

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
CAMPUS DE SANTO ÂNGELO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

DISSERTAÇÃO

O PAN-PRINCIPIOLOGISMO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:
O QUE PODE E O QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO PRINCÍPIO

LETÍCIA MOUSQUER RITTER

SANTO ÂNGELO (RS)
2011

LETÍCIA MOUSQUER RITTER

O PAN-PRINCIPIOLOGISMO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:
O QUE PODE E O QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO PRINCÍPIO

Dissertação de Mestrado em Direito
apresentada como requisito para obtenção do
título de Mestre em Direito, Universidade
Regional Integrada do Alto Uruguai e das
Missões – URI – *Campus* de Santo Ângelo,
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas,
Programa de Pós-Graduação em Direito –
Mestrado

ORIENTADOR: Dr. Adalberto Narciso Hommerding

SANTO ÂNGELO (RS)
2011

LETÍCIA MOUSQUER RITTER

O PAN-PRINCIPIOLOGISMO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:
O QUE PODE E O QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO PRINCÍPIO

Dissertação de Mestrado submetida à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – *Campus* de Santo Ângelo como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa: II – Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos.

Comissão Julgadora:

Dr. Adalberto Narciso Hommerding
Orientador

Dr. Douglas Cesar Lucas
Examinador

Dr. Noli Bernardo Hahn
Examinador

Santo Ângelo, maio de 2011.

Dedico este trabalho aos meus pais, a quem devo tudo o que sou e tudo o que ainda vou ser.

Agradeço a Deus, por me permitir superar esta etapa, e pelas pessoas que Ele colocou neste meu caminho. Em especial ao Professor Adalberto, meu orientador, pela dedicação.

RESUMO

No Brasil, o pós-positivismo, que elevou os princípios à condição de norma, chegou a níveis crônicos. Saltamos de um período de negação da normatividade dos princípios para um período onde todos os padrões foram elevados a condição de princípio. Essa *proliferação principiológica*, no sentido de *invenção* de princípios, vem sendo objeto de críticas pela doutrina, sob a premissa de que essas arbitrariedades ferem o Direito ao Devido Processo Legal. Assim, o uso indiscriminado dos princípios, a criação *ad hoc* de novos princípios, bem como a dificuldade de conceituação do que seja princípio são o objeto de estudo do presente trabalho. Nos capítulos 1 e 2 objetivaremos traçar um contraponto entre as delimitações conceituais e tipos principiológicos entre a doutrina processual civil pátria e o paradigma hermenêutico filosófico, para que, no capítulo 3, possamos verificar o que pode ser considerado ou não princípio. Ainda no capítulo final do estudo verificaremos como os Tribunais vêm utilizando os princípios em suas decisões. A justificativa da pesquisa centra-se na importância que os princípios são instituidores das bases para normatividade do Direito. O objetivo do estudo, portanto, é verificar como a doutrina processual e os Tribunais vêm tratando dos princípios, para auferirmos em que medida isto propicia a democracia, ou propulsione arbitrariedades. Tudo para que constatemos se o direito ao Devido Processo Legal, que é um Direito Fundamental, compactua ou não com o pan-principiologismo.

Palavras Chave: princípios – processo civil – hermenêutica.

ABSTRACT

In Brazil, post-positivism, which raised the status of the principles normally reached chronic levels, it jumped to a period of denial of normativity of principles for a period where all standards have been elevated the status of principle. This "proliferation principiológica" in the sense of "invention" of principles, has been the subject of criticism by the doctrine, under the premise that this arbitrary hurt the Right to Due Process of Law. Thus, the indiscriminate use of the above principles, the ad hoc creation of new principles and the difficulty of conceptualization of what is the principle object of the present study. In chapters 1 and 2 delineate a counterpoint between the conceptual boundaries and types s principle between the homeland and civil procedural doctrine philosophical hermeneutic paradigm, so that, in chapter 3 we can see what can be considered or not principle. With this, the final chapter of the study verify how the courts have been using the principles in their decisions. The justification of the research focuses on the importance the founders principles are the basis for normativity of law. The aim therefore is to see how the procedural doctrine and the courts have been treating the principles, to obtain the extent to which it promotes democracy, propels or arbitrariness. Everything to see if the right to due process of law, which is a Fundamental Right, condone or not with the pan-principles.

Key words: principles - civil procedure - hermeneutics.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| CONSIDERAÇÕES INICIAIS..... | 09 |
| 1 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CIVIS NA DOUTRINA BRASILEIRA..... | 12 |
| 1.1 Definição de princípios em sentido amplo..... | 12 |
| 1.2 Definições de princípios processuais civis segundo os processualistas pátrios..... | 14 |
| 1.3 Os conceitos e tipos de princípios processuais civis na doutrina pátria..... | 21 |
| 1.3.1 Os princípios processuais nas <i>Novas Linhas</i> do processo civil de Moacyr Amaral Santos..... | 22 |
| 1.3.2 Os princípios processuais civis coletivos de Gregório Assagra de Almeida..... | 25 |
| 1.3.3 Os princípios do processo civil de Rui Portanova..... | 30 |
| 1.3.4 Os princípios do processo civil de Nelson Nery Júnior..... | 35 |
| 2 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CIVIS DE ACORDO COM O PARADIGMA HERMENÊUTICO FILOSÓFICO..... | 45 |
| 2.1 Os princípios processuais ao longo dos paradigmas históricos..... | 46 |
| 2.2 Definição de princípio processual no paradigma hermenêutico filosófico..... | 61 |
| 2.2.1 Os princípios segundo a Nova Crítica do Direito..... | 61 |
| 3 O QUE PODE SER CONSIDERADO PRINCÍPIO E O QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO PRINCÍPIO..... | 78 |
| 3.1 Considerações gerais acerca do que a doutrina entende por princípio..... | 78 |
| 3.2 Os <i>princípios</i> da sucumbência, da causalidade, da derrota e da moderação podem ser considerados princípios? | 84 |
| 3.3 Os <i>princípios</i> da instrumentalidade das formas, da confiança no juiz da causa, e do prejuízo podem ser chamados de princípios? | 90 |
| 3.4 Os <i>princípios</i> da afetividade e da paternidade responsável: princípios ou standards retóricos? | 95 |
| 3.5 Os <i>princípios</i> da não surpresa, da imparcialidade, da segurança e da confiança jurídica: afinal de contas, algum deles pode ser considerado princípio?..... | 98 |
| 3.6 Os <i>princípios</i> da eficácia e/ou efetividade da Constituição e do processo: o decisionismo como consequência do tratamento dado | 101 |
| 3.7 Os <i>princípios</i> da proporcionalidade e da razoabilidade..... | 104 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 115 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 119 |

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tendo em vista que o ordenamento jurídico revela, implícita e explicitamente, a existência de princípios, geralmente compreendidos como fatores modeladores de concepção valorativa do texto legal, bem como fatores de aferição de certa moralidade ética jurídica às leis, verificamos a influência destes no Direito.

No Direito Processual Civil brasileiro a doutrina destaca a importância dos princípios, pois são os princípios que dão a natureza de ciência ao ordenamento jurídico. A influência dos princípios no direito se deve à peculiar circunstância destes se refletirem em procedimentos de interpretação legislativa e, deste modo, responsáveis pela estabilização do texto legal, e, em sentido amplo, podem ser entendidos como meios de regulação da criação de normas legislativas e do processo geral de criação do direito positivo.

Com isso, o vocábulo princípio vem sendo utilizado no sentido de indicar um norte, de ser norma diretriz do sistema, ou ainda como fonte de interpretação do sistema. Os princípios trabalhados na doutrina processual civil brasileira comportam uma definição abrangente, podendo-se, preliminarmente, inferir três sentidos para o termo princípio na doutrina. No primeiro sentido são vistos como super normas, ou seja, normas que exprimem valores e que, por isso, são tidos como ponto de partida, de referência para regras que as desdobram. No segundo sentido seriam standards, impondo o estabelecimento de normas específicas a fim de preordenar o conteúdo da regra legal. No terceiro sentido encontrado seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada matéria, com conotação descritiva.

Todavia, o que se tem verificado nas doutrinas processuais e até mesmo na aplicação do Direito ao caso concreto é a banalização principiológica no Direito, o que tem sido chamado pela literatura atual, como por exemplo, de pan-principiologismo (Lenio Streck) e a principialização (Eros Grau).

