XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

HEITOR DE CARVALHO PAGLIARO

Copyright © 2019 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
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Heitor de Carvalho Pagliaro – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-804-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Na ocasião do XXVIII do Encontro Nacional do CONPEDI, o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica reuniu pesquisas notadamente na área da hermenêutica jurídica. O debate científico realizado a partir das treze pesquisas apresentadas teve como foco os princípios, com forte ênfase doutrinária. A maior parte dos trabalhos enfrenta questões de ordem teórica e outra parte analisa casos concretos.

De um lado, a precisão e a objetividade das regras atendem aos ideais de segurança jurídica, previsibilidade e estabilização das relações sociais. De outro lado, a generalidade e subjetividade dos princípios possibilitam a flexibilidade do direito frente às especificidades dos casos concretos. O excesso de ênfase nas regras pode afastar a equidade, entendida como a adaptabilidade do direito na aplicação da justiça no caso concreto, ao passo que o excesso de princípios pode conduzir a uma ampliação prejudicial e desmedida das possibilidades de interpretação,

Como o juiz deve interpretar as leis? Essa resposta não está nas leis – salvo poucas exceções nas quais a própria legislação dispõe que algo deve ser ou não deve ser interpretado de determinado modo. Também não está na ciência jurídica, pois não há consenso teórico a respeito disso. Kelsen, na Teoria Pura do Direito, se perguntou se existe uma interpretação ideal, melhor do que as demais, e respondeu que não há. Então o juiz faz uma escolha de qual técnica interpretativa empregar no momento da prestação jurisdicional. É sobre essa escolha que recai toda a preocupação da hermenêutica jurídica. É nesse ponto que política e direito se encontram, pois determinada concepção de direito e de sociedade será levada em conta nessa escolha, isto é, alguns valores e conceitos serão tomados como ponto de referência na decisão judicial.

É nesse sentido que Thiago Serrano Pinheiro de Souza e Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann defendem que a interpretação principiológica não pode prescindir de uma sólida teoria hermenêutica do direito, alertando para o risco do uso indiscriminado dos princípios e promovendo uma reflexão sobre a ideia de discricionariedade judicial, própria do que alguns teóricos denominam como pós-positivismo. No mesmo tema, Vitor Oliveira Rocha Fontes escreve sobre a discricionariedade judicial, com base no pensamento de Dworkin, apresentando críticas à teoria neoinstitucionalista do processo. A abertura que os princípios conferem à interpretação do direito pelo poder judiciário torna possível o fenômeno do

ativismo judicial, tema que é estudado por Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto em contraste com o princípio da legalidade. O autor analisa tal questão tendo como plano de fundo a distinção entre o poder legislativo e judiciário. Na mesma esteira, considerando a necessidade da interpretação para a efetividade do direito, Ana Cristina Lemos Roque e Leiliane Rodrigues Da Silva Emoto procuram demonstrar como a hermenêutica é fundamental para a concretização dos direitos fundamentais. Caroline Lais da Silva Stelmach, por sua vez, discute a teoria da integridade de Dworkin, relacionando-a com o Direito Processual Civil brasileiro.

Alguns trabalhos do GT, sem perder de vista o debate hermenêutico, tiveram como foco um problema concreto. Maria Eliane Carneiro Leão Mattos e Gabriela Martins Carmo criticam a abertura conferida pela discricionariedade judicial no que diz respeito aos alimentos provisórios, levantando discussões baseadas em Hart, Dworkin e Alexy, sobre os limites do poder de interpretação dos juízes. Évelly Salvador Miranda e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão analisam, com base nos direitos fundamentais, o direito ao nome do natimorto, como direito da personalidade, construindo uma interpretação analógica, tendo como referência o nascituro. As autoras apontam a necessidade de uma legislação federal para regulamentar essa questão, mas ponderam as possíveis consequências que tal direito poderia deflagrar no âmbito do direito civil.

O texto de Anna Paula Bagetti Zeifert e Emmanuelle de Araujo Malgarim aborda a ideia de existência de uma razão pública, refletindo criticamente sobre o que seria o bem comum, partindo do pensamento de John Rawls. Este autor também é referencial teórico no trabalho de Giovanni Galvao Vilaca Gregorio, que constrói uma reflexão sobre o direito à saúde entendido como bem social primário, tendo como base a teoria da justiça como equidade. Com base no mesmo filósofo, Jean Carlos Dias e Shirley da Costa Pinheiro analisam o conceito de justiça distributiva, a partir das relações entre igualdade e desigualdade. Além disso, os autores apresentam uma reflexão sobre como as desigualdades sociais deflagram diferentes graus de liberdade individual. Mauricio Fiorito desenvolve uma pesquisa sobre a justiça distributiva e a equidade, com base em Aristóteles, para pensar, a partir disso, questões relacionadas à justiça eleitoral.

