

**IV CONGRESSO NACIONAL DA
FEPODI**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1º Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

ET84

Ética, ciência e cultura jurídica: IV Congresso Nacional da FEPODI: [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ANPG/PUC-SP/UNINOVE;

coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Mariana Ribeiro Santiago – São Paulo: FEPODI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-143-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Ética, ciência e cultura jurídica

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ética. 3. Ciência. 4. Cultura jurídica. I. Congresso Nacional da FEPODI. (4. : 2015 : São Paulo, SP).

CDU: 34



www.fepodi.org

IV CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

Apresentamos à toda a comunidade acadêmica, com grande satisfação, os anais do IV Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito – FEPODI, sediado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –PUC/SP, entre os dias 01 e 02 de outubro de 2015, com o tema “Ética, Ciência e Cultura Jurídica”.

Na quarta edição destes anais, como resultado de um trabalho desenvolvido por toda a equipe FEPODI em torno desta quarta edição do Congresso, se tem aproximadamente 300 trabalhos aprovados e apresentados no evento, divididos em 17 Grupos de Trabalhos, nas mais variadas áreas do direito, reunindo alunos das cinco regiões do Brasil e de diversas universidades.

A participação desses alunos mostra à comunidade acadêmica que é preciso criar mais espaços para o diálogo, para a reflexão e para a troca e propagação de experiências, reafirmando o papel de responsabilidade científica e acadêmica que a FEPODI tem com o direito e com o Brasil.

O Formato para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia sobremaneira este desenvolvimento acadêmico, ao passo que se apresenta ideias iniciais sobre uma determinada temática, permite com considerável flexibilidade a absorção de sugestões e nortes, tornando proveitoso aqueles momentos utilizados nos Grupos de Trabalho.

Esses anais trazem uma parcela do que representa este grande evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos.

Assim, é com esse grande propósito, que nos orgulhamos de trazer ao público estes anais que, há alguns anos, têm contribuindo para a pesquisa no direito, nas suas várias especialidades, trazendo ao público cada vez melhores e mais qualificados debates, corroborando o nosso apostolado com a defesa da pós-graduação no Brasil. Desejamos a você uma proveitosa leitura!

São Paulo, outubro de 2015.

Yuri Nathan da Costa Lannes

DECISÃO JUDICIAL, O PAPEL DOS PRINCÍPIOS E O [S PERIGOS DO] PAN-PRINCIPIOLOGISMO

DECISION JUDICIAL, EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS Y EL [PELIGRO] DEL PAN-PRINCIPIOLOGISMO

**Mônica Bonetti Couto
Jonathan Eugenio Leite da Silva**

Resumo

A presente pesquisa tem como escopo analisar o papel dos princípios e a posição que estes passaram a ocupar, sobretudo no direito brasileiro, e em particular nessa última década. Objetiva, ainda, advertir para os perigos do excesso no emprego dos princípios despidos de normatividade, fenômeno que Lênio Streck cunhou de pan-principiologismo e como se verifica na prática seu uso pelos magistrados no momento de proferirem suas decisões. Para tanto, inicia-se tecendo breves considerações relativas ao significado e acolhimento da teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, passando-se, então à crítica que pode ser feita, sobre o indiscriminado uso dos princípios sem conteúdo normativo no direito brasileiro. Trata-se de um estudo descritivo e exploratório, desenvolvido com base na pesquisa bibliográfica e histórica para qual nos servimos do método indutivo.

Palavras-chave: Decisão judicial, Princípios, Pan-principiologismo

Abstract/Resumen/Résumé

Esta investigación tiene como objetivo analizar el papel de los principios y de la posición que ocupan en la actualidad, sobre todo en la legislación brasileña, sobre todo en la última década. Objetivo también advierten de los peligros de un exceso en el uso de principios de desnudos de la normatividad, un fenómeno que Lênio Streck acuñó pan-principiologismo y como resulta que en la práctica su uso por los jueces al momento de proferir sus decisiones. Con este fin, comienza tejiendo breves observaciones sobre el significado y la aceptación de la teoría de los principios y derechos fundamentales, que se mueven a continuación, a las críticas que se pueden hacer en el uso indiscriminado de principios sin contenido normativo en la legislación brasileña. Se trata de un estudio descriptivo, desarrollado sobre la base de la literatura y la investigación histórica a la que se utiliza el método inductivo.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Decision judicial, Principios, Pan-principiologismo

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa se propõe a examinar, inicialmente, o significado, conteúdo e o papel dos princípios no contexto jurídico brasileiro.

Tema de muita relevância e que assumiu grande protagonismo no Brasil, sobretudo no último quartel – ou, quiçá, na última década – tem ocupado o centro das atenções de doutrinadores, professores e alunos. Não são poucos os trabalhos acadêmicos escritos em torno desse inquietante tema.

Porém, ao que tudo indica, a maior dificuldade – merecera, por isso, de nossa atenção, encontra-se em tentar compreender como os Tribunais Brasileiros vêm tomando as decisões no Estado Democrático de Direito, notadamente quando se constata que substancial parcela delas está calcadas em ‘princípios’.

