

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

Alissa Strassburger de Oliveira¹

A APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS COMO FORMA DE DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

O presente estudo que está em fase de andamento tem como objetivo analisar o principlologismo como forma de discricionariedade judicial, uma vez que surge a possibilidade de se fazer criações principiológicas através da fundamentação. No que tange os princípios, foi necessário trazer algumas considerações a respeito de princípios e as suas diferenças com as regras.

Em um primeiro momento podemos observar que o conceito de princípio está ligado a um círculo de ideias, convicções (GABRICH, 2007). Ademais, Poletti (2010, p. 320-321) traz a distinção de princípios implícitos ou explícitos no ordenamento jurídico, entre eles estão o princípio da dignidade da pessoa humana, boa-fé, economia processual, entre outros. Além disso, existem os princípios gerais do direito que são normas abstratas e genéricas (DIMOULIS, 2013, p. 184-185). E contemporaneamente, os princípios constitucionais, que deverão sempre ser observados em fundamentações judiciais, visto que todas as normas serão embasadas à luz da Constituição (FINGER, 2000, p. 98).

Cabe fazer uma distinção entre princípios gerais do direito e princípios constitucionais, onde o primeiro, por não ter uma definição concreta, constitui de certa forma, discricionariedade ao julgador, caso ele não encontre a resposta nas leis, ele poderia utilizar tais princípios como forma de saída do sistema codificado, sendo assim, foi para essa finalidade que os princípios gerais do direito se encontram na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para “suprir lacunas”, entretanto, os princípios constitucionais servem para fechar essa discricionariedade (STRECK, 2014a, 166).

No que tange a distinção entre regras e princípios, percebemos que tanto as regras quanto os princípios possuem caráter normativo, além de possuir uma distinção interpretativa, conforme Streck, diferente de Robert Alexy que diz que a norma jurídica possui uma subdivisão entre regras e princípios, vai trazer a normas como forma de interpretação, ou seja, o produto de interpretação da

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa “Intersecções jurídicas entre o público e o privado”, coordenado pelo Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq. E-mail: alissastrass@yahoo.com.br.

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

regra tem como base um princípio que o institui. Sendo assim, a norma jurídica só existe quando interpretada a partir de um caso hipotético ou real (STRECK, 2012, p.549).

Contudo, conforme os ensinamentos de Dimoulis (2013, p. 184-185) é um risco que se assume ao julgar apenas conforme os princípios, pois esta decisão se revestirá de caráter subjetivo, sendo assim, tende a gerar imprecisões, pois cada juiz interpreta os princípios de acordo com suas convicções e define qual grau de abstratividade que dará.

Nessa perspectiva, os magistrados já empregam os princípios existentes, contudo, surgiu uma nova classe de princípios chamada de pamprincípios, terminologia esta trazida por Lenio Streck, que nada mais são do que criações principiológicas discricionárias supostamente “autorizadas” pela força normativa da Constituição. O Direito não está adstrito as vontades do interprete, ou seja, o interprete, conforme Streck (2014a, p. 167), não está “autorizado a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos”. Dessa forma

Sem encontrar lugar na Constituição (*locus* dos verdadeiros princípios), o pamprincipiologismo deriva do empirismo do cotidiano jurídico, por uma instrumentalidade prática utilizada para resolver um problema específico, que, pela reiteração, passam a ser aplicados (erroneamente) a casos futuros. Isto aproxima os princípios (sic) surgidos do pamprincipiologismo como princípios gerais do direito [...] Assim, o pamprincipiologismo refere-se a uma tentativa de “principializar” todos e quaisquer *Standards* jurídicos, em face de um problema pontual, sem nenhuma preocupação quanto à normatividade que detém – lembre-se que o princípio, assim como a regra, é norma -, utilizando como álibis teóricos quando o intérprete, ao alvedrio do próprio Direito, impõe seu subjetivismo a decisão tomada. Em outras palavras, quando a Constituição e as leis não dizem aquilo que o intérprete gostaria que elas dissessem, inventasse um princípio que albergue sua intenção, resolvendo-se o problema. (LUIZ, 2013, p. 68).

Ocorre que com a Constituição de 1988, se fundou uma nova era de direitos firmada em uma base principiológica, sendo inevitável que, segundo Streck (2012, p. 518), os operadores do direito, adotassem como um “suporte dos valores da sociedade”, ou seja, os princípios constitucionais estavam estabelecidos no ordenamento, sendo possível retirar qualquer princípio necessário a qualquer momento para resolver *hard cases*. Com isso, percebemos que estamos diante de diversas formas interpretativas, o que de fato são enunciados *ad hoc*, em casos concretos podem se estabelecer como fortes bases jurídicas (STRECK, 2012b, p. 518-536). Isso ocorre porque existe uma grande dificuldade de separar os princípios constitucionais dos valores morais, fazendo uma equiparação aos princípios gerais do direito (STRECK, 2014a, p.171).

Diante disso, o uso reiterado de pamprincípios em decisões judiciais resulta em banalização dos princípios constitucionais, seria como se a mera menção de um determinado princípio fosse

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

suficiente (WEBBER, 2013). Segundo Ferrajolli citado por Streck (2014a, p.171), as disseminações de princípios são meras argumentações morais que resultam na fragilização do Direito.

Não se pretende dizer que os princípios constitucionais precisam estar classificados e positivados na Constituição, porém os princípios possuem fundamentos sociais históricos determinantes, tornando-se inevitavelmente normas constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro, dessa forma, eles devem ser utilizados para os fins a que se destinam e não por mera liberalidade (STRECK, 2012b, p. 540-541).

REFERÊNCIAS

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013.

MERITUM, REVISTA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FUMEC. Minas Gerais: FUMEC, 2007-. Semestral. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/776/620>>. Acesso em: 26 out. 2014.

POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REVISTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA. Curitiba, 2013-. Semestral. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/View/368>>. Acesso em: 26 out. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed., rev, atual. e amp. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001a.

_____. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.