

ANÁLISE TEÓRICO-CONCEITUAL DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO POSSÍVEL CONTRAPESO À FUNDAMENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA ABUSIVA NAS DECISÕES JURÍDICAS

ANÁLISIS TEORICA Y CONCEPTUAL DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS COMO POSIBLE CONTRAPESO A LOS FUNDAMENTOS PRINCIPIOLOGICOS ABUSIVOS EN LAS DECISIONES JURÍDICAS

Vitor Sousa Bizerril

Larissa Freitas Ribeiro

RESUMO

Tendo em vista o uso recorrente, senão abusivo de princípios nas decisões jurídicas, vislumbra-se não apenas a utilização destes como artifício retórico nas fundamentações, ensejando, assim, julgamentos de caráter subjetivista e particularistas transvestidos de argumentação jurídica, como também a incoerência sincrética metodológica nas motivações principiologicamente fundamentadas, possuindo tais inferências lastro nos ensinamentos de Lenio Streck, Hans Kelsen e Marcelo Neves. Em seguida, os construtos teórico-conceituais dos princípios jurídicos elaborados por Virgílio Afonso da Silva e Humberto Ávila serão examinados e confrontados, trazendo-se à baila, outrossim, as considerações destes não somente acerca da utilização desmedida do uso de princípios nas decisões jurídicas, como também sobre formas de restringir ou eliminar o voluntarismo-solipsista do juiz/intérprete.

Palavras-chave: Conceito de Princípio; Decisão Jurídica; Pamprincipiologismo; Sincretismo Metodológico; Voluntarismo-Solipsista.

RESUMEN

Dado el uso recurrente, si no el abuso de los principios en decisiones legales, se ve no sólo el uso de éstos como recurso retórico en fundamentos, acarreado sentencias de caracter subjetivista y particularista transmudados carácter de razonamiento jurídico, así como la inconsistencia sincrética metodológica en las motivaciones “principiologicamente” fundadas, teniendo este tipo de inferencias base en las enseñanzas de Lenio Streck, Hans Kelsen y Marcelo Neves. A continuación, los constructos teóricos y conceptuales de los principios jurídicos desarrollados por Virgilio Afonso da Silva y Humberto Ávila se examinarán y se enfrentarán, presentando, así, as consideraciones de estos autores no sólo sobre el uso desenfrenado de la utilización de los principios en las decisiones legales, pero también sobre los medios para restringir o eliminar el voluntarismo solipsista del juez /intérprete.

Palabras-claves: Concepto de Principio; Decisión Jurídica; Pamprincipiologismo; Sincretismo Metodológico; Voluntarismo-Solpsista.

1. INTRODUÇÃO

O interesse, quiçá admiração da doutrina jurídica brasileira pelas normas-princípio, ou simplesmente princípio, transpôs a seara acadêmica e esprou-se pela prática forense, servindo de fundamentação precípua para as mais diversas e variadas peças jurídicas: de petições ou pareceres a decisões judiciais.

Tal utilização de princípios, por si só, não acarreta prejuízos aos jurisdicionados ou à sociedade, mas, ao revés, pode trazer-lhes benefícios ao se tornar um instrumento que busca compatibilizar ou aproximar o direito de seu contexto social, proporcionando uma espécie de “flexibilidade adaptativa” à comum rigidez das normas-regra, outorgando maior vigor à argumentação jurídica que busca razões de cunho principiológico, notadamente, na Constituição.

Ante as decisões jurídicas hodiernas, infere-se que o uso de princípios, contudo, trasmuda-se em “abuso” principiológico. A recorrência ao uso de princípios aparenta não um fundamento complementar e/ou robustecedor, mas se mostra como um elemento supostamente “imprescindível” para argumentação jurídica. Esta “necessidade” em se argumentar principiológicamente, acaba por descambar, então, em uma banalização do uso dos princípios, o que, em diversas situações, torna as decisões jurídicas, argumentativa e juridicamente, quebradiças, do ponto de vista da decisão-em-si considerada, e incoerentes, quando cotejada com as demais decisões judiciais concernentes à matérias idênticas ou análogas.