E esta maximização e banalização da principiologia no Direito faz com que os operadores do Direito terminem por esquecer a importância dos textos legais e a seriedade com que deve ser realizada a aplicação do Direito, fortalecendo a idéia positivista de que os princípios seriam meios de suprimento das lacunas legislativas, conferindo ao intérprete o

poder de utilizá-los da forma que melhor lhe convir, o que além de, como já dito, banalizar o uso dos princípios, acaba por, de certa forma, deslegitimá-los.

Assim, com o objetivo verificarmos o que pode ou não ser considerado princípio processual civil e a profusão de princípios utilizados e criados pelos juristas, no capítulo 1, descreveremos os conceitos de princípio encontrado na literatura processualista civil brasileira, com a finalidade de buscar como a doutrina civil vem delimitando o conceito de princípio.

Ainda no capítulo 1, observaremos os tipos de princípios processuais civis considerados nos ensinamentos doutrinários de Nelson Nery Júnior, em seu livro *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, de Rui Portanova, em sua obra *Princípios do processo civil*, de Moacyr Amaral Santos, no segundo volume de sua obra *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, e igualmente em Gregório Assagra de Almeida, no recente livro *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*.

O objetivo de estudo da conceituação da expressão princípio, na doutrina brasileira processualista civil, reside na verificação da possibilidade de haver um uso indiscriminado do termo princípio, materializado na criação de novos princípios, com o fulcro de justificar teses jurídicas e, conseqüentemente embasar decisões judiciais

Já no capítulo 2, com fito de enfrentarmos a temática proposta, iniciaremos o estudo com uma breve digressão histórica da utilização dos princípios, para que no segundo momento, observemos a tentativa de definição de princípio a partir do paradigma hermenêutico filosófico. A referida abordagem histórica se justifica para que possamos verificar como os princípios foram vistos a partir da teoria jusnaturalista e, posteriormente, teorias positivistas e pós-positivistas.

No capítulo 2, então, serão observados como os princípios são tratados na literatura hermenêutica filosófica de Rafael Tomaz de Oliveira, na obra, *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*; e de Lenio Luiz Streck, no livro *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*.

Superado o estudo dos contornos conceituais de princípios para na literatura processual civil e no paradigma hermenêutico-filosófico objetivaremos a análise do que possa ser considerado ou não princípio processual civil, pois, como já referido, há uma maximização e banalização dos princípios no Direito, que, por seu turno, resultou no chamado *pan-principiologismo processual*, fazendo com que os operadores do Direito abusem de seu uso, esquecendo-se da importância dos textos legais, o que será objeto de estudo do capítulo 3.

O método de abordagem da presente dissertação é o fenomenológico heideggeriano, onde é determinado a partir da *coisa mesma*, pois não pode ser explicitado fora do movimento e da dinâmica da própria análise do objeto. O método fenomenológico, a partir de Heidegger, é visto como uma *hermenêutica universal*, através de uma revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica por meio da linguagem, como destruição e revolvimento do chão lingüístico da metafísica ocidental, mediante o qual é possível descobrir um indisfarçável projeto de analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a *praxis* humana, como existência e faticidade, onde a linguagem não é analisada num sistema fechado de referências, mas no plano da historicidade. Assim, sem se desligar da existência concreta e da carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada, é que o tema será abordado na dissertação.

Mediante a utilização da abordagem histórico-bibliográfico, o tema pesquisado será desenvolvido valendo-se da literatura especializada nas áreas da hermenêutica, da filosofia processual civil e constitucional, com uma análise expositiva e crítica das idéias apresentadas à conclusões e argumentos acerca da possível solução que se entende adequada para o problema proposto.

1 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CIVIS NA DOCTRINA BRASILEIRA

1.1 Definições de princípio em sentido amplo

O vocábulo princípio vem do latim *principium* e tem significação variada, podendo lhe ser conferida a idéia de começo, início, origem, ponto de partida, ou, ainda, a idéia de verdade primeira, que serve de fundamento, de base para algo. Portanto, etimologicamente, o termo princípio remonta a idéia de principal, de primeiro, demonstrando origem de algo, de uma ação ou de um conhecimento.

No Dicionário Aurélio¹ a expressão tem o significado de causa originária, de preceito, ou de regra. A noção de princípio, assim, ainda que fora do âmbito jurídico, sempre se relaciona a algo que tem origem primária. Trata-se, indubitavelmente, do começo ou origem de qualquer coisa.

Nas ciências, em geral, a idéia de princípio está ligada aos seus fins, colimando o pensamento de que os princípios servem para dar rumo, solidez, disciplina e clareza de objetivos a cada ramo da ciência em que está inserido.

De igual modo, na ciência jurídica, especificadamente no ramo processual civil, essa idéia também aparece quando o art. 126 do Código de Processo Civil² estabelece que os princípios são meios de suprimento das lacunas legislativas, ou seja, primados que visam conferir a devida solidez ao sistema de leis e decisões judiciais.

No Direito Processual Civil brasileiro a doutrina destaca a importância dos princípios, pois, como referido por Rui Portanova³ e por Nelson Nery Júnior⁴, respectivamente, “não se faz ciência sem princípios” e “se considera ciência aquele ramo de

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2008, p. 397.

² Determina o art. 126 do CPC: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 13.

⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

estudos que é informado por princípios. Estes, portanto, é que dão natureza de ciência a determinada matéria”.

A influência dos princípios no Direito, deve-se à peculiar circunstância de estes se refletirem em procedimentos de interpretação legislativa e, deste modo, serem responsáveis pela estabilização do texto legal. Nesta esfera, os princípios não precisariam sequer estar expressamente relacionados ao texto legal, devendo, porém, se apresentar como fatores de ponderação moral do ordenamento jurídico, configurando-se em requisitos de eticidade relacionados à legitimação sócio-política da legislação.

Todo e qualquer ordenamento jurídico revela, implícita e explicitamente, a existência de princípios, geralmente compreendidos como fatores modeladores de concepção valorativa do texto legal, bem como fatores de aferição de certa moralidade ética jurídica às leis. Assim, os princípios, em sentido amplo, podem ser entendidos como meios de regulação da criação de normas legislativas e do processo geral de criação do direito positivo.

Embora latente o significado original do vocábulo princípio, na doutrina processual civil este conceito não é demonstrado de forma muito clara, sendo apresentadas apenas definições de caráter não conclusivo. Tanto assim é que o processualista Rui Portanova referiu, em obra dedicada exclusivamente ao estudo dos princípios do processo civil, que a doutrina utiliza o termo princípio com muitas significações, balizando como parâmetros as expressões: critério, política, sistema, requisito e regra.⁵

E isso fica evidente quando se dedica à verificação dos conceitos encontrados na doutrina pátria, objeto de estudo deste capítulo, onde serão descritos os conceitos de princípio encontrados na literatura processualista civil brasileira. Para tanto, serão transcritas algumas definições pesquisadas na doutrina processual civil brasileira, para que, em momento posterior sejam analisados os tipos de princípios processuais civis considerados nos ensinamentos de Nery Júnior, em seu livro *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, de Rui Portanova, em sua obra *Princípios do processo civil*, de Moacyr Amaral Santos, no segundo volume de sua obra *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, e igualmente, em Gregório Assagra de Almeida, no recente livro *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*.

⁵ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 13.

Preliminarmente cumpre referir que, embora todos os livros e manuais de Direito tragam consigo uma definição acerca do conceito princípio, ainda não há unanimidade quanto à definição do que realmente seja um princípio. Como bem assevera Rafael Tomaz de Oliveira, “o conceito de princípio longe está de uma determinação rigorosa”, uma vez que “continuamos sem saber ao certo o que são os princípios e em que medida eles são distintos das regras”⁶.

Desta forma, o objetivo de estudo da conceituação da expressão *princípio* para a doutrina brasileira processualista civil reside na verificação da possibilidade de um uso indiscriminado do termo princípio, materializado na criação de novos princípios, com o fulcro de justificar teses jurídicas e, conseqüentemente, embasar decisões judiciais, o que foi chamado de *pan-principiologismo processual* por Lenio Luiz Streck⁷. Com fito de enfrentarmos a temática proposta, iniciaremos a análise do problema, portanto, com a conceituação de princípio na doutrina processual civil, como já mencionado.