Sublinhando a pluralidade de autores e teorias que permeiam o tema do GT, o trabalho das pesquisadoras Barbara Santos Rocha e Amanda Fernandes Leal abordam um caso concreto envolvendo decisões da justiça eleitoral no município de Valença, no Piaiu, analisadas sob a perspectiva da teoria de Amartya Sen, tendo em vista ideias de ações afirmativas, direitos políticos e igualdade de gênero. Por fim, Maria Izabel Dos Reis Rezende e Viviane Aprigio Prado e Silva têm como objeto de pesquisa o anteprojeto de lei anticrime proposto por Moro.

As autoras elaboram reflexões sobre a proposta legislativa tendo como referências os pensamentos de Dworkin, Streck, Rawls e Abamben, discutindo as ideias de leis injustas e desobediência civil.

Essas são, em linhas gerais, as pesquisas que integram o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica dessa edição do XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI. O debate entre os pesquisadores que apresentaram trabalhos e os coordenadores do GT resgataram a clássica distinção grega entre o governo de leis e o governo de homens. As leis não são autoaplicáveis, por isso não há um governo só de leis. Os agentes públicos do Estado, em todas as esferas, não agem como querem, mas são vinculados à legislação, por isso não há um governo só de homens. O poder é exercido por homens, com base em leis. Estas se expressam por meio da linguagem, sobretudo escrita, e é por esse meio que os homens constroem, conhecem e aplicam as normas. Portanto, a interpretação é necessária. Pensando assim, pode-se falar de um governo de intérpretes, isto é, de homens com base em leis. É nesse ponto que as discussões do GT revelam sua importância e atualidade, pois pensar sobre a interpretação do direito é pensar sobre como o poder legítimo é exercido na sociedade.

Goiânia, junho de 2019.

Prof. Dr. Heitor de Carvalho Pagliaro - UFG

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

VISÃO CRÍTICA ACERCA DA APLICAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA EM CASOS CONCRETOS SUB JUDICE

CRITICAL VIEW ON PRINCIPLE APPLICATION IN CONCRETE CASES

Thiago Serrano Pinheiro de Souza [1]
Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann [2]

Resumo

Promove uma análise sobre o papel da jurisdição constitucional na aplicação dos princípios fundamentais, com especial interesse na dignidade da pessoa humana, a fim de concretizar o fenômeno jurídico. Investiga, diante da problemática contemporânea afeta ao pós-positivismo, qual seja, a discricionariedade judicial fundada em um sistema aberto, a partir da indeterminação do direito, a tendência do Supremo Tribunal Federal. Pretende provar, pela utilização da metodologia da pesquisa qualitativa, que os princípios somente poderão ser corretamente aplicados, a partir de decisões prolatadas em sintonia com uma sólida teoria hermenêutica do direito, em respeito à integridade e à coerência do sistema.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Princípios, Hermenêutica, Decisão

Abstract/Resumen/Résumé

It promotes an analysis of role of constitutional jurisdiction in application of fundamental principles, with a special interest in dignity of the human person, in order to concretize the juridical phenomenon. It investigates, in view of contemporary problematic affects post-positivism, that is, judicial discretion based on an open system, from indetermination of law, the tendency of the Federal Supreme Court. It intends to prove, by using methodology of qualitative research, that principles can only be correctly applied, based on decisions in harmony with a solid hermeneutic theory of law, with respect to the integrity and coherence of the system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction, Principles, Hermeneutics, Decision

[1] Doutor em Direito-UNESA. Professor de Direito Civil da UNESA/RJ e da EMERJ. Membro do Grupo Institucional de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social.

[2] Pós-Doutora em Direito-UNESA. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA/RJ. Coordenadora da Escola de Ciências Jurídicas da UNIRIO.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o papel da jurisdição constitucional na aplicação dos princípios fundamentais e na concretização do direito, de forma crítica. Com isso, investigar-se-á o comportamento do Supremo Tribunal Federal diante da relação entre discricionariedade judicial e construção principiológica. A presente relação é de suma importância para o Estado Democrático de Direito, uma vez que a aplicação inadequada dos princípios faz com que estes sejam considerados álibis, para que o julgador possa decidir de acordo com suas experiências.