Sob esta perspectiva, buscar-se-á analisar no que consiste e quais as principais consequências da utilização desmesurada de princípios como fundamentos de decisões judiciais no Brasil, haja vista este proceder decisional poder acarretar práticas voluntaristas, de caráter eminentemente subjetivo e arbitrário, o que se mostra incompatível com o Estado Democrático de Direito. Expor-se-á, por fim, algumas propostas conceituais de princípios elaboradas por doutrinadores brasileiros, que, com o fito de “filtrar” ou “lapidar” a afluência de teorias principiológicas, na maioria das vezes, incompatíveis entre si, criticam a propagação e o uso desmedido de princípios.

2. DO PAMPRINCIPIOLOGISMO AO VOLUNTARISMO-SOLIPSISTA DO INTÉRPRETE/JUIZ

Segundo lição de Lenio Streck (2011, p. 538), tornou-se quase impossível identificar o “status” ou “DNA” dos princípios, haja vista a proliferação haver atingido grau tão elevado que se mostra árduo e dificultoso averiguar se dado princípio possui caráter constitucional, infraconstitucional ou se se apresenta como na vetusta acepção de “princípio geral do direito”.

Streck (2011, p. 538), então, obtempera que essa multiplicação desenfreada de princípios pode ocasionar o “enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição)”, tendo em vista que muitos desses ditos “princípios” são transmutados em artifícios discursivos com pretensões de correção, podendo, em máxima medida, virem a se tornar um alibi para decisões que rompem os próprios limites semânticos do texto constitucional.

Lenio Streck (2013, p. 300) denomina este fenômeno de “*pamprincipiologismo*”, momento em que “positivaram-se os valores”, considerando o parâmetro do Estado Democrático de Direito como uma espécie de “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, de onde, supostamente, seria possível extrair tantos “princípios” quanto fossem necessários para dirimir casos difíceis ou “retificar” as incertezas da linguagem. Exemplificativamente, Streck (2013, p.301-302) cita o princípio da cooperação processual, princípio da simetria, princípio da não surpresa, princípio da confiança, princípio da afetividade, princípio do fato consumado, princípio da instrumentalidade processual, princípio da confiança no juiz da causa, dentre vários outros “princípios” que foram criados pela literatura jurídica

Esses enunciados principiológicos, para Streck (2011, p.539), se apresentam como *para-regras*, sendo possível que, ao utilizá-los, qualquer resposta seja correta, pois sempre haverá um enunciado desse jaez, como que construído do nada, do grau zero de significado, passível de aplicação no caso concreto. Com efeito, Streck (2011, p.539) passa a examinar as consequências desse “*pamprincipiologismo*” nas decisões judiciais:

Em tempos de ‘densa principilogia’ e ‘textura aberta’, tudo isso propicia a que se dê um novo *status* ao velho *non liquet*. Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto ‘programa normativo-vinculante’, mas, sim, em um conjunto de enunciados criados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*), que, travestidos de princípios,

constituem uma espécie de ‘supraconstitucionalidade’. Agregue-se a tudo isso a relevante circunstância de que muitos dos princípios gerais do direito – que teriam sido ‘constitucionalizados’ – são incompatíveis com a Constituição. (grifos do autor)

Percebe-se, desta feita, a liberdade conferida ao juiz/intérprete para escolher, senão criar alternativas para fundamentar suas decisões. Tal liberdade de escolha pelos juízes tem sido denominada usualmente pela literatura jurídica como discricionariedade. Tendo em vista o escopo do presente trabalho e a vastidão teórica acerca do tema da discricionariedade, buscar-se-á, entretanto, analisar tão somente, e, ainda assim, de forma perfunctória, a relação entre a discricionariedade e o voluntarismo kelseniano.

Kelsen parte do pressuposto que interpretação é a “fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar”, razão pela qual infere que a consequência de uma interpretação jurídica é, a bem da verdade, a “fixação da moldura que representa o Direito a interpretar” e, por conseguinte, a ciência das diversas possibilidades que existem dentro dessa moldura. Com efeito, Kelsen (2003, p.390) ressalta que a interpretação de uma lei não deve obrigatoriamente conduzir a uma única solução como sendo a correta, mas possivelmente a várias soluções de igual valor.