1.2 Definições de princípios processuais civis segundo os processualistas pátrios

Como referido linhas acima, o objeto deste subitem é o estudo de como a doutrina processual civil brasileira delimita o conceito de princípio processual. Para tanto, inicialmente serão analisados dentre os processualistas pátrios, de forma ampla, as definições

⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 28/9.

⁷ Lenio Streck, em sua obra “Verdade e Consenso”, criticou a profusão principiológica no termo “Pan-principiologismo em Terrae Brasilis”. Consultar: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 475. Sobre a referida expressão valemo-nos das palavras de Adalberto Hommerding: “algumas dessas críticas e o próprio termo “pan-principiologismo” ficam por conta de STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso [...]. Streck, de forma original, elaborou a Nova Crítica (Hermenêutica) do Direito, com amparo filosófico em Heidegger e Gadamer, sendo corolária do Direito da Integridade de Ronald Dworkin. [...] A Teoria Hermenêutica proposta por Lenio, no entanto, parece apresentar as melhores condições de possibilidade para a construção de respostas corretas que combatam a subjetividade do julgador. Lenio defende um Direito Fundamental a respostas corretas (adequadas constitucionalmente) no Direito, que respeitem sua coerência e integridade”. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do pan-principiologismo processual*. In: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira (Org.). *Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização*. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

de princípios encontradas em suas biografias, para que, em momento subsequente, sejam analisados os tipos principiologicos na obra de doutrinadores como Gregório Assagra de Almeida, Rui Portanova, Moacyr Amaral Santos, e Nelson Nery Júnior, a fim de se obter um parâmetro do volumoso número de tipos de princípios. Passemos, então, ao estudo do conceito de princípio na doutrina processual civil brasileira.

O professor Ovídio Baptista da Silva entende os princípios como critérios avaliativos, classificadores e informativos do ramo do direito a que se destinam, lecionando, ainda, que estes indicam “os respectivos pressupostos doutrinários em que eles se alicerçam e suas tendências mais marcantes”⁸.

Ovídio Baptista da Silva analisa a natureza de alguns princípios deste ramo do direito, dentre eles: o princípio do dispositivo (que determina que o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes⁹), o princípio da demanda (delimitador da atuação jurisdicional aos pedidos formulados pelas partes), o princípio da oralidade (princípio pelo qual as alegações das partes só possuem eficácia quando postuladas perante o juiz da causa), o princípio da imediatidade (princípio que “exige que o juiz que deverá julgar a causa haja assistido à produção das provas, em contato pessoal com testemunhas, com os peritos e com as próprias partes”¹⁰), o princípio da identidade física do juiz (subsidiário dos princípios da oralidade e da imediatidade, este princípio determina que o juiz que presidiu a instrução é o que deve julgar a causa), o princípio da concentração (que objetiva a instrução do processo em número mínimo de audiências, a fim de possibilitar o menor lapso temporal entre as provas e a decisão), o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias (em preservação ao princípio da oralidade, busca a não interrupção no andamento do processo motivadas por recursos), o princípio do livre convencimento do juiz (também com base ao princípio da oralidade, indica a faculdade do julgador de livremente apreciar a prova produzida nos autos), o princípio da bilateralidade da audiência (também conhecido como

⁸ Conforme leciona Ovídio A. Baptista da Silva, “os princípios informadores do direito processual que, com maior ou menor intensidade ocorrem em todos os sistemas legislativos e servem para auxiliar a classificação e avaliação de cada um deles, indicando-nos os respectivos pressupostos doutrinários em que eles se alicerçam e suas tendências mais marcantes”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 61.

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 61.

¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

princípio do contraditório¹¹, corresponde ao direito de defesa, igualando as partes da relação processual) e, por fim, o princípio da verossimilhança (definido pelo autor como a base em que o juiz profere a decisão de recebimento e prosseguimento da ação civil, profere decisões interlocutórias, liminares e sentenças¹²).

Teresa Negreiros, por sua vez, ensina que os princípios seriam guias, formas de orientação, normas providas de alto grau de generalidade e indeterminação, numa posição elevada de hierarquia, atuando como vetor para todo o sistema jurídico, “valores essenciais à perpetuação do Estado de Direito”¹³.

Já nos ensinamentos de Nelson Rosenvald tem-se que o princípio seria algo com força maior que a própria lei, aproximando-se do que o autor entende por ser o próprio direito, como por ele referido “os princípios não são apenas a lei, mas o próprio direito em toda a sua extensão e abrangência”. Refere o processualista que é da positividade dos textos constitucionais, que alcançam a esfera decisória dos arestos, que constitui-se a jurisprudência de valores que determina o constitucionalismo contemporâneo, fundante da nova hermenêutica dos tribunais¹⁴.

José Frederico Marques, expoente de processualística da Escola Paulista, leciona que os princípios são meio de suprimento das lacunas legislativas, devendo ser utilizados quando não for possível suprir essas lacunas pela analogia ou pelo direito costumeiro. Nas palavras do autor, “cumpre, assim, ao intérprete da norma processual civil, extrair das regras processuais vigentes os princípios que as informam, e construir, em seguida, o preceito do caso concreto, projetando tais princípios sobre a espécie em exame”¹⁵.

Já para De Plácido e Silva¹⁶, autor do tradicional *Vocabulário Jurídico*, o conceito de princípio parte do sentido jurídico plural para significar co conjunto de regras, ou alicerces do sistema jurídico:

¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 70.

¹² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 73.

¹³ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 22.

¹⁴ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45/6.

¹⁵ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9ª ed. São Paulo: Millennium, 2003, p. 44/5.

¹⁶ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 447.

No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. [...] Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito.

Segundo os ensinamentos de José Cretella Júnior, Sérgio Pinto Martins, leciona que os princípios são “as proposições básicas que fundamentam as ciências, informando-as e orientando-as. São as proposições que se colocam na base da ciência, informando-a e orientando-a. Para o Direito, o princípio é o seu fundamento, a base que irá informar e inspirar as normas jurídicas”¹⁷.

Coadunando com o pensamento acima esposado está, por exemplo, a definição de princípio realizada por Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, para quem os princípios constituem o “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere à tônica e lhe dá sentido harmônico”¹⁸.

Os processualistas Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco, tradicionais doutrinadores da teoria geral do processo, por sua vez, afirmam que os princípios são preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais¹⁹ referindo que

A experiência jurídica, segundo conhecidíssimo pensamento jurisfilosófico, pode ser estudada por três aspectos: norma, valor e fato. Sob o ângulo da norma, constrói-se a *epistemologia* (ciência do direito positivo), à qual pertence à dogmática jurídica, que estuda o direito como ordem normativa. Os valores éticos do direito são objetos da *deontologia* jurídica. O fato é estudado pela *curologia*. Alguns princípios gerais do

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 69.

¹⁸ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 55.

¹⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. rev. e ampl., 1996, p. 50.

direito processual colocam-se entre a epistemologia e a deontologia, entre a norma e o valor ético, no limiar de ambos²⁰.

Consoante se extrai para os doutrinadores acima referidos o conceito de princípio mescla-se entre a norma e o julgamento ético que se faz desta, só podendo ser entendido nesta dualidade.

O processualista Humberto Theodoro Júnior dedica parágrafo de seu Curso de Direito Processual Civil aos denominados *princípios informativos do direito processual*, subdividindo-os em duas categorias: informativos do processo e informativos do procedimento. O conceito dos princípios fundamentais, para o autor, constituírem “a inspiração da legislação processual de nossos dias, e que devem ser considerados pelo hermenêuta das leis formais, em suas aplicações práticas, são de duas ordens: os relativos ao processo e os relativos ao procedimento”²¹.

Com isso, no que se refere aos princípios informativos do processo, o autor discorre sobre os seguintes princípios: devido processo legal, inquisitivo e dispositivo, contraditório, duplo grau de jurisdição, boa-fé e lealdade processual e verdade real. Já no que tange aos princípios informativos do procedimento elenca os seguintes princípios: oralidade, publicidade, economia processual, eventualidade ou preclusão.

Também objetivando conceituar os princípios, Luiz Guilherme Marinoni, importante jurista e processualista paranaense, apoiando-se no estudo das obras de Dworkin e Alexy²², define-os como “constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas”²³. Todavia, o processualista faz o alerta de que

não se pode entender que a sua função é meramente complementar ou acessória – destinando-se simplesmente a *auxiliar* na atuação das regras -, ou mesmo pensar que

²⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. rev. e ampl., 1996, p. 50.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 22.

