



O PAMPRINCIPIOLOGISMO E O ENFRAQUECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

DE OLIVEIRA, Dalton Max Fernandes*.

*Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito – Centro Universitário de Guanambi – UNIFG – Ba. Pós-Graduação em Direito Processual Penal pela Universidade Estadual de Montes Claros. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor do departamento de Direito Público e Substantivo da Unimontes.

Resumo: O presente artigo visa a aferir como os princípios têm sido utilizados nas fundamentações das decisões judiciais, tendo em vista a análise do fenômeno do pamprincipiologismo desenvolvida por Lenio Streck. Esse autor, embora reconheça a relevância do papel dos princípios para a efetivação dos direitos no caso concreto, entende que a sua aplicação indiscriminada gerou o fenômeno que ele denomina pamprincipiologismo, ou seja, princípios que são desprovidos de força normativa e empregados com o fim de fundamentar decisões judiciais. A disfunção na utilização dos princípios está na ausência de critérios objetivos para determinar o seu significado e a sua abrangência, pois os princípios passaram a ser utilizados apenas para justificar uma decisão já pensada pelo julgador, mas carecedora de fundamentação, dando azo ao que a doutrina denomina quadros mentais paranoicos. Faz-se uma análise da função do juiz e tribunais quando estes se apoiam no pamprincipiologismo para decidir, incorrendo em solipsismo, arranhando os objetivos compromissários, dirigentes e democráticos da Constituição e, até mesmo, indo de encontro ao fundamento do Estado Democrático.

Palavras-chave: Pamprincipiologismo. Princípios. Constituição. Força Normativa. Estado Democrático.

Sumário: 1 Introdução 2 A Constituição e o Positivismo 2.1 Positivismo Jurídico. 2.2 Constitucionalismo Jus positivismo. 3 O Pamprincipiologismo. 4 O enfraquecimento da força normativa da constituição em face do pamprincipiologismo. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo analisar o fenômeno do Pamprincipiologismo, pesquisado pelo professor Lenio Luis Streck, tendo em vista o enfraquecimento da força normativa da constituição.

Esse tema assume relevância a partir do momento em que se verifica que os juízes, bem como os tribunais, vêm tomando decisões, no Estado Democrático de Direito, que afastam a aplicação da norma positivada pela utilização de “pseudoprincípios”, incorrendo em decisões casuísticas, solipsistas e até mesmo arbitrárias.

No contexto hermenêutico, a produção desordenada de princípios sem normatividade jurídica afeta os julgadores, propiciando uma compreensão equivocada da teoria da decisão, pois os princípios têm a função de fechamento interpretativo, e não de abertura interpretativa.

Antes de analisar o que é o pamprincipiologismo e como este atua no enfraquecimento do direito posto, é necessário analisar o que é uma constituição e o seu sentido axiológico, pois, mormente quando se tem uma constituição compromissária e dirigente, deve-se ter claro o que é um princípio e a sua função no ordenamento jurídico.

A análise que aqui se propõe divide-se em três partes. Na primeira parte, faz-se uma abordagem sobre a constituição e o positivismo. Na segunda, analisa-se o fenômeno do pamprincipiologismo, partindo, antes, de uma análise acerca dos princípios: após tecer considerações sobre a constituição, os princípios e o pamprincipiologismo, ocupa-se da discussão sobre o enfraquecimento do direito posto em face do pamprincipiologismo, ativismo, discricionariedade e arbitrariedade judicial nas decisões. E, na terceira parte, procura-se demonstrar como a utilização de pseudoprincípios pode dar azo a essa discricionariedade/arbitrariedade com o afastamento da aplicação da norma positivada.

2 A CONSTITUIÇÃO E O POSITIVISMO

A Constituição é a lei fundamental de um Estado, que legitima todo o ordenamento jurídico. Sua criação moderna foi concebida na luta contra o poder absolutista dos monarcas, sendo sua precursora a Magna Carta de 1215, quando os barões da Inglaterra obrigaram o Rei João Sem Terra a assiná-la, jurando obediência e aceitando a limitação de seus poderes. A constituição surgiu, portanto, da necessidade de garantia de direitos para os cidadãos diante dos abusos praticados pelos monarcas e também para a organização política e social dos Estados.

Segundo Dalari (1998), no século XVIII, conjugaram-se vários fatores que iriam determinar o aparecimento das Constituições e infundir-lhes as características fundamentais.