Kelsen (2003, p.391) então afirma que uma sentença judicial fundada na lei é como dizer que a sentença se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa, isto é, não implica que a sentença seja *a* norma individual, mas tão somente que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Quando da aplicação do Direito por um órgão jurídico, segundo a teoria de Kelsen (2003, p.394), há uma aglutinação da interpretação cognoscitiva, alcançada por meio de uma operação de conhecimento, com um ato de vontade, ocasião em que o referido órgão aplicador do Direito escolhe dentre as possibilidades extraídas através da interpretação cognoscitiva. Este ato de vontade, próprio da interpretação jurídica realizada por um órgão judicial, diferencia-se de todas as outras espécies de interpretação, notadamente da interpretação realizada pela ciência jurídica, porquanto a interpretação operada pelo órgão aplicador do Direito ser sempre autêntica, criando Direito.

Ademais, Kelsen (2003, p.394) ressalta que, por meio da interpretação autêntica, ou seja, por meio da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico incumbido de aplicá-la, não apenas se realiza uma das possibilidades extraídas pela interpretação

cognoscitiva da referida norma, como também é possível produzir uma norma que se encontre totalmente fora da moldura que a norma a aplicar representa.

Kelsen (2003, p. 395-396), ao facultar a possibilidade do intérprete/juiz romper com os limites interpretativos-normativos da moldura, reputa a decisão do órgão jurídico competente como alheia ao rigor jurídico-científico da ciência pura do Direito por ele propugnada, possuindo a decisão, na verdade, caráter jurídico-político, não sendo função da ciência jurídica, deste modo, propor métodos de controle ou “correção” das decisões judiciais. Em decorrência desta compreensão teórica de liberdade aparentemente absoluta do juiz/intérprete quando da interpretação do texto, carente de qualquer limite ou regulação, emerge a acepção de cunho voluntarista e subjetivista, o que pode ensejar interpretações que ignorem inclusive o conteúdo mínimo estrutural do texto jurídico.¹

Consoante Streck, há de se considerar que o intérprete sempre atribui sentido ao texto, embora, ressalte-se, o ato interpretativo não o autorize a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos arbitrariamente aos textos, como se norma e texto existissem autonomamente, sob pena de se tornar um sujeito *solipsista*, que interpreta, fundamenta e decide, conforme sua consciência, crendo, assim, que o conhecimento se funda em estados empíricos interiores e pessoais.²

Empós breves apontamentos sobre o voluntarismo kelseniano e o conceito de sujeito solipsista citado por Streck, sobressai a correlação entre o uso abusivo de princípios e a decisão jurídica “ilimitada” e “imprevisível”, pois produto do “entendimento pessoal” ou da “livre consciência” do juiz sobre o sentido da lei. O recurso ao argumento principiológico passa, então, a se tornar um instrumento utilizado pelo aplicador para adentrar uma zona de penumbra, onde os limites jurídicos não o atingem e não condicionam o seu proceder, servindo, assim, para legitimar ou juridicizar opiniões pessoais e juízos morais.

¹ Cf. Neste sentido, STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3.ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.307.

² Cf. Para análises mais aprofundadas, STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3.ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.304-305; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 20.

Com efeito, vislumbra-se que o desmesurado uso de princípios, cognominado “*pamprincipiologismo*” por Lenio Streck, se não fomenta ou catalisa a discricionariedade-voluntarista do juiz/intérprete, ao menos dilata sobremaneira as possibilidades de interpretação, oportunizando ao aplicador interpretar não em conformidade, mas para além da norma jurídica, como se lhe fosse facultado interpretar *apesar* do texto, ou seja, o elemento textual, antes objeto precípua do ato interpretativo, passa a assumir condição inferior, “acessória”, quicá supérflua, sendo ora obliquamente invocado, ora (in)conscientemente olvidado.

Para Marcelo Neves (2013, p. XVII – XVIII), não obstante os princípios proporcionem uma flexibilização do sistema jurídico, estimulando a produção de argumentos hábeis a solucionar casos satisfatoriamente e servindo à legitimação procedimental através da absorção do dissenso, “os princípios, por si sós, não solucionam os casos a que se pretende aplica-los”, pois a “solução de casos jurídicos, no Estado de direito, depende de regras”. Neves (2013, p. XX) infere, portanto, que a hodierna superestima dos princípios em prejuízo das regras torna elevadíssimo o grau de incerteza, podendo acarretar em uma insegurança incontrolável que enseje não apenas a quebra de consistência do sistema jurídico, como também a aniquilação de suas fronteiras operativas. Desta forma, Marcelo Neves (2013, p.190-191) sintetiza sua análise crítica sobre princípios:

