decisão equilibrada (BRASIL, 2010a, grifo nosso)

Princípios e pseudoprincípios surgem para justificar as decisões dos magistrados, relatores, desembargadores e até ministros do STJ e STF. Vale-se, também, da Apelação Civil interposta na Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria da desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza:

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

Porventura, há na tradição jurídica o referido princípio? Qual a carga de tradição que ele carrega? Nesse bojo, o precedente do STJ no Recurso Especial:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. APREENSÃO DE VEÍCULO REVERTIDA JUDICIALMENTE. DANOS EMERGENTES. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. AÇÕES INDENIZATÓRIAS AJUIZADAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL QÜINQÜENAL.
> 1. O curso do prazo prescricional do direito de reclamar inicia-se somente quando o titular do direito subjetivo violado passa a conhecer o fato e a extensão de suas consequências, conforme **o princípio da actio nata**. Precedentes.
> [....]
> 4. Recurso especial não provido.4
> [...] Erro médico. Prescrição. Termo a quo. A Turma, na parte conhecida, deu provimento ao recurso especial da vítima de erro médico para afastar a prescrição reconhecida em primeira instância e mantida pelo tribunal de origem. In casu, a recorrente pleiteou indenização por danos morais sob a alegação de que, ao realizar exames radiográficos em 1995, foi constatada a presença de uma agulha cirúrgica em seu abdome. Afirmou que o objeto foi deixado na operação cesariana ocorrida em 1979, única cirurgia a que se submeteu. Nesse contesto, consignou-se que o termo a quo da prescrição da pretensão indenizatória pelo erro médico é a data da ciência do dano, não a data do ato ilícito. Segundo o min. Relator, se a parte não sabia que havia instrumentos cirúrgicos em seu corpo, a lesão ao direito subjetivo era desconhecida, portanto ainda não existia pretensão a ser demandada em Juízo. Precedente citado: REsp 694.281-RJ, DJ 20/9/2006". (STJ, REsp 1.020.801/SP, Rel. min. João Otávio Noronha, julgado em 26.04.2011a.) (grifo nosso).

Gonçalves (2013, p. 513), afirma que a prescrição tem como requisitos: a) a violação do direito, com o nascimento da pretensão; b) a inércia do titular; c) o decurso do empo fixado pela lei. Ao analisar o artigo 189 do Código Civil, o termo inicial da prescrição é o surgimento da pretensão, presumindo que titular obteve imediato conhecimento do seu direito

violado. Entretanto, a aplicação da literal da regra poderá acarretar prejuízos àqueles que tiveram seu direito violado.

Nem sempre aquele que toma conhecimento da violação de seu direito está dentro do prazo de pretensão previstos nos artigos 205 e 206 do Código Civil, situação esta que transgrede diretamente os princípios basilares desse mesmo diploma legal, a saber: eticidade, socialidade e boa-fé. Em razão disso, o STJ, assim como a doutrina moderna, pautados nos mencionados princípios da eticidade e boa-fé, passaram a adotar a teoria da *actio nata*, segundo a qual o dies a quo do prazo prescricional ocorrerá no exato momento em que a parte lesada tomou ciência do dano (JUNIOR, 2018).

Percebe-se, portanto, que é nítido no ordenamento jurídico brasileiro, e isso não se pode negar, a tradição e a historicidade dos princípios da boa-fé, eticidade e sociabilidade. No entanto, e o princípio da *actio nata*? Este teria surgido da cabeça do próprio julgador e se sedimentado na doutrina e na jurisprudência como se princípio fosse? Ou esse princípio é fruto de um realismo jurídico[7] no judiciário brasileiro?