Para tanto, esta pesquisa está desmembrada em duas partes. Na primeira, impõe-se tentar compreender o que é um princípio (significado, definições e papel no ordenamento jurídico). Além disso, deve-se analisar como eles vêm sendo aplicados no momento da decisão judicial. Na segunda parte do trabalho, dedicar-se-á a levantar como os Tribunais vêm utilizando os princípios em suas decisões, demonstrando que muitas delas relevam-se de grande discricionariedade ou arbitrariedade judicial, momento então em que se constata os perigos do chamado pan-principiologismo.

Trata-se de um estudo descritivo e exploratório, desenvolvido com base na pesquisa bibliográfica e histórica para qual nos servimos do método indutivo.

DESENVOLVIMENTO

Ninguém nega – e nem poderia ser diferente – a importância dos princípios em um sistema jurídico.

Tomando por base os ensinamentos de Joaquim José Gomes Canotilho, a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios.¹ Diz-se aberto porque sofre as ingerências da sociedade e diversos fatores externos encontrando-se em constante comunicação com o sistema social.² As normas constitucionais podem ser divididas em normas/regras e normas/princípios conforme o seu maior grau de abstratividade e generalidade.

As regras são aquelas normas que mais se aproximam das normas jurídicas de direito comum, na medida em que possuem todos os elementos para incidirem diretamente sobre o caso concreto, bem como para conferir um direito ao seu destinatário. Elas, geralmente, prescrevem uma obrigação, permitem ou vedam uma determinada conduta. Têm a sua aplicação a uma situação fática determinada e específica. As regras são concretas e incidem de maneira direta sobre o caso concreto.³

Robert Alexy adverte para o ponto de que a distinção entre regras e princípios revela-se mais claramente nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Enquanto o conflito de regras resolver-se-ia pelo reconhecimento de uma cláusula de exceção ou pela declaração da invalidade de uma delas, a colisão de princípios significaria apenas que um deles teria precedência sobre o outro. Estar-se-ia diante do fenômeno que Alexy denomina de ‘relação de precedência condicionada’, na qual o conflito seria resolvido pelo sopesamento dos interesses em choque, de molde a definir qual deles deveria ser aplicado no caso em concreto.⁴⁻⁵

Já para Para Dworkin, a diferenciação entre normas, regras e princípios vai dar-se fundamentalmente pela sua condição de reconhecimento, por sua validade e de forma qualitativa. A distinção de que trata o autor não se baseia na generalização abstrata

¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*, 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1.991, p.171; 186.

² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2.001, pp. 54-55.

³ COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Processo Civil e Constituição: uma (re)aproximação necessária. Processo e Jurisdição*. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2012, pp. 413.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. pp. 91-92.

⁵ COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Processo Civil e Constituição: uma (re)aproximação necessária. Processo e Jurisdição*. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2012, pp. 413.

entre eles, mas sim por meio de um processo de formalização. É dizer: tanto os princípios como as regras seriam um conjunto de padrões. Como diz referido autor, as regras seriam aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Portanto, a aplicação de uma regra implica a exclusão de outra, enquanto os princípios possuem uma dimensão de peso, sendo que a aplicação de um princípio não significa a exclusão de outro, uma vez que eles devem ser pesados segundo os postulados de equidade e integridade.

De outro lado, nota-se, nesse mesmo contexto, uma acentuada atuação do Poder Judiciário, na concretização dos direitos fundamentais.

De fato, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual foram garantidos os direitos fundamentais da pessoa humana, momento em que o Estado deixou de ser totalitário/absolutista, passando a ser um Estado Democrático de Direito, surge, para o Poder Judiciário, o dever de concretizar tais direitos, agindo, assim, “com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”⁶.

Essa interferência do Poder Judiciário no âmbito/competência dos demais Poderes nos interessa no seguinte ponto: para efetivar alguns dos direitos fundamentais, o Judiciário acaba por exercer a função típica do Poder Legislativo. No mais, essa interferência envolve a legitimidade democrática.

Então, aqui, a pergunta que se deve fazer é: “de que modo podemos evitar que a legislação – suposto produto da democracia representativa (produção democrática do direito) – seja solapada pela falta de legitimidade da jurisdição?”⁷.

Ainda que não se negue que ao proferir uma decisão, todo juiz cria um direito, “(...) o essencial não é sabermos se ele pode ou deve assumir papel ativo e autônomo na elaboração do direito, mas determinarmos *de que maneira e em que limites* se dará essa colaboração (...)”⁸.

⁶ _____ . Idem.

⁷ STRECK, Lênio Luiz. A recepção equivocada do ativismo judicial em *Terrae Brasilis*. Disponível em www.estadodedireito.com.br/2014/03/29/a-recepcao-equivocada-do-ativismo-judicial-em-terrae-brasilis/. Data de acesso: 19 de abril de 2015.