Assim, é possível antecipar que a jurisdição constitucional brasileira se utiliza dos princípios, em diversas situações, de forma contrária à técnica hermenêutica construída a partir da filosofia *no* direito, que propõe uma teoria da decisão. As equivocadas recepções experimentadas pela Corte Constitucional estimulam o ativismo, no interior do qual cada juiz decide como mais lhe aprouver. Razão pela qual, os princípios passam a constituir um procedimento de validação para que o julgador integre as lacunas do sistema de acordo com sua subjetividade, em desrespeito ao direito fundamental do cidadão em obter respostas corretas, ou seja, adequadas à Constituição.

Diante disso, é possível afirmar que o Brasil assiste, atualmente, a um processo de densificação da jurisdição constitucional, o que faz com que o Supremo Tribunal Federal adquira a importante função de guarda da Constituição. E, diante de tão importante função, deve o órgão estar atento a determinadas premissas, tais como: a baixa constitucionalidade brasileira, o repúdio ao mencionado ativismo judicial e a construção de uma teoria do direito que possibilite uma aplicação principiológica adequada.

Por fim, é de se constatar que somente por meio da análise pormenorizada da ordem democrática, construída desde uma nova ideia acerca de princípios - com destaque para a dignidade humana - exigindo a efetivação das promessas contidas na Constituição Federal de 1988 (dirigente e compromissória), se consolida uma jurisdição atenta ao sentimento contitucional-concretizante.

1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E TEORIA DO DIREITO: ENTRE A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A CONSTRUÇÃO PRINCIPIOLÓGICA ADEQUADA

Com a conquista do Estado Democrático de Direito em nosso país e da subjacente valorização da esfera jurídica – a chamada revolução copernicana de que fala Jorge Miranda[1] – assistiu-se ao redimensionamento do papel destinado à jurisdição constitucional. Dessa maneira, objetivou-se não apenas reconstruir o sistema de direito, mas também, sobretudo, resgatar a sua força, incumbindo à mencionada jurisdição a concretização dos valores materiais positivados na Constituição Federal[2].

Segundo Lênio Streck[3]: "a noção de Estado Democrático está, pois, indissocialmente ligada à realização dos direitos fundamentais (...) aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito". Na presente perspectiva, o Estado, por meio do direito, busca efetivar o desiderato constitucional, "entendido no seu todo *dirigente-valorativo-principiológico*".

A prova cabal se encontra no próprio artigo 1º da Constituição Federal ao estabelecer que o Brasil se constitui como Estado Democrático de Direito. Para Oscar Vilhena Vieira[4] a conciliação das concepções políticas mencionadas não se opera sem ambiguidades, uma vez que democracia, em seu significado meramente *procedimental*, pode ser definida como governo da maioria, enquanto Estado de Direito pode ser definido, em seu sentido *substantivo*, como governo das leis, não apenas no sentido de leis positivas, mas de leis justas.

A harmonização do presente antagonismo fornece sentido ao *Constitucionalismo Contemporâneo*. No século XIX a dificuldade em fundamentar a existência de direitos transcendentes causou uma crise dentro da concepção jusnaturalista de Estado de Direito, enquanto no século XX – e que desafortunadamente estão a ameaçar esse século XXI - os totalitarismos demonstraram a incapacidade do direito heterônomo em preservar os direitos essenciais da pessoa humana. De acordo com o exposto, é de

[1] MIRANDA, Jorge *apud* STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 149.
[2] STRECK, Lênio. Op. cit., p. 147.
[3] STRECK, Lênio. Op. cit., p. 148.
[4] VIEIRA, Oscar. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 24.

Norberto Bobbio[5] a afirmação segundo a qual seria mais importante tutelar os direitos, do que perquirir sua natureza. Daí se extrai a importância da jurisdição constitucional no equacionamento da presente tensão, e na consequente tutela dos valores e princípios constitucionais.

A fim de cumprir as promessas da modernidade (igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais), consubstanciadas por meio de valores substantivos, foi confiada à jurisdição constitucional a guarda da vontade geral, materializada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana.

Importante destacar a diferenciação feita por Streck[6], em relação às teses existentes dentro do constitucionalismo moderno, que visam determinar os limites de atuação da jurisdição constitucional. O referido autor classifica em posturas *procedimentalistas* e em posturas *substancialistas*.

A tese procedimentalista possui em seu bojo o perigo do ativismo judicial, que decorre da excessiva politização da justiça, observada no período pós-guerra, transformando-a em instância privilegiada de correção dos rumos do ordenamento jurídico e de concretização dos direitos fundamentais. Para a referida tese, a Constituição Federal deve ser "procedimentalizada", restringindo-se, desta maneira, à previsão dos "procedimentos que estabeleçam os meios e as garantias para a adoção de decisões coletivas[7]".