Os princípios, ao contrário, como estrutura de reflexividade, que nunca, em si mesmo, alcança definitividade, podem mais facilmente ser articulados para encobrir soluções que minam a consistência da ordem jurídica a favor de interesses particularistas que pressionam a solução do caso. Ou seja, os princípios são mais apropriados a abusos no processo de concretização, pois eles estão vinculados primariamente ao momento de abertura cognitiva do direito. Quando funciona em um Estado constitucional rigorosamente consistente (autorreferente), eles desempenham um papel fundamental para adequar o direito à sociedade (heterorreferência). Entretanto, se o contexto social e a respectiva prática jurídica são fortemente marcados pelas ilegalidades e inconstitucionalidades sistematicamente praticadas pelos agente públicos, uma doutrina principialista pode ser fator e, ao mesmo tempo, reflexo de abuso dos princípios na prática jurídica.

Ainda nesta toada, Neves (2013, p. 191) alude que, em virtude do fascínio pelos princípios e da suposta superioridade destes em relação às regras, subjaz a compreensão de que as regras constitucionais completas podem ser relegadas quando da utilização de princípios constitucionais, visto que as decisões neles fundamentadas são inerentemente justas. Ocorre que, em uma sociedade complexa com inúmeras e distintas compreensões de princípios, a desconsideração de regras a cada invocação retórica de um princípio em

nome da justiça possibilita a preservação de interesses particulares e concretos, em prejuízo da força normativa da Constituição.

Se o recurso aos princípios constitucionais para afastar regras constitucionais pudesse sempre ser usado em nome da justiça, haveria, para Neves (2013, p. 192), “um modelo em que o critério direto e definitivo seria sempre afastável *ad hoc* pelo critério mediato de solução do caso”, o que acarretaria em uma ordem jurídica inconsistente alicerçada em um substantivismo principiológico.

Sob a perspectiva de Lenio Streck (2013, p.335-338), restariam ausentes, nesses casos, a integridade e a coerência do direito, elementos imprescindíveis para uma decisão judicial. Por um lado, a integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes edifiquem seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito; e, por outro, a coerência impõe que os mesmos princípios que foram aplicados em uma decisão, sejam aplicados, da mesma maneira, em casos idênticos.

Pode-se inferir, destarte, que a utilização de princípios, por si só, não ocasiona, tampouco amplia a possibilidade de decisões subjetivistas, solipsistas ou voluntaristas. A exacerbação no uso de fundamentos principiológicos, entretanto, pode ocasionar desvirtuamento e inconsistência da própria ordem jurídica, prejudicando os jurisdicionados e, em máxima medida, obliterando o Estado Democrático de Direito. Logo, verifica-se que o intérprete, ao invocar de forma excessiva os princípios, utiliza-os, por diversas vezes, casuisticamente, não atentando sequer para conceitos, critérios diferenciadores ou até mesmo métodos de aplicação. As normas jurídicas, sejam regras ou princípios (propriamente definidos e analisados criticamente), cedem espaço, no bojo dos fundamentos das decisões jurídicas, ao artifício retórico-argumentativo principiológico, razão porque se faz necessária a análise da identificação, dos conceitos e dos métodos de aplicação dos princípios.

3. DO SINCRETISMO METODOLÓGICO ÀS PROPOSTAS CONCEITUAIS DE PRINCÍPIO

Ao analisar a atual conjuntura de discussão teórica acerca da interpretação, Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 116) afirma que a doutrina jurídica assimila, de modo pouco crítico e refletido, os construtos teóricos alienígenas, notadamente, quando estes são oriundos da Alemanha, visto que “por razões desconhecidas, *tudo* o que é produzido

na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis”.

As debilidades na aplicação de métodos e na diferenciação de institutos jurídicos, residiriam, portanto, principalmente, no *sincretismo metodológico*, que consiste na adoção imponderada de teorias incompatíveis como se compatíveis fossem. Para Silva (2010, p. 135), a percepção do sincretismo metodológico é verificável, por exemplo, quando da análise sobre interpretação constitucional, ocasião em que métodos são apenas resumidamente explanados, não havendo qualquer inferência acerca da relação entre os diversos métodos, sua aplicabilidade e, precipuamente, acerca da compatibilidade entre eles.