Na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.424 do Distrito Federal, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que versa sobre uma ação penal relativa à lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher, no mérito do voto, o ministro cita um chamado princípio da realidade:

> AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa à lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações. [...]
> [...] Eis um caso a exigir que se parta do **princípio da realidade**, do que ocorre no dia a dia quanto à violência doméstica, mais precisamente a violência praticada contra a mulher. Os dados estatísticos são alarmantes. Na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher, agredida, a um só tempo, física e moralmente, acaba, talvez ante óptica assentada na esperança, por afastar a representação formalizada, isso quando munida de coragem a implementá-la.[...]
> (ADI 4424, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014 RTJ VOL-00229-01 PP-00361) (grifo nosso).

O Ministro ainda tenta explicar o princípio, afirmando que ele decorre do que acontece no dia a dia, do contexto fático da realidade. Não obstante, esse princípio existe? Que realidade seria essa? De certa forma, é um princípio muito abstrato que a depender do julgador ele pode ter uma ótica diferente daquilo que para ele é a realidade. É importante frisar, que de

[7] Para o realismo, os juízes decidem de acordo com o que os fatos provocam em seus ideais, não com base nas regras gerais de direito, respondendo mais aos fatos do que às próprias leis. Assim, a decisão final seria resultado de vários fatores, os quais variam conforme as ideologias do magistrado e de acordo com sua personalidade, não como resultado exclusivo da aplicação da norma.

maneira nenhum este artigo se propõe a apresentar um juízo de valor sobre o mérito da decisão, mas sim de questionar essa fábrica de princípios, subprincípios e pseudoprincípios nas decisões jurídicas em *terrae brasilis.*

E o que dizer do princípio da felicidade que surgiu recentemente nos julgados das cortes brasileiras? Leal (2013) afirma que o direito a felicidade é um princípio, uma vez que não se pode atribuir-lhe caracteres de regras. Ele até concorda que é possível o surgimento de uma regra que tenha como fundamento o direito à felicidade, mas o este direito por si só, possui um revestimento principiológico. No julgamento do agravo de instrumento – AI nº 548.146/AM, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, o STF levou em consideração o princípio da busca à felicidade como implícito no ordenamento, e apoiou-se neste para ratificar a decisão:

> Parece evidente que a concessão da gratificação, com a aposentadoria, deu-se com observância do princípio da boa-fé. Ela tem, por outro lado, caráter alimentar. Ora, retirá-la, a esta altura, quando ela, efeito da lei estadual, está placitada pela ordem jurídico-constitucional vigente, não teria sentido. Retirá-la, quando a sua concessão se viu coberta pelo princípio da boa-fé, representaria ofensa a esse princípio, certo, convém registrar, que uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz (BRASIL, 2005b).

Pode-se questionar, talvez, que esta tenha sido uma decisão isolada e que isso não vem se repetindo nos julgados no judiciário brasileiro. Muito pelo contrário, esse princípio vem sendo utilizado de forma ampla para fundamentar qualquer tipo de decisão judicial que, afinal, possui um nível de abstração imensurável, conforme as decisões a seguir elencadas:

> 1. [...] a Constituição não contém nenhuma disposição que obrigue o cidadão a ter sucesso econômico ou profissional. Também não se espera que as pessoas lançadas à sorte em empreendimentos empresariais tenham sempre capacidade administrativa pujante. **O direito fundamental assegurado na Carta Magna refere-se ao dever do Estado de permitir e prover os meios para a busca do sucesso, da felicidade** e do bem comum (BRASIL, 2010b). (grifo nosso)
>
> 2. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável **dos direitos à felicidade** e do viver com dignidade (BRASIL, 2008). (grifo nosso)

> 3. [...] entendo que a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitimasse pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra **o direito à busca da felicidade**, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar (BRASIL, 2011b)(grifo nosso).
>
> 4. Vale referir [...] que o magistério da doutrina – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e **invocando princípios fundamentais** (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e **da busca da felicidade**) – tem revelado admirável percepção quanto ao significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares (BRASIL, 2011b)(grifo nosso).