Diante do exposto, Habermas propõe, de acordo com Streck, que:

> O Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito, e, desta forma, não deve ser o guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais[8].

O que pode se extrair do pensamento de Habermas é que a jurisdição constitucional não deveria se ocupar de um dos principais objetivos perquiridos pelo Estado Democrático de Direito, qual seja, a concretização dos valores substanciais. O procedimentalismo proposto limitaria a atividade judicante da Corte Constitucional,

[5] BOBBIO, Norberto *apud* VIEIRA, Oscar. Op. cit., p. 57.
[6] STRECK, Lênio. Op. cit., capítulo IV.
[7] STRECK, Lênio. Op. cit., capítulo IV.
[8] HABERBAS, Jurgen *apud* STRECK, Lênio. Op. cit., p. 160.

mas não um possível ativismo, que buscaria na indeterminação do fenômeno jurídico a fundamentação de suas decisões.

Diante da discussão, Lênio Streck não se filia a presente tese procedimentalista, filiando-se, apenas em parte, ao modelo substancialista. O autor entende que a Constituição não comporta, apenas, os meios de condução das deliberações jurídico-políticas pelos cidadãos, mas engloba também os fins. Defende que o Poder Judiciário assume o papel de intérprete habilitado a evidenciar os valores e os princípios permanentes da cultura e da origem dos textos constitucionais.

Dessa forma, em países com baixa constitucionalidade, como é o caso do Brasil, a Constituição não deve, apenas, estabelecer a estrutura básica do Estado, os procedimentos governamentais e os princípios sociais relevantes. É preciso, sim, ter um papel transformador da realidade, cabendo ao direito reconhecer a obrigação assumida e materializada na Constituição, qual seja, a da concretização e consolidação de um Estado Democrático de Direito.

De tal sorte, a jurisdição constitucional está encarregada de zelar pela *aplicação* correta das normas constitucionais dentro dos sistemas democráticos, a fim de *concretizar* o sistema jurídico, sem, no entanto, realizar atravessamentos hermenêuticos sob a égide de um ativismo judicial irracional, desatento, pois, à coerência e à integridade do sistema.

Dentro da presente perspectiva, a fim de contingenciar o mencionado atravessamento hermenêutico, surge uma *teoria do direito*, que busca evitar o chamado protagonismo judicial e suas consequências, às vezes perversas, ao sistema de direito. Não se pode olvidar, motivo pelo qual reitera-se, que o Brasil assiste a uma baixa constitucionalidade de seu ordenamento, mas tal fato não pode ser considerado fundamento para decisionismos e voluntarismos baseados em discursos com pretensão corretiva. E, dessa maneira, a teoria, ao preocupar-se com a correta aplicação normativa, cria um dever de sua aplicação à Corte Constitucional.

Diante da *teoria do direito*, os princípios adquirem importância (para o bem e para o mal, diga-se de passagem) indiscutível para a jurisdição constitucional inserida no *Constitucionalismo Contemporâneo*, uma vez que este propõe um redimensionamento do cotidiano político-jurídico. Na presente ordem de ideias, o

Constitucionalismo Contemporâneo desdobra-se em dois níveis distintos. De um lado tem-se a teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito. De outro lado tem-se a *teoria da norma*, na qual três premissas necessitam ser destacadas: a supremacia da lei não subsiste diante da onipresença constitucional; os princípios adquirem força normativa e a necessidade de elaboração de uma *teoria da interpretação*, gerando uma verdadeira blindagem a discricionariedades.

A falta de uma teoria da interpretação forte faz com que, no Brasil, discricionariedade e princípios caminhem conjuntamente, sendo os últimos considerados álibis para que o julgador possa decidir de acordo com suas experiências. Assim, na chamada *zona de incerteza* o imaginário do aplicador do direito encontra vasto terreno para exercitar sua criatividade. Em muitas das vezes o intérprete busca os princípios que funcionam, segundo Streck[9], como verdadeiros enunciados performativos com pretensões corretivas, esvaziando, inclusive, a própria Constituição.

Cumpre destacar que é permitido, hermeneuticamente, deixar de aplicar uma regra em face de um princípio (até porque possuem força normativa), sem que isso configure em discricionariedade. Com amparo na teoria do direito, não é possível reconhecer um princípio como um *standard* teórico ou um enunciado performativo, como dito acima. A aplicação principiológica exige regras de utilização, uma vez que acarreta um compromisso da comunidade jurídica, ou seja, os casos similares deverão ser decididos de forma, também, similar, em respeito à integridade e à coerência do sistema. Com isso, exige-se a construção de um sentido adequado ao princípio que se quer utilizar, para que este não se configure em "álibi para aplicações *ad hoc*[10]".