²² Marinoni leciona sobre os Princípios Constitucionais valendo-se das obras de Alexy e Dworkin. Utiliza a teorização de Alexy para delimitar o conceito de princípio e diferenciá-lo o conceito de norma, e de Dworkin para resolver o problema no caso de conflito entre regras e princípios. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil. Volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 47/53.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil. Volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 47.

os princípios são apenas “válvulas de escape” do ordenamento jurídico, que entram em ação quando as regras não são capazes de regular os casos concretos. Os princípios não tem tal limitação [...]. Os princípios recortam certas parcelas da realidade e colocam-nas sob seu âmbito de proteção. Conseqüentemente, a partir do momento em que se projetam sobre a realidade, eles servem de fundamento para normas específicas que orientam concretamente a ação, seja num sentido positivo (prestação fática ou jurídica), seja num sentido negativo (omissão).²⁴

Com isso, Marinoni, e agora destoando de Dworkin²⁵, afirma que “os princípios expressam concepções e valores que estão indissociavelmente ligados ao ambiente cultural”²⁶. Assim, para o doutrinador, os princípios seriam critérios para compreensão do texto legal, objetivando ações da lei tanto no sentido positivo quanto no sentido negativo.

Também perfilhando da doutrina de Dworkin, o processualista Fredie Didier Júnior²⁷ distingue os princípios em: princípios relacionados aos Direitos Fundamentais e os demais princípios como “outros princípios”²⁸. No que se refere aos princípios entendidos como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais, o doutrinador extrai as seguintes conseqüências:

a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, aplicando o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, “na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais”.²⁹

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil. Volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 48.

²⁵ Isso porque, para Ronald Dworkin, resumidamente, os princípios são standards orientadores de justiça, equidade ou moralidade, não expressando, portanto, concepções e valores, mas, sim, conceitos e direitos que revelam o que há de comum a todos e não a divergência encontrada. Leciona Dworkin: “Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. (p. 36). Consultar: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil. Volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 51.

²⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 11ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jus Didivm. 2009.

²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 11ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jus Didivm. 2009, p. 28.

²⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 11ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jus Didivm. 2009, p. 28.

Já no que se refere aos outros princípios, o autor faz distinção no sentido de que são princípios que dizem respeito mais especificamente a alguns assuntos da dogmática processual, citando como exemplos na área da jurisdição, os princípios do juiz natural e da inafastabilidade, na área das provas, os princípios da busca da verdade e proibição de provas ilícitas, na área dos recursos, o princípio do duplo grau de jurisdição, e na área da decisão judicial, o princípio da motivação.

Por sua vez, Eros Roberto Grau, embora não na área processual, analisa os princípios como parte das normas jurídicas, referindo que “os princípios, todos eles – os explícitos e os implícitos -, constituem norma jurídica”³⁰. Assim, adota o pensamento de que o ordenamento jurídico não pode ser composto apenas de regras, mas, sim, de regras e princípios.

Distinguindo os princípios em duas categorias, entre princípios explícitos, como sendo aqueles reconhecidos no texto da Constituição Federal, e em implícitos, sendo aqueles resultantes da análise de um ou mais preceitos constitucionais ou mesmo de legislação infraconstitucional, o referido autor atenta para a banalização de seu uso, afirmando:

A última década do século passado é marcada, no campo da meditação sobre o direito, pelo paradigma dos princípios.

Mas isso se passou de tal modo que, por um lado, foram eles banalizados e, por outro, grande parte do que tem sido referido como doutrina produzida em torno deles dá testemunho acabado de que as pessoas que possuem inteligência bem-formada correm sempre o risco de supor que a criatividade de que são dotadas é suficiente para suprir a falta de leitura de que padecem.

Torna-se a nuvem por Juno, come-se gato por lebre e tudo passa a ser “principlizado” – se é que o termo já foi cunhado. Pautas normativas – como a da proporcionalidade e da razoabilidade – são tidas como princípios e para a imprecisão absoluta quanto ao que se possa ou deva ter como *princípios de direito*, coisa distinta dos *princípios gerais de direito*.

Ora, se o direito é definido, enquanto *sistema*, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios [Canaris], cumpre indagarmos quais os princípios compõem essa ordem.³¹

Como é possível observar, na doutrina do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, o paradigma gerado acerca dos princípios acabou por banalizá-los, já que a profusão criativa destes acabou por, como nas palavras do jurista, *principlizar* todas as teses e teorias.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. 2006, p. 49.

³¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. 2006, p. 46.

E, como pode ser observado nos conceitos supracitados, não há uma definição clara da expressão princípio. Os autores, na tentativa de delimitar o conceito de princípios levam em consideração diversos critérios, como o da fundamentalidade, quando mencionam que os princípios são mandamentos nucleares de um sistema; o da abstração, quando sustentam que os princípios possuem uma alta carga de abstração; o de complementação, ao referirem que os princípios seriam elementos de supressão de lacunas legislativas, dentre outros.

Assim, sopesadas as delimitações conceituais da expressão princípio, passemos à análise do conceito e dos tipos principiológicos encontrados na doutrina processualista brasileira, para que, em momento posterior, possamos compreender a *principialização*, referida por Eros Grau³², e a *pan-principiologia*, referida por Lenio Streck³³.

Dada a vastidão de autores que discorrem sobre o tema optou-se pelo estudo das obras dedicadas ao assunto de autoria de Gregório Assagra de Almeida, Rui Portanova, Moacyr Amaral Santos, e Nelson Nery Júnior, para que possamos ter um parâmetro do que a doutrina processual civil brasileira entende por princípios processuais civis, objeto do próximo item.

1.3 Os conceitos e tipos de princípios processuais civis na doutrina pátria

Como já referido no subitem do presente estudo, serão analisados os tipos de princípios processuais civis encontrados na literatura processual brasileira. Assim, serão vistas as definições de princípios para os autores acima listados, bem como será abordada quais os tipos de princípios considerados para cada doutrinador, para que se possa ter um parâmetro de como os princípios vem sendo encarados no direito processual brasileiro. Passemos à verificação.

³² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. 2006, p. 49.

³³ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. ampl., 2009, p. 490.

1.3.1 Os princípios processuais nas *Novas Linhas* do processo civil de Moacyr Amaral Santos

Moacyr Amaral Santos, no segundo volume de sua obra *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, obra clássica da processualística, dedica um capítulo específico para tratar dos *Princípios Gerais do Processo* referindo que cada sistema processual se calca em princípios próprios, e que o exame destes princípios é que qualifica o próprio sistema.

O processualista refere que os princípios são a base do sistema do qual definem, conferindo sua inteligência estrutural e interpretativa, permitindo ao legislador a criação de novos institutos, ao passo que ao intérprete conferem a inteligência e aplicação das normas legais que estes disciplinam. E, com isso, colaboram com o “incessante do aprimoramento do processo, visando sua adaptação às circunstâncias ocorrentes com as transformações dos fenômenos sociais, dia a dia mais apressadas e até inesperadas e bruscas”³⁴.

No discorrer de sua tese o autor leciona sobre oito princípios, quais sejam: Princípio da Iniciativa das Partes, Princípio do Contraditório, Princípios de Impulso Processual, Princípio Dispositivo, Princípio da Livre Convicção do Juiz, Princípio da Publicidade, Princípio da Lealdade Processual e o Princípio da Oralidade, aos quais passamos a breve análise.

No tocante ao Princípio da Iniciativa das Partes, o processualista o conceitua, amparando-se nas regras dos artigos 2º e 128 do CPC, no dever de iniciativa da parte de provocar o exercício da função jurisdicional, e, no que tange à atividade jurisdicional, refere que “ao juiz não se permite pronunciar-se senão sobre o pedido nos limites do pedido do autor e sobre as exceções e nos limites das exceções aduzidas pelo réu”³⁵.

Quanto ao Princípio do Contraditório, também nominado pelo autor como princípio da audiência bilateral, refere ser corolário da regra contida na Constituição Federal, art. 5º, LV.

³⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 73.

³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 74.