Consoante Silva (2010, p. 142), a opção por um dos métodos resulta no ônus de demonstrar sua aplicabilidade e sua primazia, não havendo mais lugar para a mera exposição teórica de uma ideia básica. Em se tratando de um método, presume-se que este exista para ser aplicado, não meramente exposto, pelo que conclui que “não faz sentido que a apresentação de meras *listas* de métodos – tanto quanto a de mera *listas* de princípios – seja considerada como um objetivo no campo da interpretação constitucional”.

Tais considerações de Silva, como se percebe, dirigem-se, à primeira vista, às claudicantes propostas metodológicas, que, tanto por se reproduzirem de forma pouco ponderada e reflexiva, quanto por se exprimirem parca e resumidamente, são pouco utilizadas e quando o são, faltam-lhes alicerces teóricos sólidos hábeis a mantê-las cientificamente erguidas perante críticas contundentes, tornando ainda mais dificultosa sua aplicação. Sob outro prisma, estes apontamentos também se direcionam às frágeis conceituações de princípios, que, conforme arguido por Silva, se apresentam impropriamente em *listas*, mostrando-se imprescindível, para a edificação de uma teoria do direito consistente, que se estabeleçam critérios rígidos de análise, distinção e definição dos institutos jurídicos.

Imperioso ressaltar, todavia, que para o desenvolvimento do presente artigo serão examinados, conquanto de forma demasiado sucinta, tão somente os conceitos e o modo de aplicação dos princípios elaborados por Robert Alexy, definição esta propugnada

primacialmente na doutrina brasileira por Virgílio Afonso da Silva, e por Humberto Ávila.

Silva (2003, p.613), primeiramente, aduz que, na literatura jurídica brasileira, princípios são tradicionalmente definidos como *normas mais fundamentais do sistema*, ao passo que as regras são comumente definidas como uma concretização daqueles, pois teriam cunho mais instrumental e menos fundamental que os princípios. Ainda que passe ao largo da discussão acerca de qual definição de princípio seja mais adequada, Silva destaca que a diferenciação entre os conceitos traz consequências na compreensão e no estudo desta temática. Por exemplo, Silva afirma ser comum em trabalhos que versem sobre princípios que, em um primeiro momento, seja realizada uma distinção entre princípios e regras com base nas teorias de Dworkin e Alexy, enquanto, logo em seguida, faz-se uma tipologia dos princípios constitucionais em razão da fundamentabilidade destes no sistema. Incongruentes se apresentam, deste modo, o princípio do *nulla poena sine lege*, o princípio da legalidade, o princípio da anterioridade, entre outros, visto que estes só possuem fundamento e sentido se embasados nas teorias tradicionais, pois, se adotados os critérios formulados por Alexy, tais normas são regras, não princípios.

Em outras palavras, verifica-se o já mencionado *sincretismo metodológico*: bases teóricas distintas, que, de acordo com Silva, são incompatíveis entre si, são utilizadas, de forma imprópria, conjuntamente, para conceituar e definir princípios e regras, o que resulta em confusões teóricas tanto no que pertine à terminologia, quanto no que se refere ao momento da aplicação.

A partir de uma análise acurada e minuciosa da concepção de Robert Alexy sobre princípios, Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 611) leciona que os “princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes”, sendo esta a razão de serem também denominados “mandamentos de otimização”. Tendo em vista essa característica fundamental dos princípios, Silva (2003, p. 611) nota a possibilidade de um princípio obstar a realização de outro, sendo esta compreensão expressa pela metáfora da *colisão* entre princípios, a qual deve ser resolvida através de um sopesamento, o qual possibilita alcançar um resultado ótimo, que, em quaisquer circunstâncias, depende das variáveis ou das condições do caso concreto.

Para se obter um resultado ótimo, de acordo com Silva (2003, p. 611), torna-se necessária, em muitas situações, a limitação de um ou de ambos os princípios, motivo porque se declara que “os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes”. Ao se realçar essa nota diferenciadora, Silva (2003, p.611) afirma, com esteio na teoria de Alexy, que as regras exprimem deveres e direitos definitivos, isto é, sendo a regra válida deve esta ser realizada tal qual se encontra prescrita, enquanto os princípios possuem grau de realização variável.