O mesmo ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana, diante de seu imenso grau de abstração. Cumpre informar, que tal princípio vem sendo utilizado para justificar decisões como um verdadeiro enunciado performativo, em total desrespeito ao artigo 93, IX da Constituição Federal, que exige do julgador, não apenas a fundamentação de sua decisão, mas sim a fundamentação adequada à Constituição, o que representa um direito fundamental do cidadão.

[9] STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.
[10] STRECK, Lênio. *Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?* Disponível em: WWW.univali.br/periodicos, acesso em Agosto de 2011.

A fim de construir o sentido adequado a um determinado princípio, torna-se necessária a exploração do *elemento hermenêutico* inerente à experiência jurídica, enfrentando o espaço de discricionariedade do juiz e o que isso interfere no direito produzido democraticamente. Com isso, é possível resgatar o mundo prático *no* e *do* direito, afastando-se da discricionariedade da *textura aberta* de Hart e do espaço de conformação do julgador dentro da *moldura da norma* de Kelsen, o que significa elevar a interpretação como elemento mais importante de aplicação do direito[11].

Nessa perspectiva exsurge uma formulação necessária: o espaço antes destinado à discricionariedade deverá ser preenchido pela instituição dos princípios constitucionais, dentro do chamado elemento hermenêutico. Daí, enquanto autores como Herbert Hart e Hans Kelsen[12] relegam ao segundo plano as questões práticas envolvendo a decisão judicial, os princípios resgatam o mundo prático esquecido. No entanto, necessário se faz o registro no sentido de que a herança relativa ao pensamento decisionista kelseniano não está de todo superada em nossos dias; da mesma forma que a discricionariedade hartiana vem sendo, em alguma medida, retomada com adequações racionais que pretendem dar conta ao problema de uma pós-metódica.

Lênio Streck filia-se à *tese da descontinuidade*, pela qual os princípios constitucionais instituem o mundo prático no direito. E aí que se cria um dever ao juiz, em não julgar de acordo com sua consciência, mas sim de forma correta, ou seja, adequada à Constituição. Dessa forma, os princípios constitucionais além de institucionalizarem o mundo prático, "destroem os dualismos presentes em tradições anteriores e instauram um novo modo de pensar o significado do termo princípio. Trata-se da relação entre princípios-moral-decisão (...) [13]". Cumpre mencionar, à guisa de distinção, que a *tese da continuidade* trata de forma equivocada a questão do *non liquet*, ao autorizar que o juiz possa decidir da forma que desejar.

[11] Para Rafael Tomaz de Oliveira nos chamados casos difíceis (quando há um conflito entre princípios na acepção de Alexy) estamos diante da "textura aberta" de Hart ou da "moldura da norma" de Kelsen, ambas as teorias semânticas, como é a de Alexy. Para Streck esse semânticismo é fatalista, porque delega ao sujeito da modernidade, signo de uma subjetividade solipsista, o poder discricionário de resolver a demanda.

[12] Vide KELSEN, H. A Ilusão da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000 e HART, Herbert L.A. O Conceito de Direito. Trad. A. Ribeiro Mendes, 5. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

[13] STRECK, Lênio. Op. cit., p. 544.

Rafael Tomaz de Oliveira[14] em sua obra "Decisão Judicial e o Conceito de Princípio" traz o debate estabelecido entre Robert Alexy e Ronald Dworkin, acerca da relação discricionariedade/princípios. Enquanto o primeiro resolve a questão da discricionariedade através do conceito de *mandados de otimização*, o segundo apresenta a tese da única resposta correta. Tal se dá porque a discricionariedade é um problema importante para o segundo autor e o mesmo não se dá em relação ao primeiro[15].

Robert Alexy, quando desenvolve a ponderação enquanto um método para a aplicação dos princípios tem como pressuposto a questão de uma inexorabilidade do juízo discricional, buscando tão somente racionalizá-lo. Por seu turno, Ronald Dworkin se posiciona em sentido contrário à discricionariedade e desenvolverá toda uma concepção acadêmica nesse sentido. Razão pela qual, entre Dworkin e Alexy, percebe-se uma tendência no sentido do afastamento em lugar de uma aproximação, especialmente, quanto à temática da discricionariedade.