Moacyr Amaral Santos destaca a importância do princípio na imprescindibilidade que se dê ao réu a oportunidade de se defender e, por ser de índole constitucional, a não admissão de exceções ao princípio. Assim, delimita a atividade jurisdicional preceituando que “não pode o juiz decidir sobre uma pretensão se não é ouvida, ou citada para ser ouvida, a parte contra a qual ou em face da qual é proposta”³⁶.

Quanto ao Princípio de Impulso Processual, Moacyr Amaral Santos delimita os contornos do princípio no interesse público do Estado em concluir a função jurisdicional e a composição da lide. Assim, tendo por base o disposto nos artigos 262 e 125 do CPC, menciona que o referido princípio se pauta nos princípios da legalidade, do impulso das partes e no impulso oficial.

A definição do Princípio do Dispositivo dada pelo autor é de que “o juiz deve decidir segundo o alegado e provado pelas partes”³⁷. No entanto, o autor menciona que este princípio sofre sensíveis restrições no direito brasileiro, principalmente quanto a duas situações: quando o juiz, de ofício, solicita produção de provas, ofícios e diligências para formar seu convencimento, e quando a causa de pedir não se subordinar apenas ao interesse das partes, mas também ao interesse público, aos quais preponderam as atividades oficiais mesmo no tocante à prova dos fatos.

Acerca do Princípio da Livre Convicção do Juiz o autor aponta como embasamento o disposto no art. 131 do CPC, dizendo que “o juiz apreciará e avaliará a prova dos fatos e formará a sua convicção livremente quanto à verdade dos mesmos”³⁸.

Moacyr Amaral Santo também faz a ressalva acerca da arbitrariedade no livre convencimento, pautando-se no fato que, mesmo com livre convicção, as decisões do magistrado devem ser motivadas, pois, “o juiz, apoiado na prova dos autos, pela influência que exercer em seu espírito de jurista e de homem de bem, formará a convicção a respeito da verdade pesquisada”³⁹.

³⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 75.

³⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 76.

³⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 78.

³⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 78.

No que se refere ao Princípio da Publicidade o processualista é sucinto, apenas transcrevendo que “os atos processuais são públicos”⁴⁰ e referindo acerca das exceções processuais que correm sobre segredo de justiça.

Já no que se refere ao Princípio da Lealdade Processual o autor discorre acerca de conceitos de boa-fé das partes, de probidade e moralidade processual, para determinar sua consistência na tradução do “princípio da lealdade processual, também conhecido por princípio de probidade, ou de moralidade, que diz respeito ao comportamento no processo não só das partes como também de seus advogados”⁴¹.

Por fim, quanto ao princípio da Oralidade, refere que, não obstante tratar-se de princípio que orienta e informa o processo civil brasileiro, por uma questão de método, insere aos procedimentos dos sistemas do CPC, por estar a ele *intimamente preso*. Assim, no capítulo seguinte de sua obra, menciona que o princípio “confere relevância à palavra falada na expressão dos atos culminantes do processo”⁴².

Após a análise dos oito tipos de princípios processuais civis de Moacyr Amaral Santos temos que os princípios, para esse doutrinador, são meios de interpretação do sistema no qual estão inseridos, bem como de aplicação das normas legais que os disciplinam, propiciando, assim, a adaptação do sistema às circunstâncias ocorrentes com as transformações dos fenômenos sociais. Com isso, depois de verificado do conceito e dos tipos principiológicos deste processualista passemos ao estudo dos princípios processuais coletivos de Gregório Assagra de Almeida.

⁴⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 78.

⁴¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 79.

⁴² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 85.

1.3.2 Os princípios processuais civis coletivos de Gregório Assagra de Almeida

Gregório Assagra de Almeida, no capítulo XI de sua obra *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*⁴³, trabalha a temática princípios com o viés direcionado à interpretação e aplicação do *Direito Coletivo*, propondo a revisão dos conceitos clássicos, com a apresentação de uma nova concepção constitucionalizada da *summa divisio*, rompendo os paradigmas atuais ao rever o papel do Estado no sistema jurídico democrático frente à temática relativa à pobreza, exclusão social, ordem jurídica justa e as políticas estatais. Assim, a proposta do autor centra-se na apresentação e justificação da nova *summa divisio* em Direito Coletivo e Direito Individual.

Ao tratar sobre o tema princípios de Direito Coletivo, o autor faz a ressalva de que os princípios, mesmo no campo do Direito, apresentam-se de variadas formas, o que dificulta a compreensão dos legítimos valores destes na prática forense⁴⁴.

Perfilhando do entendimento de Karl Larenz, para quem os princípios não têm o caráter de regras preconcebidas, mas somente uma idéia jurídica geral, como se fosse um fio condutor a concretização dos direitos⁴⁵, Gregório Assagra de Almeida defende que os

⁴³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁴⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 444.

⁴⁵ Karl Larenz analisa a idoneidade dos princípios na formação do sistema, afirmando que “Os princípios jurídicos não têm caráter de regras concebidas de forma muito geral, às quais se pudessem subsumir situações de facto, igualmente de índole muito geral. Carecem antes, sem exceção, de ser concretizados. Mas cabe a esse respeito distinguir vários graus de concretização, no grau mais elevado, o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma ideia jurídica geral, pela qual se orienta a concretização ulterior como por um fio condutor. Desta espécie são, por exemplo, o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, da autodeterminação e da responsabilidade pessoal” (p. 674). Larenz divide o sentido dos princípios, colocando de um lado os “princípios como forma de proposição jurídica”, os quais corresponderiam a princípios condensados numa regra imediatamente aplicável, e de outro lado os “princípios abertos”, entendidos como aqueles que não têm o caráter de norma. Todavia, o autor faz a ressalva que “a distinção não deve, porém, ser entendida no sentido de uma separação rígida; as fronteiras entre os princípios abertos e os princípios como proposição jurídica é antes fluida. Não pode indicar-se com exactidão o ponto a partir do qual o princípio está já tão amplamente concretizado que pode ser considerado como princípio com a forma de proposição jurídica” (p. 683). Larenz também refere que os princípios podem entrar em colisão, caso em que “cada princípio [tem] de ceder perante o outro, de modo que ambos sejam actuados em termos óptimos (mandado de optimização). Em que medida seja este o caso depende do escalão do bem jurídico em causa em cada caso e requer, ademais, uma ponderação de bens. Aqui trata-se, em última análise, do valor posicional dos princípios individualmente considerados no quadro de um sistema de tais princípios” (p. 675), isso porque, ao ver do autor, é característica do sistema jurídico “a existência de uma certa ordem hierárquica interna; mas, em segundo lugar, o jogo concertado, não totalmente pré-programado, dos diferentes princípios de igual peso nos diferentes graus de concretização. No que toca à ordem hierárquica interna, é claro que a Lei Fundamental atribui um nível mais elevado à vida, à liberdade e à dignidade humana do que aos bens materiais.”(p. 677). Consultar:

princípios são considerados como proposições jurídicas⁴⁶, e que, assim, estes “eles exprimem sentido mais importante que as regras jurídicas e significam pontos básicos que constituem o próprio alicerce do direito”⁴⁷.

Inicialmente, o autor refere que os princípios seriam preceitos histórico-democráticos do sistema ao qual estão inseridos, afirmando que, numa concepção mais crítica todos os princípios deveriam ser entendidos como preceitos democráticos, pois extraídos da norma constitucional e, em razão disso, teriam consonância direta com os fatos históricos advindos dos movimentos sociais, legitimando o sistema no qual estão inseridos, “orientando e servindo de base para a efetividade de outros preceitos e regras, que com eles forem compatíveis”⁴⁸.

Em momento subsequente, direcionando-se aos princípios constitucionais, o autor define-os como *mandamentos de otimização*⁴⁹, sendo os “responsáveis pela guinada do novo Direito Constitucional pós-positivista, que compreende a Constituição como um sistema aberto de valores”⁵⁰.

Assim, Gregório Assagra de Almeida trata dos princípios como proposições jurídicas, inseridos expressa ou implicitamente no sistema constitucional e infraconstitucional de tutela jurídica coletiva. Todavia, o autor faz distinção entre princípios e regras jurídicas, levando em consideração, para tanto, a dimensão, o peso e a importância de cada uma dentro do sistema jurídico.

Nesse contexto, o referido autor posiciona seu entendimento ao referir que

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3ª ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

⁴⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 445.

⁴⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 443.

⁴⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 445.