Para esse autor, o indivíduo é dotado de direitos naturais inalienáveis que devem receber a proteção do Estado e os quais devem estar inseridos na Constituição como parte da contratualização social.

O constitucionalismo moderno se desenvolveu a partir do século 18, sob a influência das revoluções burguesas e do pensamento iluminista da época. Com a ideia do antropocentrismo, surge a necessidade da proteção dos direitos e liberdades individuais. Dessa forma, o constitucionalismo no século 18 teve três grandes objetivos, a saber: a supremacia do indivíduo, a limitação do poder dos governantes e a racionalização do poder, criando, assim, as bases para o Estado democrático de direito.

Dalari assevera:

[...] os três grandes objetivos, que, conjugados, iriam resultar no constitucionalismo: a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder. Este último objetivo, atuando como que um instrumento para criação das condições que permitissem a consecução dos demais, foi claramente manifestado pelos autores que mais de perto influíram na Revolução Francesa (DALARI, 1998, p. 74).

Carvalho (2009) corrobora essa ideia afirmando que a finalidade da Constituição é a de constituir, estabilizar, racionalizar e limitar o poder e, desse modo, assegurar a liberdade

individual. A Constituição, para ser legítima, tem de representar a vontade de um povo no seu aspecto formal e material.

No seu sentido formal, tem-se a lei fundamental de um povo, ou o conjunto de regras jurídicas dotadas de máxima eficácia, concernentes à organização e ao funcionamento do Estado; já no sentido material, deve-se procurar sua própria substância, aquilo que está consagrado nela como expressão dos valores de convivência e dos fatos prováveis do povo a que ela se liga (DALARI, 1998).

Para Kelsen (1998), uma norma somente é válida se foi produzida de forma determinada por outra norma, sendo que, no topo da pirâmide kelseniana, tem-se a norma fundamental hipotética, que constitui a unidade de interconexão criadora. Com base nessa norma fundamental hipotética, os membros do povo selecionam as normas de comportamento social que consideram fundamentais.

Assim temos a Constituição como norma fundamental, precursora das demais normas, as quais criam direitos e obrigações aos cidadãos, estabelecem a composição e organização do Estado. Tem-se, portanto, a Constituição positiva.

2.1 O Positivismo Jurídico

O por positivismo jurídico e o estabelecimento prévio de uma norma por uma autoridade. Para Streck (2017), trata-se de um movimento em que o material jurídico é estabelecido por alguma autoridade humana legitimada.

Segundo Kelsen (1998), a norma que empresta ao ato o significado de ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de outra norma. Assim, o estabelecimento prévio de regras importa que a aplicação e/ou interpretação do direito deverá restringir-se aos limites impostos pela norma jurídica, no tempo e espaço, como forma de segurança jurídica nas relações humanas.

Streck afirma:

Direito é um fato social posto pela razão humana. Como veremos, esse fato posto pode ser uma lei, um julgamento, um conceito (como uma pandecta, por exemplo).

No entanto, em um segundo momento, esse Direito posto (positivo) precisa ser conservado/preservado por razões políticas e sociais (a desconfiança da burguesia francesa com os juízes do ancien régime; a unificação do Direito alemão sob o império de Bismarck; a limitação do poder dos juízes frente as imposições consuetudinárias) (STRECK, 2017, p. 160).

Dessa maneira, o positivismo jurídico apresenta-se não apenas na forma de criação do direito através da norma, mas também na conservação desse direito na medida em que limita a interpretação da norma pelos juízes. Para o referido autor, a interpretação dos juízes está “amarrada” à legislação, aos conceitos dos doutrinadores e aos precedentes.

Portanto, para o positivismo jurídico, o Direito é um fato social posto pela razão humana, e não caberia ao juiz a sua criação, mas apenas a sua interpretação diante do caso concreto, dentro de certos limites estabelecidos pela lei.

2.2 Constitucionalismo positivista

Na teoria positivista do constitucionalismo, Ferrajoli (2011) denomina-o de contitucionalismo juspositivista ou constitucionalismo garantista, que, segundo ele, possui normatividade forte, pois a maior parte do princípios constitucionais comporta-se como regra, especialmente aquelas relativas aos direitos fundamentais, e isso impõe o cumprimento de regras de proibição de lesão ou obrigações que são as garantias ao cumprimento dos direitos fundamentais. Esse autor afirma:

[...] se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías (FERRAJOLI, 2011, p. 21)¹.