Rafael Tomaz analisa a fundamentação proposta pelos autores citados, o que, por fim, determina a concepção dos princípios como cláusulas de abertura ou de fechamento interpretativo, dependendo da tese escolhida pelo intérprete.

Para a jurisdição constitucional brasileira, os princípios constituem metarregras, sendo determinados, muitas vezes, de forma tautológica, no afã de justificar como correta qualquer resposta, e, assim, o ativismo judicial ganha embasamento dentro do sistema de direito. O *empolamento*[16] dos princípios deve-se ao fato de que estes, segundo a Corte Constitucional, decorreriam de uma abertura interpretativa, o que se extrai de uma leitura precipitada da tese de Dworkin.

O panpricipiologismo, decorrente da pressuposta abertura interpretativa, assistido atualmente no Brasil, consiste na proliferação de princípios, que acaba por

[14] OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 20.

[15] Justo apontar que o proceder discricionário do juiz é também admitido por outros não menos importantes adeptos da teoria, como Prieto Sanchis e Manuel Atienza – a partir de diversos aspectos explícitos e implícitos. Vide: PRIETO, Sanchís. Ley, Princípios, Derechos. Madri: Dykinson, 1998.p.62 e p 63, respectivamente.

[16] A expressão é de Oliveira Ascensão, ao criticar a proliferação de direitos fundamentais de natureza "duvidosa", o que cabe perfeitamente à tese defendida pelo presente trabalho em relação ao fenômeno do panpricipiologismo assistido em *terrae brasilis* (ASCENSÃO, Oliveira. Monografia: *Os Direitos de Personalidade no Código Civil Brasileiro*, p. 14).

reduzir as conquistas da Constituição decorrentes do *caldo cultural*[17] experimentado no país quando de sua promulgação. A contenção da criatividade principiológica acaba por racionalizar a atividade judicante, uma vez que a teoria do direito exige a formulação de uma técnica hermenêutica que viabilize à coerência e integridade do sistema, e, de outra sorte, que inviabilize a discricionariedade judicial.

O que se defende não é a ausência da força integrativa dos princípios, mas sim a correta apropriação das condições pelas quais se fornece sentido ao ato interpretativo-aplicativo, a partir de uma construção principiológica adequada. Assim, reconhece-se a importância dos princípios na busca de soluções jurídicas ajustadas à Constituição, dentro do mundo prático no direito.

2. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO: A DIGNIDADE HUMANA COMO EXEMPLO

É possível reconhecer que o direito constitucional sofreu grandes mudanças, desde o fim da Segunda Grande Guerra, em consequência da transformação de paradigma: o homem passou a ser considerado, nas palavras de Adriano de Cupis[18], como o centro do universo jurídico, através da tutela da dignidade da pessoa humana no novel Estado Democrático de Direito.

Atualmente, pode-se afirmar que a hermenêutica que mais contribui para a efetividade constitucional é aquela em que se privilegia e potencializa a força normativa de seus princípios fundamentais, dentre eles, com força deontológica predominante, está o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o período pós-guerra demandou um resgate ao fundamento ético da experiência jurídica, sendo a dignidade humana o substrato fundamental do sistema de direito, tanto na perspectiva de interpretação constitucional, como em sua aplicação aos casos concretos submetidos aos órgãos julgadores, a fim de concretizar o fenômeno jurídico.

[17] STRECK, Lênio. Op. cit., p. 548.
[18] BIANCA, Massimo. *Il diritto ala riservatezza, in Valore dela persona e guistizia contratuale, scritti in onore di* Adriano de Cupis. Milão: Doot.A.Giuffré, 2005, p.38.

Konrad Hesse propôs a noção de concretização das normas constitucionais, interligando-a ao processo de interpretação (*Konkretizierung*). Para Hesse, a concretização não é igual à interpretação do texto da norma, entendido como o seu enunciado, mas sim a construção de uma verdadeira norma jurídica. Na acepção proposta, surge a dupla estrutura da linguagem em que o primeiro momento será o da compreensão, e o segundo será aquele em que o intérprete se depara com a questão de um modo prático no mundo (o *acontecer* do direito nas palavras de Ernildo Stein). Assim, tanto a compreensão da norma constitucional, como a sua concretização acontecem perante problemas concretos.

Ante a *incompletude do sistema jurídico*, exige-se a construção de uma normatividade pautada não apenas em regras, mas também em princípios. Ante a *aplicabilidade prática do fenômeno jurídico*, exige-se a construção de uma normatividade pautada na concretização do arcabouço constitucional, em um processo que não está adstrito ao simples enunciado da norma (os princípios se inserem no presente conceito), mas sim ao resultado da vinculação entre o teor legislativo abstrato (*programa da norma*) e sua aplicação à realidade que se impõe (*âmbito da norma*), o que culmina em uma *norma de decisão*[19].