Humberto Ávila (2013, p.95), contudo, afirma existir duas inconsistências nesta distinção, considerada *forte*, entre princípios e regras: uma semântica e outra sintática. A inconsistência semântica se refere à impropriedade da definição de *princípio* com base no modo final de aplicação e na forma de solução de antinomias, pois, conforme Ávila, toda norma jurídica é aplicada através de um processo de ponderação, não sendo este modo de aplicação exclusivo dos princípios, mas utilizado também para aplicação das regras.

Ávila (2013, p. 95), então, entende que há ponderação interna das regras quando a “reconstrução do conteúdo semântico da sua hipótese e finalidade que lhe é subjacente depende de um confronto entre várias razões em favor de alternativas interpretativas”, o que se exemplifica pela definição do sentido de *livro* para fins de determinação do aspecto material da regra de imunidade tributária. A ponderação externa, por sua vez, ocorre quando duas regras entram em conflito, embora não sendo necessária, para a solução deste, que haja a decretação de invalidade de uma das duas regras. Neste caso de ponderação externa, pode-se citar o exemplo da regra que prescreve a antecipação de tutela para evitar dano irreparável e da outra regra, conflitante com primeira, que veda a antecipação de tutela que provoque despesas à Fazenda Pública.

A inconsistência sintática, segundo Ávila (2013, p.96), ocorre quando autores que conceituam princípios como normas imbuídas de propriedades específicas, tais como aplicação através de ponderação e solução de conflito por meio da relativização em face de outros princípios, persistem em qualificar de “princípios” normas que não possuem estas propriedades. Com efeito, Ávila (2013, p.98) formula análise crítica acerca das correntes definições de princípio, trazendo à tona os seus efeitos para o Direito:

O tiro sai pela culatra: a pretexto de aumentar a efetividade da norma, a doutrina denomina-a de princípio, mas, ao fazê-lo, legitima sua mais fácil flexibilização, enfraquecendo sua eficácia; com a intenção de aumentar a valoração, a doutrina qualifica determinadas normas de princípios, mas, ao fazê-lo, elimina a possibilidade de valoração das regras, apequenando-as; com a finalidade de combater o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas, ao fazê-lo sem indicar critérios minimamente objetiváveis para sua aplicação, aumenta a injustiça por meio da intensificação do decisionismo; com a intenção de difundir uma aplicação progressista e efetiva do ordenamento jurídico, a doutrina qualifica aquelas normas julgadas mais importantes como princípios, mas, ao fazê-lo com a indicação de que os princípios demandam aplicação intensamente subjetiva ou flexibilizadora em função de razões contrárias, lança bases para que o próprio conservadorismo seja legitimado.

Humberto Ávila, de forma percuciente e minuciosa, desenvolve, então, na obra intitulada *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, o conceito de princípio a partir de critérios que distinguem esta espécie normativa daquela outra norma de primeiro grau, ou seja, as regras. Tais critérios de dissociação são (i) *natureza do comportamento prescrito*; (ii) *natureza da justificação exigida*; e (iii) *medida de contribuição para decisão*.

Quanto à *natureza do comportamento prescrito*, Ávila (2013, p. 78) afirma que os “princípios são normas imediatamente finalísticas”, haja vista determinarem um *estado ideal de coisas* a ser alcançado, ao qual se faz necessário o cumprimento de indicados comportamentos para a realização deste fim (*estado de coisas*) juridicamente relevante. O *estado de coisas*, portanto, consiste, segundo Ávila, em uma situação qualificada por predicados específicos, podendo este *estado de coisas* convolar-se em *fim* quando se almeja “conseguir, gozar ou possuir as qualidades presentes naquela situação”. Ainda sob o enfoque deste critério, Ávila (2013, p. 78-79) sintetiza o exame dos princípios do seguinte modo:

Enfim, os princípios, ao estabelecerem fins a serem atingidos, exigem a promoção de um estado de coisas – bens jurídicos – que impõe condutas necessárias à sua preservação ou realização. Daí possuírem caráter deontico-teleológico: *deontico*, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões e proibições; *teleológico*, porque as obrigações, permissões e proibição decorrem dos efeitos advindos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado estado de coisas. Daí afirmar-se que os princípios são *normas-do-que-deve-ser* (*ought-to-be-norms*): seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas (*state of affairs*). (grifo nosso)

No que concerne ao critério da *natureza da justificação exigida*, Ávila (2013, p. 80-82) leciona que, ao se interpretar e se aplicar os princípios, se mostra essencial uma apreciação da correlação entre o estado de coisas reputado como fim e as consequências

resultantes da conduta tida como necessária. Deste modo, os princípios, ao determinarem a busca ou a preservação de um estado ideal de coisas, se apresentam como normas imediatamente finalísticas e mediamente de conduta, isto é, “não determinam imediatamente o objeto do comportamento, mas determinam a sua espécie”.