¹ [...] caracteriza-se, por outro lado, por uma forte normatividade, de tipo regulativo, ou seja, pela tese de que a maioria (senão todos) dos princípios constitucionais e, em particular, dos direitos fundamentais, se comportam como regras, porque implicam a existência ou imponham a introdução de regras que consistem em proibições de dano ou obrigações de provisão, que são suas respectivas garantias.

Assim, para o autor, o constitucionalismo garantista ou positivista segue a teoria da prévia determinação, ou seja, a garantia daquilo que vem estipulado constitucionalmente como vinculante e inderrogável, inclusive em relação à forma e ao conteúdo da legislação.

Verifica-se que uma das características principais do positivismo, inclusive do constitucionalismo positivista, é o estabelecimento prévio de uma norma, criação do direito, pela autoridade competente. Assim, ao judiciário, em tese, caberia a aplicação do direito pré-determinado na legislação.

Mas, como bem esclarece Ferrajoli (2012), para que se tenha um constitucionalismo garantista, há necessidade de que a maior parte dos princípios constitucionais, em especial os princípios de direitos fundamentais, comporte-se como regra, ou seja, na criação da norma no sistema positivista, faz-se necessária a observância dos princípios, em especial dos princípios gerais do direito.

Portanto, o constitucionalismo garantista é contrário à ideia de que há uma conexão conceitual entre direito e moral, por meio da qual se exige um “mínimo ético” como condição de validade das normas jurídicas. Todavia, o constitucionalismo garantista não ignora a presença do conceito moral e político do direito, no entanto, o preenchimento de lacunas e a resolução de antinomias devem ser realizados somente pela legislação e pela jurisdição constitucional, evitando, assim, o ativismo e a discricionariedade arbitrária dos juízes.

Ferrajoli afirma:

Certamente, os juízes devem interpretar as leis à luz da constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais: derivando normas e direitos implícitos do sistema de direito estabelecidos, excluindo as interpretações que não se mostrem compatíveis com a constituição e, obviamente, aplicando diretamente as normas constitucionais em todos os casos os quais não se exigem leis de regulamentação (FERRAJOLI, 2012, p. 34).

Assim, o autor aduz que os juízes devem interpretar as leis à luz dos direitos fundamentais positivados na constituição, aplicando diretamente as normas constitucionais, para os casos em que não se exigem leis, e, em caso de lacunas, a competência deverá ser do

legislativo. No direito brasileiro, a LINDB prevê, em seu art. 4.º, que, em caso de lacuna, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

De acordo com a tese positivista de Ferrajoli (2012), com essa abertura da lei, tende a haver o enfraquecimento da norma e, conseqüentemente, do estado democrático de direito.

Fato é que mesmo os defensores do positivismo reconhecem haver lacunas no direito posto, também conhecidos como casos difíceis, em que é necessário outorgar a discricionariedade ao juiz para decidir no caso concreto, que, no âmbito do direito brasileiro, já estabelece os limites e as fontes para o exercício da discricionariedade do juiz, contexto em que será analisado o pamprincipiologismo e suas implicações na força normativa da constituição.

3 O PAMPRINCIPIOLOGISMO

O conceito de pamprincipiologismo foi desenvolvido pelo professor Lenio Luis Streck. Contudo, antes de adentrarmos no pamprincipiologismo propriamente dito, é importante fazer uma análise acerca dos princípios no ordenamento jurídico.

Para o positivismo, a regra, e só ela, era considerada norma jurídica, sendo eivada dos pressupostos de validade, coercibilidade e normatividade.

Contudo, com o advento do pós-positivismo, no pós 2.^a Guerra Mundial, Alexy e Dworkin apresentaram teorias mais alargadas de norma jurídica, que englobam as regras e os princípios.

Segundo Dworkin (2002), o que diferencia regras e princípios é a condição de reconhecimento por meio da validade e qualidade. Em outras palavras, o autor não se baseia na generalização abstrata entre eles, mas sim em um meio de um processo de aplicação das normas jurídicas.