⁴⁹ Nesse ponto, Assagra de Almeida perfilha o ensinamento de Robert Alexy, para quem os princípios devem ser entendidos como mandamentos de otimização, devendo ser considerados como normas que ordenam que algo “puden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas” (p. 86) o que evidencia que podem ser satisfeitos em diferentes graus e, principalmente, que a medida ordenada depende não só de suas possibilidades fáticas, mas, também, das jurídicas, que estão determinadas não só por regras, mas, essencialmente, pelos princípios opostos. Consultar: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

⁵⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 449.

Os princípios têm uma dimensão que as regras jurídicas carecem, a dimensão do peso específico e da importância. Assim, o juiz poderá solucionar um caso determinado em que concorrem vários princípios. O princípio que tiver maior peso concreto será utilizado para fundamentar a decisão judicial. A regra se aplica ou não se aplica ao caso.⁵¹

Ainda, no tocante à relação de distinção entre princípios e regras, Dworkin e Alexy são citados por Assagra Almeida: o primeiro indicando o sopesamento e a relevância dos princípios, e a subsunção das regras para distingui-los; o segundo apontando uma diferença apenas de grau entre ambos, esclarecendo que os princípios ao colidirem devem ser ponderados, enquanto o conflito de regras se resolve no plano da validade.

Na referida obra há também outras diretrizes interpretativas do Direito Coletivo como a aplicabilidade no Direito Coletivo das regras e princípios de interpretação e de aplicação dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, com o diálogo interdisciplinar entre as fontes.

Em momento posterior, o autor discorre sobre os princípios processuais civis brasileiros. Nessa esfera, vislumbra-se o princípio da proporcionalidade – e seus subprincípios: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito – como postulado constitucional de ponderação⁵².

Gregório Assagra de Almeida refere que o princípio da proporcionalidade é um princípio implícito, fundamentado no princípio do Estado Democrático ou, segundo outros entendimentos, na isonomia, na dignidade da pessoa humana, no devido processo legal, ou, ainda, na *cláusula aberta* dos direitos e garantias fundamentais⁵³.

Como princípios de interpretação e aplicação do Direito Coletivo brasileiro, o autor faz referência aos seguintes: democrático; solidariedade coletiva (direito à diferença); devido processo legal coletivo substancial; proibição do retrocesso do Direito Coletivo; aplicabilidade imediata do Direito Coletivo; priorização da proteção coletiva preventiva; não-taxatividade ou não-limitação do Direito Coletivo; universalidade da proteção e da efetivação

⁵¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 446.

⁵² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 449.

⁵³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 449.

do Direito Coletivo; imprescritibilidade e indecadenciabilidade do Direito Coletivo; conformação do procedimento e do provimento conforme o Direito Coletivo.

Para o autor, o princípio democrático “constitui-se no mais importante eixo que alimenta e impõe a transformação da realidade social com justiça”⁵⁴. Disserta que neste princípio fundamentam-se todos os demais princípios, inclusive os princípios constitucionais fundamentais, tendo em vista que é a base constitucional da democracia em seu sentido dinâmico.

O princípio da solidariedade coletiva, amparado no art. 3º, I, da CF/88, é visto pelo jurista como um dos alicerces do próprio Direito⁵⁵, uma vez que a solidariedade é raiz da sociedade. Nas palavras do autor, “as categorias jurídicas em geral (relação jurídica, situações jurídicas, direitos subjetivos, boa fé objetiva etc.) devem ser reestruturados com base na solidariedade coletiva”⁵⁶.

Quanto ao princípio do devido processo legal coletivo substancial, o autor refere que a observância deste merece dupla compreensão:

É dessa dupla dimensão que o princípio do devido processo legal deve ser observado: a) como diretriz garantidora da proteção em abstrato dos princípios, garantias e regras constitucionais e infraconstitucionais do direito processual; e b) como diretriz garantidora da proteção em abstrato dos direitos constitucionais fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, abrangendo aqui todas as espécies de Direito Coletivo previstos expressa ou implicitamente na Constituição ou estabelecidos no plano infraconstitucional.

Já no que tange ao princípio da proibição de retrocesso o doutrinador faz a ressalva de que, embora não tenha previsão expressa na Constituição Federal, este princípio configura-se em um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, porque “qualquer reforma no sistema pátrio ou decisão judicial tem que levar em conta a proibição de retrocesso com princípio constitucional fundamental. O princípio em questão é um dos

⁵⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 452.

⁵⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 454.

⁵⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 454.

desmembramentos do princípio democrático em seu caráter dinâmico, transformador e progressista”⁵⁷.

Para Assagra de Almeida, um dos princípios constitucionais fundamentais é o da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, pois impede a alegações acerca da eficácia do texto legal. Menciona o autor que “o princípio em análise deita raízes na nova Hermenêutica Constitucional que constitui a idéia no sentido de que os direitos fundamentais não se interpretam, mas concretizam-se”⁵⁸.

O princípio da priorização da proteção coletiva preventiva decorre do princípio da prevenção geral, este, por sua vez, inserto no princípio democrático, definido pelo autor como “a mais genuína forma de proteção jurídica no contexto do Estado Democrático de Direito”⁵⁹.

Decorrente da própria natureza dos direitos fundamentais está o princípio da não-taxatividade ou da não-limitação do Direito, o qual, na lição de Assagra de Almeida, deve ser entendido em interpretação ampla, pois “a interpretação dos direitos fundamentais é aberta e flexível, de forma a não ser admitida qualquer espécie de limitação não prevista constitucionalmente”⁶⁰.

O princípio da universalidade da proteção e da efetivação confere a todos os meios jurisdicionais, legislativos e outros pertinentes o poder/dever de proteção e efetivação dos direitos, e, no entendimento do autor, “a publicidade desses meios e canais de proteção deve ser ampla e irrestrita. A ampliação para a participação popular é uma exigência do Estado Democrático de Direito”⁶¹.

Considerando que o tempo exerce um papel fundamental no Direito, Assagra de Almeida leciona que “a incidência da prescrição e da decadência no plano do Direito Coletivo colocaria em risco a tutela de interesse social, ainda mais diante da aguda

⁵⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 457.

⁵⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 458.

⁵⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 458.

⁶⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 459.

⁶¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 460.

dispersão da sociedade massificada”⁶². Desta forma, fica evidenciada a importância do princípio da imprescritibilidade e da indecadenciabilidade do Direito Coletivo.

Por fim, o princípio da conformação do procedimento e do provimento de acordo com as necessidades do Direito Coletivo é visto como uma dimensão subsequente aos direitos de efetividade, de concretização e de acesso à justiça. Para o autor, “o direito processual precisa conferir meios necessários para atender as necessidades do direito material, o que se intensifica quando o próprio direito material faz parte da teoria dos direitos constitucionais fundamentais”⁶³.

Com isso tem-se os princípios para Gregório Assagra de Almeida constituem-se em proposições jurídicas, decorrentes de fatos históricos oriundos de movimentos sociais. Visam dar legitimidade do sistema de onde são extraídos, orientando e servindo de base para a efetividade de outros preceitos e regras, que com eles forem compatíveis.

Superada a descrição dos princípios a doutrina de Gregório Assagra de Almeida, passemos ao estudo dos princípios do processo civil de Rui Portanova.

1.3.3 Os princípios do processo civil de Rui Portanova

Rui Portanova, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, dedicou uma obra inteira aos ditos princípios do processo civil. Nela, o autor, partindo da divisão processual civil de princípios gerais e princípios informativos, subdivide os princípios processuais civis em três categorias, referentes ao *juiz natural*, ao *acesso ao Judiciário* e ao *devido processo legal*, fazendo a ressalva de que, no que tange aos quatro

⁶² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 461.

⁶³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 462.

princípios informativos hodiernamente apresentados na doutrina, o autor acresce mais dois princípios: o instrumental e o efetivo⁶⁴.

Em razão do volumoso número de princípios constantes nesta obra⁶⁵ optamos pelo estudo dos princípios informativos do processo civil (entendidos como princípios gerais do direito) e seus subprincípios, e dos princípios relativos às categorias: o juiz natural, acesso à Justiça e devido processo legal, sem, todavia, adentrar nos subprincípios nelas referidos. Vejamos.

Para o autor, os princípios informativos do processo civil são: o princípio lógico, princípio econômico, princípio político, princípio jurídico, princípio da instrumentalidade e princípio efetivo.