Em relação à normatividade principiológica de integração, Ronald Dworkin afirmou que nos casos em que houver vagueza da lei, conceitos indeterminados e conflito entre normas de igual hierarquia, a solução não pode ser proposta com base na discricionariedade judicial, e sim a partir dos princípios fundamentais elencados na Constituição, com destaque para a dignidade da pessoa humana. Porém, o conceito de princípio não se determina pelo seu grau de abstração ou generalidade, nem tampouco poderão ser considerados como aberturas axiológicas do sistema, o que fomentaria, por certo, o que a construção principiológica baseada no elemento hermenêutico tentou contornar: o ativismo judicial.

Assim, a dignidade humana não é um princípio tão somente porque guarda em seu bojo uma generalidade exacerbada, nem tampouco porque insere valores no sistema de direito. O presente atributo da condição humana deve ser considerado um princípio de aplicação irretocável, em decorrência de sua história institucional, representada por leis, por precedentes, pela Constituição e pelos princípios morais que ordenam a

[19] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 381.

comunidade de forma coerente. Não se permite, desta maneira, a utilização aleatória de tão precioso princípio pela discricionariedade do intérprete, em um contexto semântico-sintático utilizando-se do pensamento de Robert Alexy. Isso porque, para esse autor o simples resultado da ponderação não provê a solução *stricto sensu* do caso sob análise, mas aponta para uma outra norma (norma atribuída) de direito fundamental que irá possibilitar a promoção da aplicação de uma regra a se subsumir ao caso concreto.

Portanto, há uma dupla via que liga ponderação e norma de direito fundamental atribuída: esta representa o resultado da ponderação realizada entre princípios colidentes e, ao mesmo tempo, a ponderação oferece o fundamento de validade da norma de direito fundamental atribuída.

Tem-se que demarcar o esclarecimento do autor no sentido de que é o respeito a todo o procedimento de ponderação que irá conferir validade à regra que regerá o caso concreto em apreciação judicial. De tal sorte que, enquanto uma regra, a mesma será igualmente subsumida ao caso *sub judice*. Segundo Robert Alexy: "Como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem a estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido"[20].

A demarcar-se existir uma diferença fundamental e originária entre a hermenêutica filosófica contida na teoria de Ronald Dworkin e a teoria da argumentação jurídica como desenvolvida por Robert Alexy. Enquanto o primeiro autor parte do pressuposto segundo o qual os princípios colocam o mundo prático no direito promovendo um processo de fechamento da interpretação, a saber, reduzindo – ao invés de acrescer – o espaço da discricionariedade do intérprete, o segundo autor compreende os princípios – tão somente – enquanto mandados de otimização, importando na subjetividade do intérprete.

A partir de uma visão utilitarista, a fim de possibilitar uma diferenciação racional entre a aplicação de princípios e regras, dentro da teoria do direito, é possível afirmar, com base nas palavras de Rafael Tomaz de Oliveira:

> (...) que não há um princípio para cada caso. Nem apenas dois princípios em colisão como quer Alexy (...). Por isso a 'distância' entre regras e princípios não é tão grande como quer Alexy. Não há casos em que se aplicam regras e

[20] ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria dafundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008, p. 104.

> casos em que se aplicam princípios, mas, pelo contrário, em todo e qualquer caso há a compreensão e interpretação de princípios e regras[21].

Para Streck[22] a diferença ontológica que existe entre regra e princípio se manifesta através do resgate do mundo prático dentro do direito. Assim, de acordo com Dworkin, *toda decisão* deve ser fundamentada na comunidade dos princípios, uma vez que não há princípios sem regras que lhes tracem o escopo, como também não há regras sem princípios.

Em relação à normatividade principiológica de concretização, importante destacar o papel dos princípios fundamentais quanto à concretização das normas constitucionais. Assim, tais princípios, ao serem aplicados, concretizam o desiderato constitucional, a partir de uma construção normativa de aplicação inserida na teoria do direito, mas desde que utilizada de forma racional pelo Supremo Tribunal Federal - STF.