Embora esse standard possa parecer "fofo", na verdade apenas demonstra a forma como os magistrados observam o Direito, como se fosse subsidiário dos juízos morais. Afinal, se os princípios são deontológicos, como retirar da "felicidade" essa dimensão normativa? Vislumbra-se mais um álibi para sustentar/justificar decisões pragmáticas. Entretanto, se busca que as decisões sejam fundamentadas a partir de argumentos de princípio e não por preferências pessoais, morais, teleológicas, ou "decido conforme a minha consciência" (STRECK, 2013).

Uma outra questão de fundamental importância é a tentativa de colocar os princípios como valores [8]– há uma tentativa de positivação dos valores. Essa tentativa facilita a criação de todo tipo de "princípio", como se o Estado Democrático de Direito fosse a "pedra filosofal da legitimidade principiológica", da qual é possível ser retirados tantos princípios quantos necessários para a solução dos casos difíceis que surgirem, e assim, corrigir as falhas da linguagem (STRECK, 2013). Nesse sentido, se percebe uma tentativa de corrigir os casos difíceis com a moral, tentando suprir as "insuficiências ônticas[9]" das regras na hora da decisão.

[8]A Jurisprudência dos Valores é um movimento alemão que surgiu em oposição à Jurisprudência dos Conceitos e dos Interesses fazendo uma distinção entre os juízes de valor e os juízos de existência. Gustav Radbruch vai ser um dos maiores expoentes do movimento, que posteriormente irá influenciar Alexy e vai impulsionar o movimento do ativismo judicial. É importante destacar que o Brasil importou essa tese ingenuamente, uma vez que a realidade do nosso sistema jurídico é diferente do Alemão. Um dos principais motivos que motivou a Jurisprudência de Valores na Alemanha foi a existência de uma Constituição outorgada, já no Brasil temos uma Constituição promulgada.

[9]Ontológico é um adjetivo que define tudo que diz respeito à ontologia, ou seja, que investiga a natureza da realidade e da existência. Diz-se que algo é ontológico quando, do ponto de vista filosófico, aborda questões relacionadas ao ser.

Dworkin (2002), por sua vez, não vai aceitar discricionariedade, por isso estrutura sua tese na integridade do direito. Logo, "em Dworkin a integridade e a coerência são o modo de 'amarrar' o intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos (...)" (STRECK, 2009, p.450).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, por conseguinte, que a distinção entre princípio, regra e norma, possibilita uma melhor compreensão da importância desses institutos no ordenamento jurídico. As manobras de tentar usar/criar princípios de forma desordeira é uma forma de camuflagem do ativismo judicial, na qual o juiz toma uma postura proativa na interpretação do texto alargando além das fronteiras – não se pode falar nem mesmo em uma interpretação extensiva[10]. Assim, "pseudoprincípios" travestidos de princípios acabam por tomar força não só na doutrina quanto na jurisprudência brasileira.

Nesse sentido, o fenômeno do pamprincipiologismo enfraquece a força normativa tanto da Constituição quanto da legislação ordinária, uma vez que o aplicador da lei, buscando fundamentar as decisões judiciais, muitas vezes se afasta da norma positivada em prol da aplicação de "pseudoprincípios". A aplicação destes "pseudoprincípios" deturpa o instituto dos princípios jurídicos que são legítimos, ou seja, aqueles que decorrem de forma natural ordenamento jurídico.

Há que se fazer a pergunta levantada por Streck (2012, p. 20): "será que algum juiz ou tribunal no Brasil já se ocupou em determinar a regra de direito fundamental *adscripta* quando opera com a ponderação? Será que qualquer um deles já aplicou tal regra a outros casos similares?". Para o autor, a própria ponderação é uma ficção, uma vez que serve de máscara para esconder a subjetividade do julgador[11]. Além disso, ressalta que a solução para o pamprincipiologismo não está no enfraquecimento ou na hipossuficiência dos princípios.