O conceito de princípio lógico é estabelecido pelo processualista na determinação de que “o processo deve desenvolver-se com os atos e formas mais aptas para descobrir a verdade e evitar o erro”⁶⁶. Com isso, o autor frisa que este princípio “preocupa-se mais com uma adequada liturgia do processo”, ou seja, “é uma preocupação metodológica, porquanto interessa à forma de dirigir a investigação da verdade no processo”⁶⁷, advertindo que o processo deve se desenvolver por meio de estrutura coerente e lógica, iniciando-se com a petição inicial seguida pela contestação, que deve ser deduzida antes da audiência de instrução e julgamento.

No que tange ao princípio informativo econômico Portanova disserta que “o processo procura obter o maior resultado com o mínimo de esforço”⁶⁸, com o fito de evitar a demora, o emperramento e os altos custos processuais. Desta forma, entende o autor que a economia processual deve ser analisada sob quatro aspectos: da economia de custos, da economia de tempo, economia de atos e eficiência da administração judiciária.

⁶⁴ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.19.

⁶⁵ Listados no sumário da obra “Princípios do Processo Civil” contamos a inserção de 74 princípios, divididos em 04 categorias (a saber: princípios informativos, princípios do juiz natural, princípios de acesso à Justiça e princípios do devido processo legal) com, conseqüentemente, 70 subprincípios no total (a primeira categoria tem 06 princípios, a segunda categoria tem 13 princípios, a terceira categoria tem 08 princípios e a quarta categoria tem 43 princípios).

⁶⁶ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 21.

⁶⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 21.

⁶⁸ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 24.

Já no conceito do princípio político o processualista defende que “pelo processo, o cidadão tem a seu dispor instrumento capaz de prover os direitos privados de máxima garantia social com mínimo sacrifício das liberdades individuais e coletivas”⁶⁹. Com isso, entende que os cidadãos através do processo tem garantido o direito de que o Estado atue e decida a sua pretensão deduzida em juízo, como forma de viabilizar a população a participação democrática política.

Para Portanova, o princípio jurídico é sinônimo de princípio da igualdade, de isonomia e paridade, pois irradia um “sentido tão dinâmico que pode ser chamado de princípio igualizador”⁷⁰, assim o definindo: “Entende-se por princípio da igualdade a equiparação de todos que estejam submetidos a uma dada ordem jurídica no que se refere ao respeito, ao gozo e à fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres”⁷¹.

Entende o autor que a interpretação deste princípio deve levar em conta as normas constitucionais, os objetivos da ordem econômica e social e as exigências da justiça social, bem como as liberdades individuais e coletivas⁷².

O princípio instrumental vem definido por Portanova no entendimento de que “o processo deve cumprir seus escopos jurídicos, sociais e políticos, garantindo: pleno acesso ao Judiciário, utilidade dos procedimentos e efetiva busca da justiça no caso concreto”⁷³. Todavia, atrelando-se ao conceito fica a ressalva do autor:

Não há dispositivo legal afirmando taxativamente o princípio da instrumentalidade do processo. Contudo, o ordenamento jurídico está repleto de normas que, aqui e ali, deixam à amostra o conteúdo do princípio. São normas claramente processuais, que, por um lado abrem as portas do Judiciário para proteger o cidadão (contra atos das autoridades e grupos poderosos), os consumidores e até o meio ambiente. Por outro lado, dentro do procedimento, são normas que visam a desformalizar os atos processuais e aproveitá-los tanto quanto possível.⁷⁴

Assim, entende o jurista que o processo deve atingir a efetividade social, ajustando-se a realidade sócio-jurídica através do instrumentalismo das formas.

⁶⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 31.

⁷⁰ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 35.

⁷¹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 35.

⁷² PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 39.

⁷³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 48.

⁷⁴ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 49.

Por fim, dentre os princípios informativos, há o princípio efetivo incluído pelo autor por entender que “o processo civil deve ser impregnado de justiça social”⁷⁵. Disserta o jurista que esse princípio é decorrência lógica do princípio da instrumentalidade, pois o objetivo daquele traduz-se neste. Assim, com este princípio, o processo atinge os objetivos constitucionais do Estado ao atingir os interesses social e público.

Adentrando na subdivisão de princípios gerais proposta pelo autor, encontram-se diversos princípios dentro de cada uma das categorias *juiz natural*, *acesso ao Judiciário* e *devido processo legal*.

A categoria nomeada *juiz natural* é vista pelo autor como um mecanismo que impede a criação de tribunais de exceção, uma vez que “compreende-se nesta expressão tanto a impossibilidade de criação de tribunais extraordinários após a ocorrência de fato objeto de julgamento, como a consagração constitucional de que só é juiz o órgão investido de jurisdição”⁷⁶.

Assim, temos nesta subdivisão os seguintes princípios: da inércia da jurisdição, da independência, da imparcialidade, da inafastabilidade, da gratuidade judiciária, da investidura, da aderência ao território, da indelegabilidade, da indeclinabilidade e da independência da jurisdição civil e criminal.

Já a categoria *acesso ao Judiciário*, para o autor, é decorrência dos movimentos de acesso a Justiça de Capelletti⁷⁷, que cuidam da representação legal dos pobres em juízo através da assistência judiciária gratuita, da proteção dos interesses difusos e ao risco da burocratização⁷⁸. Assim, em decorrência destas três ondas do referido movimento, o autor nomina os seguintes princípios referentes ao acesso à Justiça: da demanda, da autonomia da ação, do dispositivo, da ampla defesa, da defesa global, da eventualidade, da estabilidade

⁷⁵ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 54.

⁷⁶ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 63.

⁷⁷ A evolução do Direito, sob o prisma do acesso à Justiça, se desenvolveu através dos estudos de Mauro Capelletti, jurista italiano que classificou esse fenômeno em três fases denominadas “ondas renovatórias” dando enorme impulso ao aprofundamento da reflexão acerca da necessidade de se permitir o acesso à Justiça. Segundo Capelletti, a primeira onda seria a assistência judiciária para os pobres, a segunda onda versaria sobre a tutela dos interesses difusos e a terceira onda consistiria num novo enfoque de acesso à justiça e estaria ligada às reformas dos procedimentos judiciais, bem como ao estímulo de métodos alternativos de solução de conflitos e até mesmo preveni-los (p. 31/49 e 67). Daí nasceu o ideal de se buscar a universalidade da tutela jurisdicional pela qual se permite, a qualquer um do povo, provocar a atividade judicial através da demanda. Consultar: CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

⁷⁸ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 112.

objetiva da demanda, da estabilidade subjetiva da demanda, da *perpetuatio jurisdictione* e da recursividade.

Por fim, na categoria referente ao *devido processo legal*, entendido pelo doutrinador como uma garantia do cidadão de acesso ao judiciário e ao desenvolvimento do processo de acordo com normas previamente estabelecidas⁷⁹, tem-se os seguintes princípios: do impulso oficial, do contraditório, da publicidade, da finalidade, do prejuízo, da busca da verdade, da licitude da prova, da avaliação da prova, do livre convencimento, da persuasão racional, do duplo grau de jurisdição, da fungibilidade do recurso, da dialeticidade, da devolutividade do recurso e da irrecorribilidade em separado das interlocutórias.

Considerando o grandioso número de princípios listados e explicados pelo autor na obra, este faz a ressalva de que, embora o direito processual civil tenha um número grandioso de princípios, como em todos os sistemas jurídicos de origem romana, os princípios são considerados como fonte do direito, não sendo “meros acessórios interpretativos”⁸⁰.

Rui Portanova salienta a indispensabilidade do operador jurídico a visão interdisciplinar do fato, objetivando buscar além da norma os fatores sociais, ideológicos e políticos na adequada aplicação dos princípios⁸¹, preconizando que

Diferente da mecanicista aplicação da lei, os princípios não têm cada qual sentido absolutamente autônomo e limites absolutamente rígidos. Os princípios não são estanques ou absolutos. São relativos e por isso todos devem ser ponderados diante do caso concreto. [...] Ademais, nem todos os princípios têm previsão legal. Muitos (e às vezes os mais importantes, como, por exemplo, o da boa-fé no direito civil e do interesse público no processo) são reflexos imediatos da realidade.⁸²

Em conclusão, extrai-se que para Rui Portanova, a qualidade de aplicação tanto da norma quanto dos princípios está ligada diretamente à motivação ideológica do operador jurídico, e sua intelecção depende da fundamentalmente da fundamentação apresentada. Para o autor os princípios são enunciados que consagram as conquistas éticas da civilização e, por isso, podem ser aplicados a todos os casos concretos⁸³.