Dessa maneira, os princípios e as regras, para o autor, são um conjunto de padrões. As regras seriam aplicadas de maneira taxativa e, portanto, a aplicação de uma regra

gera a exclusão de outra. Já os princípios possuem uma dimensão abstrata, e a aplicação de um deles não significa a exclusão de outro, uma vez que deverão ser pesados segundo os postulados de equidade e integridade.

Para Bobbio:

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

De igual modo, Alexy (2008) aponta a diferença entre regras e princípios em sua dimensão qualitativa com o mesmo critério da ponderação. Os princípios, para o referido autor, são mandados de otimização, os quais se caracterizariam pelo fato de que podem ou não ser cumpridos em diferente grau, ou seja, as regras contêm determinações no âmbito fático e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa, e não de grau.

Para Ávila, a definição de princípios como deveres de otimização faz com que eles sejam:

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

Sendo assim, o estudo da norma jurídica como gênero, da qual são espécies as regras e os princípios, ganha relevância na medida em que a função dos princípios é exercer os padrões teleológicos do sistema, através dos quais poderá ser obtido o melhor significado das regras. Em outras palavras, os princípios definem a lógica e a racionalidade do sistema

normativo, com o intuito de atribuir-lhe harmonia com a realidade, que nem sempre a interpretação gramatical da lei é capaz de alcançar.

Portanto, conclui-se que os princípios exercem três funções básicas no ordenamento jurídico: fundamentadora das demais normas (das regras), interpretativa e supletiva ou integradora. Essas funções assumem relevância a partir do momento em que os tribunais vêm tomando as decisões com base nos mais variados princípios, recaindo em casuismo e até mesmo desconfigurando o sentido da lei.

Nesse contexto, o professor Lenio Streck (2017), embora reconheça a relevância do papel dos princípios para a efetivação dos direitos no caso concreto, entende que a aplicação sem a necessária técnica dos princípios gerou o fenômeno do *pampricipiologismo*, ou seja, emprego de princípios que são desprovidos de força normativa com o fim de fundamentar decisões judiciais. A disfunção na utilização dos princípios está na ausência de critérios objetivos para determinar o seu significado e a sua abrangência, sendo que os princípios passaram a ser utilizados sem muito critério, apenas para justificar uma decisão já pensada pelo julgador, mas carecedora de fundamentação, dando azo ao que a doutrina denomina de quadros mentais paranoicos.

Segundo Lopes Jr.:

Atribuir poderes instrutórios a um juiz – em qualquer fase – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático. Ensina Cordero que tal atribuição (de poderes instrutórios) conduz ao *primato dell'ipotesi sui fatti*, gerador de *quadri mentali paranoidi*. Isso significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos (LOPES JR., 2014, p. 111-112).

Já conforme Streck:

No Brasil, a concepção de princípios como abertura interpretativa passou a representar um modelo de justificar o voluntarismo judicial a partir de um critério “jurídico” que permitiria certa liberdade aplicativa. Ocorre que, no fundo, a mera atribuição do nome “princípio” a algo apenas serviu para garantir aparência de juridicidade, constituindo um verdadeiro *álibi retórico*. O grande problema é que a comunidade jurídica passou cada vez mais lançar mão do nome “princípio” para justificar decisões discricionárias. Isso provocou uma fragmentação na aplicação judiciária, o que me levou a cunhar a expressão *pampricipiologismo* para designar

esse fenômeno, que se transformou em verdadeira fábrica de princípios. (STRECK, 2017, p. 150).

Ainda, nos termos expostos por Streck:

Em linhas gerais, o *pamprincipiologismo* é um subproduto das teorias axiológicas que redundaram naquilo que vem sendo chamado de neoconstitucionalismo e que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *pamprincipiologismo* faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional (STRECK, 2017, p. 150).

Assim, para fundamentar a decisão num ou noutro sentido, utilizam-se princípios. A doutrina cita a dignidade da pessoa humana como o expoente máximo do pamprincipiologismo.

A crítica fundamenta-se no fato de que, a despeito de utilizar a regra positivada e prescritiva, peculiar ao caso concreto, ao se permitir a utilização de princípio, estar-se-ia possibilitando um cenário jurídico de imprecisão e insegurança jurídica.