Vale apontar que em se tratando das decisões do STF, sua jurisprudência costuma promover constantemente referências expressas ao termo ponderação, mas, objetivamente revela-se assaz difícil observar quando é que se está em presença de um acórdão que demonstre terem sido realmente vencidas todas as fases do procedimento pertinente à ponderação. Por suposto, há que se demarcar como frequentes as referências aos princípios constitucionais em conflito, mas, geralmente, não se consegue encontrar um voto em que todas as fases da ponderação – tal como postas por Robert Alexy – tenham sido apontadas, ainda que de maneira indelével pelos Ministros[23].

Por fim, a normatividade concretizadora-principiológica será alcançada, evitando, desta maneira, a condenável discricionariedade judicial, a partir da reunião de alguns elementos na teoria da norma (inserida na teoria do direito proposta), tais como: a preservação da autonomia do fenômeno jurídico; o estabelecimento das condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; o respeito à integridade e à coerência do sistema de direito; o estabelecimento de que a

[21] OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Op. cit., p. 223.
[22] STRECK, Lênio *apud* OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Op. cit., p. 223.
[23] Para maiores aprofundamentos sobre o tema, o professor Lênio Streck sugere a leitura da tese de doutoramento defendida por Fausto Santos de Morais na Universidade do Vale dos Sinos - Unisinos, sob o título "Hermenêutica e Pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal".

fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; a garantia de que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e de que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.

CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho pretendeu-se visualizar, primeiramente, a grande importância da jurisdição constitucional em relação ao Estado Democrático de Direito, através da materialização de valores substantivos, que constituem promessas da modernidade inseridas no texto constitucional. Assim, a desejada concretização deverá acontecer por meio da correta aplicação dos princípios, pautada em uma teoria do direito, construída a partir de uma hermenêutica sólida, capaz de fornecer coerência e integridade ao sistema, e, por fim, alheia a decisionismos e ativismos.

De acordo com o que foi apresentado no texto, deve-se concluir que não é a criatividade do intérprete que se constitui, por si só, como inimiga da autonomia do direito e da democracia, mas também, e principalmente, as condições pelas quais se dá a *atribuição de sentido ao ato interpretativo-aplicativo*, e a conseqüente construção principiológica correlata.

O que ocorre no Brasil, atualmente, é uma compreensão inadequada, tanto do papel da jurisdição constitucional, como da amplitude principiológica possível. Assim, não se deve incorporar aos princípios uma função corretiva por parte da jurisdição constitucional, sob o argumento da baixa constitucionalidade brasileira. Pelo contrário, importante se faz o redimensionamento dos limites da citada função, em respeito à autonomia conquistada pelo fenômeno jurídico, dentro de um processo democrático legislativo e da concepção de fechamento interpretativo do sistema.

Os princípios não podem ser aplicados, desta forma, para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais, sob pena de retorno a uma irracionalidade decorrente do artificialismo, proposto por alguns, em escapar do positivismo. Com isso, é possível afirmar que não há espaço para a utilização discricionária dos princípios,

necessitando para sua adequada utilização de uma construção normativa de aplicação, inserida na teoria do direito.

Em relação à *dignidade humana*, que serviu como exemplo na presente pesquisa, é possível constatar que não se pode aplicar de forma aleatória tão importante princípio. A dignidade humana não pode servir de enunciado performático para a discricionariedade do julgador, uma vez que no Estado Democrático de Direito exige-se, deste último, não apenas a fundamentação de sua decisão, mas sim a fundamentação adequada à Constituição, mesmo que, no *atacado*, aquela acabe sendo acertada.

Por fim, pode-se afirmar que a grande conquista do século XX foi a obtenção de um direito apto a transformar as relações travadas socialmente, por meio da conquista de sua autonomia. É, pois, um retrocesso reforçar formas de exercício de poder, que possibilitem uma atribuição de sentidos sob a lógica discricionária, que além de conduzir a arbitrariedades, tem o condão de validar o procedimento. Assim, o presente trabalho teve como finalidade a apresentação de instrumentos, a fim de contingenciar a apontada discricionariedade, a partir de uma *construção principiológica*, que corretamente aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, terá a possibilidade de *proteger e concretizar o direito*.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria dafundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Os Direitos de Personalidade no Código Civil Brasileiro*. Mimeo.

BIANCA, Massimo. *Il diritto ala riservatezza, in Valore dela persona e guistizia contratuale, scritti in onore di* Adriano de Cupis. Milão: Doot.A.Giuffré, 2005.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HABERMAS, Jurguen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L.A. O Conceito de Direito. Trad. A. Ribeiro Mendes, 5. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, H. A Ilusão da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PRIETO, Sanchís. Ley, Princípios, Derechos. Madri: Dykinson, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?* Disponível em: WWW.univali.br/periodicos, acesso em Agosto de 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.