⁸ “A liberdade do intérprete/aplicador do direito, por outro lado, há de ser uma liberdade responsável e auto-controlada, pois não lhe é dado introduzir na lei o que deseja extrair dela e tampouco aproveitar-se da abertura semântica dos textos para neles inserir, fraudulentamente, conteúdos que, de antemão, ele sabe serem incompatíveis com esses enunciados normativos.” (COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial: o caso brasileiro*. Palestra proferida no Ministério Público do Estado do Pará. Disponível em: www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro. Data da consulta: 19 de abril de 2015.)

Ocorre que, hodiernamente, algumas decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário, calcadas em preceitos fundamentais ou em “novos” princípios (vide, por exemplo, o mais recente “princípio da felicidade”), acabam por constituir-se em decisões nitidamente discricionárias e, em algumas situações, inclusive *contra-legem*. Pode-se citar como exemplos emblemáticos dessa postura: 1) a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual autorizadora de briga de galo sob o fundamento na dignidade da pessoa humana⁹; 2) decisão da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, em que ficou firmada jurisprudência no sentido de que, respaldado no *princípio da afetividade*, tem direito à metade da pensão por morte do homem a amante, assim com sua mulher; dentre outros.

Há uma decisão verdadeiramente emblemática proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Grande do Sul, e que merece ser aqui referida, no âmbito da qual se ‘criou’ o princípio da ‘rotatividade’. Eis a sua ementa:

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

Essas decisões discricionárias e essa atuação proativa do Poder Judiciário vêm sendo criticadas veementemente por Lênio Streck, sendo uma “verdadeira usina de produção de princípios despídos de normatividade.”¹⁰ Ou seja, juízes brasileiros estão criando princípios para fundamentar suas decisões. E, acima disso, algumas decisões

⁹ ADI 1.856/RJ (DJe 14/10/2011).

¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Data de acesso: 26 de abril de 2015.

usam os princípios para ‘abrir’ uma dada e possível interpretação, quando o caminho deveria ser exatamente o oposto.

Com razão, no ponto, Lênio Streck, calcado nas lições de Dworkin:

A proposta de diferença – e não distinção/cisão – entre regras e princípios aqui defendida parte da descoberta, que tem raízes na teoria integrativa dworkiana, do caráter unificador dos princípios: eles são o marco da institucionalização da autonomia do direito. As regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam como determinantes para concretização do direito e em todo caso concreto eles devem conduzir para determinação da resposta adequada.¹¹

Nessa perspectiva, a aplicação indiscriminada (e ilegítima) desses princípios serveria como base para um protagonismo judicial (ou, como querem alguns, ‘ativismo judicial’, o que não nos parece mais acertado), mas, a bem da verdade, representam verdadeira e irreparável lesão aos preceitos de um Estado Democrático de Direito, como do Brasil, porque são discricionárias e arbitrarias.

No ponto, convém referir novamente Lênio Streck:

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.¹²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹¹ STRECK, Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 517.

¹² STRECK, Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 526.

Ao longo do que se pôde verificar nas linhas acima, e sobretudo do que se poderá, com o vagar e profundidade necessários, constatar ao final dessa pesquisa, alguns julgadores no direito brasileiro, empunhando a bandeira da utilização dos princípios (como sinônimos de ‘normas’), acabam por ferir os direitos fundamentais, ao invés de protegê-los e concretizá-los.

De fato, quando o magistrado se refugia no chamado “pan-principiologismo” para decidir de forma solipsista e discricionária, há um idelével prejuízo e ferimento aos ideais e valores compromissários, dirigentes e democráticos da Constituição da República do Brasil, pois que se travestem de pseudoprincípios para decidirem, a bem da verdade, segundo de suas vontades pessoais.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. Ronald Dworkin e o Ativismo Judicial. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/ronald-dworkin-e-o-ativismo-judicial/10804>. Data de acesso: 26 de abril de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, data de consulta 19 de abril de 2015.

BERNARDO, Leandro Ferreira. Ativismo Judicial e Estado Democrático de Direito. Disponível em: https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-1-n-1-fev-maio-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2009-06-16.5948411961/at_download/anexo, data de consulta: 19 de abril de 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial: o caso brasileiro. Palestra proferida no Ministério Público do Estado do Pará. Disponível em: www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro. Data da consulta: 19 de abril de 2015.

COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Processo Civil e Constituição: uma (re)aproximação necessária. *Processo e Jurisdição*. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2012, pp. 411-433.

NEGRELLY, Leonardo Araujo. O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS LIMITES FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>. Data de acesso: 19 de abril de 2015.

STRECK, Lênio Luiz. A recepção equivocada do ativismo judicial em *Terrae Brasilis*. Disponível em www.estadodedireito.com.br/2014/03/29/a-recepcao-equivocada-do-ativismo-judicial-em-terrae-brasilis/. Data de acesso: 19 de abril de 2015.

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

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

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

_____. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Data de acesso: 26 de abril de 2015.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: desafios à democracia brasileira, in LUCCA, Newton De; MAYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta. Coordenação. *Direito Constitucional Contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer* – São Paulo: Quartier Latin, p. 202-209.