Os juristas criam “princípios”, a doutrina revela-os como uma margem de “abertura” na decisão, e os tribunais os utilizam de forma desordenada nas fundamentações de suas decisões. Isso ocorre na maioria dos países, incluído o Brasil, onde a Constituição é classificada como dirigente, compromissária e normativa. Contudo, há evidente desrespeito, inclusive na efetivação dos direitos básicos dos jurisdicionados. Por isso, a presença de um judiciário que trate e se manifeste sobre temas sociais é necessária.

Entretanto, essa efetivação dos direitos básicos por meio do judiciário deve ser feita por intermédio de um juízo democrático, que fundamente suas decisões, acolhendo e rejeitando justificadamente as razões das partes, e não por meio de arbitrariedades, ativismos e solipsismo, sob pena de afronta, inclusive, ao Estado Democrático.

4 O ENFRAQUECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO EM FACE DO PAMPRINCIPIOLOGISMO

Konrad Hesse (1991) desenvolveu a teoria da força normativa da constituição, definindo-a como a efetividade plena das normas constitucionais de um Estado. Para o autor, toda norma constitucional deve ser revestida de um mínimo de eficácia, sob pena de figurar “letra morta em papel”.

O autor afirma que:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social (HESSE, 1991, p. 7).

Infere-se, da citação acima, que a força normativa da Constituição traduz a essência da ideia neoconstitucionalista. Pois bem, a Constituição é fruto de um trabalho do Poder Constituinte Originário, que – como regra, no caso do Brasil – é a exteriorização da vontade popular, já que, no país, é adotada a democracia indireta, em que o povo escolhe seus representantes para o Poder Legislativo, e estes legislam em nome de seus representados. Assim, vê-se que a Constituição é a vontade positivada da população, através de um processo democrático que é a Assembleia Nacional Constituinte.

Contudo, tem ganhando corpo e adeptos a corrente do “Ativismo Judicial”, o qual, na definição de Ramos é:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas (RAMOS, 2010, p. 129).

Não se está a negar a necessidade de intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais e demais direitos básicos dos jurisdicionados, tendo em vista o constante desrespeito aos comandos dirigentes da Constituição. Contudo, esse ativismo judicial tem enfraquecido a força normativa da Constituição e a vontade popular, indo de encontro ao Estado Democrático, já que os julgadores solipsistas têm-se utilizado de discricionariedade, externada por pseudoprincípios, que fazem surtir efeito diverso, já que o Poder Judiciário, quando profere decisões arbitrárias, prejudica a concretização dos Direitos Sociais e básicos dos jurisdicionados.

Para Streck:

Esse ativismo demonstra também que a sua *ratio* possui uma origem solipsista, o que se torna problemático, porque a democracia e os avanços passam a depender das posições individuais dos juízes e dos tribunais. Aqui parece ficar claro a ideia de “Constituição como ordem de valores” é literalmente subsumida à teoria alexyana da colisão de princípios, sem se atentar minimamente para os pressupostos lógicos que sustentam a teoria do autor (STRECK, 2017, p. 150-151).

Dessa forma, esse ativismo judicial tem causado uma disfunção no sentido axiológico que fundamenta a utilização de princípios como mandados de otimização da norma, já que os julgadores não conseguem despir-se do solipsismo, o que implica arbitrariedade, aliás, tão comuns são expressões como “a meu sentir” nos julgados dos juízes primevos aos tribunais superiores. É fato que, para afastar a disposição de lei no caso concreto, tem-se utilizado de princípios casuístas e sem força normativa para fundamentar decisões solipsistas. Ressalta-se que aplicar a letra fria da lei não é uma apologia ao positivismo, mas, sim, respeitar a vontade popular e, conseqüentemente, a democracia.

Segundo Streck:

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses “princípios”) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da “afetividade”, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional (STRECK, 2017, p. 151).

Certamente, o espaço de um livro seria pouco para citar e definir os “pseudoprincípios” que os tribunais têm utilizado para fundamentar suas decisões. Ressalta-se

que “pseudoprincípios” foram utilizados pelo Supremo Tribunal Federal quando da discussão da possibilidade de prisão em segunda instância, no indeferimento das liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44.

Vê-se que, até fevereiro de 2016, a corrente prevalente nos Tribunais de Justiça, nos Tribunais Superiores e na Suprema Corte era de que, caso não houvesse fundamentos para a prisão preventiva, a execução da pena somente poderia ocorrer após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tendo em vista o “princípio da presunção de inocência” estampado no art. 5.º, LVII da Constituição de 1988 e, portanto, dotado de força normativa, bem como o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal.