Sob a perspectiva do critério da *medida de contribuição para a decisão*, por outro lado, os princípios são normas *primariamente complementares e preliminarmente parciais*, visto não possuem o condão de gerar uma solução específica e determinada, mas de robustecer, juntamente com outras razões e fundamentos, a tomada de decisão. Em outras palavras, os princípios detêm qualidade essencialmente complementar, pois apenas abrangem parcialmente as principais nuances de uma tomada de decisão. De acordo com Ávila (2013, p. 84), percebe-se, a partir deste critério, a interdependência e o imbricamento entre princípios em virtude destes “estabelecerem diretrizes valorativas a serem atingidas, sem descrever, de antemão, qual o comportamento adequado a essa realização”.

Com esteio nestes referidos critérios, onde foram realçadas as notas distintivas desta espécie normativa, Ávila (2013, p.85) apresenta a seguinte proposta conceitual de princípios:

Os princípios são normas imediatamente **finalísticas**, primariamente **prospectivas** e com **pretensão de complementaridade** e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de **correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção**. (grifo nosso)

Para Ávila, contudo, a definição de princípios como normas finalísticas não se mostra suficiente, devendo-se, ademais, investiga-los, analisa-los pormenorizada e detidamente, razão porque apresenta cinco diretrizes para esse exame: (i) especificação dos fins ao máximo: quanto menos específico for o fim, menos controlável será sua realização; (ii) pesquisa de casos paradigmáticos que possam iniciar esse processo de esclarecimento das condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado pelos comportamentos necessários à sua realização; (iii) exame, nesses casos, das similaridades capazes de possibilitar a constituição de grupos de casos que girem em torno da solução de um mesmo problema central. (Nas palavras de Ávila (2013, p.100):“Enfim, é necessário abandonar a mera catalogação de casos isolados, em favor da investigação do problema jurídico nele envolvido e dos valores que devem ser

preservados para sua solução”); (iv) verificação da existência de critérios capazes de possibilitar a delimitação de quais são os bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas e de quais são os comportamentos considerados necessários à sua realização (Nos termos de Humberto Ávila (2013, p. 100):“Enfim, troca-se a busca de um ideal pela realização de um fim concretizável”); e (v) realização do percurso inverso: descobertos o estado de coisas e os comportamento necessários à sua promoção, torna-se necessária a verificação da existência de outros que deveriam ter sido decididos com base no princípio em análise.³

Deste modo, Ávila (2013, p. 101) conclui que todo o esforço despendido nesse processo tem o objetivo primordial de “superar a mera exaltação de valores em favor de uma delimitação progressiva e racionalmente sustentável de comportamentos necessários à realização dos fins postos pela Constituição Federal”.

No que concerne ao papel do intérprete/juiz e do uso de princípios por este, Marcelo Neves se utiliza da figura do juiz Iolau como metáfora, contrapondo-o ao juiz-princípio (hidraforme) e ao juiz-regra (hercúleo). Em outros termos, o juiz Iolau seria um juiz que não cede aos subjetivismos e particularismos da fundamentação principiológica, tampouco se prende rigidamente às regras, de modo que se torne dificultoso proferir decisão adequada às demandas complexas da sociedade⁴, pelo que, conquanto de forma sintética, cumpre apresentar a lição de Marcelo Neves (2013, p. 227) :

Ele compreende que, dentro da cadeia de argumentação jurídica, as regras constitucionais relacionam-se primariamente com conceitos jurídicos e com a argumentação formal. enquanto os princípios processam primariamente interesses e outras variáveis sociais, estando vinculados predominantemente à argumentação substantiva. Busca, então, um equilíbrio entre os princípios e as regras constitucionais, para assegurar a consistência jurídico-conceitual e adequação social do direito. Ele não desconhece que esse equilíbrio é sempre instável e contingente, pois implica continuamente abertura para outras possibilidades em casos futuros. Mas procura fixar critérios definitórios para reduzir o ‘valor-surpresa’ de futuras decisões.