A utilização equivocada dos princípios tem influenciado uma aplicação equivocada da teoria da decisão. Ressalta-se que a defesa da democracia não se ampara na excelente exegese ou aplicação fria da lei, mas sim no caráter normativo da Constituição Federal, que

[10] O intérprete constata que o legislador se utilizou com impropriedade dos termos, dizendo menos do que queria afirmar. Ocorrendo tal hipótese, o intérprete alargará o campo de incidência da norma, em relação aos seus termos.
[11]Alexy (2008), no posfácio da Teoria dos Direitos Fundamentais, já afirmava que a ponderação estava umbilicalmente ligada à discricionariedade judicial: "Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento -, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do legislativo quanto do judiciário" (ALEXY, 2008, p. 611).

erigida sob o Estado Democrático de Direito, não coaduna com os solipsismos, ativismos, decisionismo e protagonismos judiciais.

Os princípios não dão margem para a discricionariedade, entretanto, observa-se que os Tribunais Superiores pensam ao contrário. Os "princípios" viram álibis teóricos para decisões pessoais, e decisões solipsistas impossibilitam a efetivação dos Direitos Fundamentais. Assim, decidir com base em "pseudoprincípios" não é decidir adequadamente e nem é a forma mais adequada de fundamentar uma decisão, mas sim é violar direito fundamental de todo cidadão brasileiro que anseia por uma decisão fundamentada que gere segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luis Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. Ed. (trad.: Maria Celeste C. J. Santos). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Normas de Direitos Fundamentais:** um estudo sobre o nível das regras. 1º ed. Florianópolis: Habitus, 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 .** Dispõe sobre o Código Civil brasileiro. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.020.801/SP**. Relator: Min. João Otávio Noronha, julgado em 26/04/2011a. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19098660/recurso-especial-resp-1020801-sp-2007-0310759-9-stj/relatorio-e-voto-19098662>. Acesso em: 01 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510/DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 05 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4424.** Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 05 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 548.146/AM**. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 22 dez. 2005b. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000010496&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 05 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132/RJ**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 5 maio 2011b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 05 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 446.999**. Relatora: Min. Ellen Gracie. Data do julgamento em 28/06/2005a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368478>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 370.212/RS**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 8 set. 2010b. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103967&base=base Monocraticas>. Acesso em: 05 jul. 2022.

BRASIL. TJ-PB. **Apelação Cível nº 200.2010.036650-5/001**. Relator: Onaldo Rocha de Queiroga. 4º Câmara Cível. Data de julgamento: 18/12/2012a. DJE: Pág. 13.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70022682066. Relator: Min. Marco Aurélio dos Santos Caminha, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2009. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, janeiro/junho de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Civil nº 70037690450.** Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza, Vigésima Segunda Câmara Civil, julgado em 19/08/2010. Disponível em: < https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudencia-e-legislacao/jurisprudencia/>. Acesso em: 02 jul. 2022.

COUTINHO, Jacinto N.M. **Os modelos de Juiz. Ensaios de direito e literatura**. Lenio Streck e André Karam Trindade (Orgs). Atlas, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direto**. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1977.

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

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V.1: Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

JUNIOR, Paulo Henrique de Moraes. **Da aplicação da teoria da actio nata em relação ao instituto da prescrição.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/288877/da-aplicacao-da-teoria-da-actio-nata-em-relacao-ao-instituto-da-prescricao>. Acesso em: 28 jun. 2022.

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

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. Os grandes princípios constitucionais e a jurisprudência da crise em Portugal. In: LEITE, George Salomão et al. (Coord.). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 259-274.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica:** quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

_____. **Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio:** dilemas da crise do direito. Revista de Informação Legislativa. 2012. Disponível em: < https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496574>. Acesso em: 20 jun. 2022.

_____. **Hermenêutica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. **O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito**. Revista Consultor Jurídico. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 30 jun. 2022.

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

_____. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.