Sem entrar no mérito da questão, observa-se que, para afastar o princípio constitucional da “presunção de inocência”, foram utilizados inúmeros pseudoprincípios que não encontram respaldo na norma constitucional.

A título de exemplo, na análise de liminar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44, o Ministro Roberto Barroso ponderou o princípio constitucional da presunção de inocência com o “pseudoprincípio” da “efetividade do sistema penal”. O referido ministro afirma:

A presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas (BRASIL, 2016, p. 1).

Por fim, para Streck :

O “pamprincipiologismo” se transformou em um caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX, a partir da tese – simplista e mistificadora – de que na “ausência” de “leis apropriadas” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo. Em tempos de “densa principiologia” e “textura aberta”, tudo isso propicia a que se dê um novo *status* ao velho *non liquet*. Isto é, os 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” (STRECK, 2017, p. 151-152).

Assim, tem-se que a utilização de “princípios” sem força normativa torna-se algo mais perigoso quando essa utilização é feita para afastar a aplicação de um princípio expressamente previsto na norma constitucional, sendo que esse solipsismo dos julgadores com a fundamentação em “pseudoprincípios” pode promover a arbitrariedade nas decisões judiciais, embora dando um aspecto de legalidade.

5 CONCLUSÃO

O positivismo jurídico, apesar de ter como escopo a segurança jurídica, apresenta como disfunção a presença de lacunas na legislação, as quais são supridas pela discricionariedade do julgador. A existência dessas lacunas na legislação é, como regra, solucionada através da utilização dos princípios de direitos fundamentais positivados na Constituição e contemplados nas leis infraconstitucionais. Os princípios, como norma jurídica, deveriam ser apenas os dotados de força normativa. Contudo, a doutrina do ativismo judicial, mascarada como maneira de “corrigir” as falhas existentes na norma positivada e buscar seu sentido de justiça, abriu espaço para o julgamento pragmático e solipsista e, como consequência, para a utilização de “pseudoprincípios” desprovidos de força normativa. A esse fato, Streck (2017) deu o nome de pamprincipiologismo, que, conforme já referido, é a utilização desordenada de “princípios” casuísticos.

Em um contexto hermenêutico, ha utilização equivocada dos princípios, tem influenciado uma aplicação equivocada da teoria da decisão, pois segundo Streck (2017) há uma compreensão equivocada da tese de que os princípios proporcionariam uma abertura interpretativa, quando, em verdade, sua função é de fechamento interpretativo.

O fenômeno do pamprincipiologismo acarreta, pois, o enfraquecimento da força normativa da Constituição e da legislação infraconstitucional, tendo em vista que o julgador tem afastado a norma positivada em prol da aplicação de “pseudoprincípios” para fundamentar as decisões judiciais já previamente tomadas. Dessa forma, o julgamento com base em “pseudoprincípios” acaba por transformar o direito brasileiro em “direito do

juizador”. Ressalta-se que a defesa da democracia não está no exegetismo ou na aplicação da letra fria da lei, mas no caráter normativo da Constituição Federal, o que é incompatível com ativismos, decisionismos e protagonismos judiciais.

Diante do desrespeito ao caráter dirigente da Constituição, evidencia –se a necessidade de um judiciário que atue buscando a efetivação dos direitos fundamentais dos jurisdicionados. Portanto, o grande desafio para o direito contemporâneo é a procura efetiva pela concretização dos direitos fundamentais, respeitando o Estado Democrático, com a participação de todos os poderes do Estado e da sociedade, porém sem protagonismos e ativismos, buscando a harmonia que deve prevalecer entre os poderes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2007. 176p.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo : Malheiros, 2016. 338p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. (trad.: Maria Celeste C. J. Santos). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. 92p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 15. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 2009. 1323p.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**; 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. 305p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; tradução e notas Nelson Boeira - São Paulo: Martins Fontes, 2002. 297p.

FERRAJOLI, Luigi: **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**, Editora Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 34, 2012. 53p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996. 34p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; (trad.: João Baptista Machado). 6. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998. 484p.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2014. 1160p.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. 333p.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. 320p.

ALKIMIM, R.W; DIAS, R.D; ALMEIDA FILHO, C.C.P
Ações previdenciárias face ao princípio da duração razoável do processo na subseção judiciária de Montes
Claros