Ante o exposto, torna-se possível inferir que a utilização eskorreita e comedida de princípios possui lastro quando precedida de uma análise teórico-conceitual, sendo possível identificar, assim, os alicerces que a sustentam. A exposição destes

³ Cf. Em uma análise mais minuciosa, ÁVILA, 2013, p.98-101.

⁴ Cf. De forma pormenorizada, NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 221-222

fundamentos, então, possibilita não apenas redargui-los ou falseá-los, no sentido popperiano, como também dificulta, senão restringe a atuação solipsista-voluntarista do intérprete/juiz. Destaca-se, outrossim, que a aplicação de princípios não deve se sobrepor à aplicação de regras, sob pena de aqueles extrapolarem sua órbita normativista, desvirtuando-os e ganhando contornos subjetivistas e particularistas, enquanto estas teriam sua carga normativa esfacelada, pois tornadas inócuas ou exiladas do ordenamento jurídico em razão de seu frequente/constante afastamento ocasionado pela invocação dos princípios.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto a profusão desenfreada de princípios, quanto a banalização no uso destes importam fundamentações decisórias inconsistentes e incoerentes, fragilizando não apenas o sistema jurídico, como também a sociedade, que fica a mercê de juízos morais e arroubos particularistas de juízes/intérpretes. A máxima do “livre convencimento do juiz/intérprete”, ao invés de proclamar e defender a autonomia do magistrado perante influências externas que possam vir a deturpar seu julgamento, passa a revestir-se de contorno diverso, significando, conforme se verifica da prática jurídica brasileira, a (quase) total independência do intérprete em relação aos enunciados legais, sendo-lhe possível, ao se utilizar livremente (e/ou exacerbadamente) de fundamentação principiológica, argumentar não conforme o texto, mas em conformidade com sua consciência, com sua subjetiva compreensão da legislação e da realidade, sendo-lhe estas razões suficientes.

A alusão à princípios, quando retoricamente articulada com o fito de conceder aparência jurídica a juízos casuístas e/ou subjetivistas, dá azo ao voluntarismo kelseniano e ao solipsismo, isto é, outorga ao órgão aplicador do direito a faculdade de julgar de forma *ad hoc*, desprendendo-se de quaisquer meios de controle legal.

Incumbe a doutrina, então, buscar eliminar, senão abreviar a vagueza e a relatividade da definição de princípio que permeia a prática jurídica, sendo necessário reexaminá-lo teoricamente, em outras palavras, o sincretismo e a inconsistência da concepção pragmática de princípio devem ser reanalisados sob uma perspectiva semântico-sintática deste conceito teórico. A fundamentação precipuamente principiológica se tornou tão recorrente, impregnando o próprio léxico jurídico, que, de

forma incongruente e paradoxal, se olvida o seu conceito teoricamente formulado, sua definição primacial, sua qualidade semântico-sintática. Tal hipertrofia da dimensão pragmática do conceito de princípio, na medida em que esfacela a dimensão semântica, enfraquece os limites normativos da decisão, concentrando-se a função jurisdicional não mais no órgão aplicador do direito, mas na pessoa do juiz/intérprete, então “aplicador consciencial do direito”.

Urge, portanto, não necessariamente reavivar ou fomentar o debate sobre princípio, pois este já se mostra bastante vivo e dilatado, mas, principalmente, dever-se-ia verticalizar, aprofundar, reanalisar e criticar os construtos teóricos já existentes. Não se propugna, todavia, a cristalização do conhecimento, mas que se examine, de forma detida e minuciosa, seus fundamentos e sua coerência, de modo que tais teorias possam vir a ser falseadas, no sentido popperiano, ou seja, em vez de amalgamá-las como se fossem compatíveis em todos os aspectos, incorrendo em um possível *sincretismo metodológico*, deve-se estudá-las, ponderada e criticamente, tornando-se possível identificar tanto inconsistências, quanto acertos (ainda que provisórios), podendo estes serem preservados ou aperfeiçoados, enquanto aquelas poderiam ser retificadas ou até extirpadas.

5. REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.) **Interpretação constitucional**. 1.ed. 3.tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 115-143.

_____. Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. n.1, 2003, p. 607-630.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3.ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.