⁷⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 145.

⁸⁰ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.13/4.

⁸¹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 285.

⁸² PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.285.

⁸³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 14.

Vistos o vasto número de princípios encontrados na obra de Rui Portanova e o conceito de princípio, passemos ao estudo dos princípios gerais processuais de Nelson Nery Júnior, objeto do próximo item.

1.2.4 Os princípios do processo civil de Nelson Nery Júnior

Nelson Nery Júnior também dedica obra exclusiva ao estudo dos princípios processuais: *Princípios do processo na Constituição Federal*. Neste livro, o autor inicialmente traça algumas considerações com relação às distinções observadas entre normas, princípios, regras, garantias e direitos, valendo-se das obras de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luiz Virgílio Afonso da Silva, Lenio Luiz Streck, José Joaquim Gomes Canotilho e Josef Esser.

Todavia, ressalta Nery Jr. que “verifica-se que não é uniforme o entendimento respeito dos conceitos de *norma, princípio, regra, direito e garantia*”⁸⁴, razão pela qual o autor refere não adotar nenhuma das correntes de pensamento formadas acerca da conceituação do que seriam os princípios, embora afirme que a teoria mais robusta e coerente seja a de Josef Esser⁸⁵.

Objetivando o caráter didático de aprendizagem do direito processual, o conceito de princípio adotado pelo autor funda-se na dogmática corrente neste sistema processual⁸⁶. Com isso, em razão do atual modelo constitucional dirigente, que determina a máxima aplicação dos direitos fundamentais, o autor divide os princípios processuais em duas categorias, por assim se dizer, compreendendo a primeira dita categoria o princípio do devido processo legal enquanto a segunda categoria compreenderia os princípios derivados desta, tais como o princípio da isonomia, o princípio do juiz e do promotor natural, o princípio da

⁸⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 34.

⁸⁵ Os princípios, como resumido em Nery Jr., são vistos na obra de Josef Esser sob três tipos: 1) os axiomáticos, 2) os problemáticos e 3) os dogmáticos. Todos eles configuram-se em guias para os órgãos formadores do direito. Não um comando, uma instrução, mas, sim, um fundamento, um critério, uma causa de justificação da instrução. A qualidade do princípio em Esser não pode ser definida em abstrato, pois o princípio está incluído na instrução, determinando a posição desta dentro do conjunto do ordenamento, podendo-se inferir que a partir do princípio é que é possibilitado ao juiz construir a norma ao caso concreto. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 31/4.

⁸⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 35.

inafastabilidade do controle jurisdicional, o princípio do contraditório e da ampla defesa, o princípio da proibição da prova ilícita, o princípio da publicidade dos atos processuais, o princípio do duplo grau de jurisdição, o princípio da motivação das decisões judiciais e administrativas, o princípio da presunção de não culpabilidade e o princípio da celeridade e da duração razoável do processo.

No tocante à referida divisão esclarece o autor:

Naturalmente o direito processual se compõe de um sistema uniforme, que lhe dá homogeneidade, de sorte a facilitar sua compreensão e aplicação para a solução das ameaças e lesões a direito. Mesmo que se reconheça essa unidade processual, é comum dizer-se didaticamente que existe um direito constitucional processual, para significar o conjunto das normas de direito processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um direito processual constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular denominada jurisdição constitucional. Não se trata, portanto, de ramos novos do direito processual.⁸⁷

Assim, o autor passa a examinar, na obra em comento, os princípios fundamentais do processo sob o ângulo do direito constitucional, pois adotados pelo sistema pátrio⁸⁸, alertando para o fato de que “eles existem e devem ser preservados: sua incidência é que tem sofrido e deverá continuar sofrendo adaptações, dependendo do grau de desenvolvimento do sistema jurídico que as adote”⁸⁹.

Nery Jr. trata nesta obra apenas dos princípios constitucionais gerais que atuam no processo, desprezando os princípios específicos, uma vez que a incidência destes é direta. Para o autor, o princípio constitucional fundamental base do direito processual civil é o do devido processo legal. Ao ver do autor “bastaria norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais

⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 41.

⁸⁸ Menciona o autor que “Como os princípios informativos do processo independem de demonstração, pois são de cunho axiomático, resta-nos examinar os princípios fundamentais do processo sob o ângulo do direito constitucional, já que adotados pelo sistema mediante critérios político-ideológicos”. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 50.

⁸⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 51.

que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies”⁹⁰.

Isso porque, para Nery Jr., o princípio do devido processo legal “nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”⁹¹, bastando a Constituição ter enunciado este princípio para as garantias insculpidas no art. 5º e seus incisos tornarem-se despiciendas.

Ressalta o processualista que a amplitude da cláusula do devido processo legal torna desnecessária quaisquer dogmatizações processuais principiológicas⁹², pois este princípio

[...] pressupõe a incidência da isonomia; do contraditório; do direito à prova; da igualdade de armas; da motivação das decisões administrativas e judiciais; do direito ao silêncio; do direito a não produzir provas contra si mesmo e de não se autoincriminar; do direito de comunicar-se em sua própria língua nos atos do processo; da presunção de inocência; do direito de duplo grau de jurisdição no processo penal; do direito à publicidade dos atos processuais; do direito à duração razoável do processo; do direito ao julgador administrativo e ao acusador e julgador e juiz natural; do direito a juiz e tribunal independentes e imparciais; do direito de ser comunicado previamente dos atos do juízo, inclusive sobre as questões que o juiz deva decidir *ex officio*, entre outros derivados da *procedural due process clause*.⁹³

Feitas as considerações acima esposadas, passemos, então, ao estudo dos princípios derivados do devido processo legal.

No âmbito dos princípios processuais derivados do *due process*, Nery Jr. inicia sua tese justificando que a escolha dos princípios acima referidos “não foi arbitrária, mas seguiu critério lógico sistemático de analisar os realmente fundamentais do ponto de vista de sua predominância constitucional”⁹⁴.

⁹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 79.

⁹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 87.

⁹² NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 98.

⁹³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 92.

⁹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 98.

Diante deste contexto traçado, o autor passa a analisar e conceituar os princípios derivados do princípio do devido processo legal, a iniciar pelo princípio da isonomia concluindo com os princípios da celeridade e razoável duração do processo, cujos conceitos serão brevemente abordados para que, no capítulo final do estudo, possamos traçar comparativos dos tipos principiológicos encontrados no primeiro e segundo capítulos. Passemos à análise.

Por conceito de princípio da isonomia, definiu-o Nery Jr. como a prerrogativa de todos os litigantes receberem tratamento idêntico⁹⁵. Assim, o autor exemplifica o princípio com as proteções isonômicas advindas do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor⁹⁶, que reconhece o consumidor como a parte mais fraca da relação de consumo, invertendo o ônus da prova a seu favor; com a limitação de idade em alguns concursos públicos; com o benefício do prazo em dobro para litisconsortes com diferentes procuradores, previsto no art. 191 do Código de Processo Civil⁹⁷, dentre outros.

No que tange ao princípio do juiz natural o autor refere a grande importância à garantia do estado democrático de direito e na manutenção dos preceitos de imparcialidade da atividade jurisdicional⁹⁸. Salienta que “a garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que: 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc* [...]; 2) todos têm direito a submeter a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial”⁹⁹.

Já no que tange ao princípio do promotor natural, resta latente o repelimento da figura do acusador de exceção. “Este princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinado tanto a proteger o membro do MP, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, quem se reconhece o

⁹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 99.

⁹⁶ Determina o art. 6º, VIII do CDC o direito básico do consumidor de facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

⁹⁷ Estabelece o art. 191 do CPC que quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.

⁹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 130.

⁹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 130.

direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei”¹⁰⁰.

Para que este princípio seja respeitado o autor faz a ressalva de que há a exigência da presença de quatro requisitos: a investidura no cargo de promotor, a existência de órgão de execução, a lotação do promotor no órgão de execução e a definição em lei das atribuições deste órgão¹⁰¹.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ou princípio do direito de ação, é analisado pelo autor como um preceito legitimador do acesso à justiça, oriundo do art. 5º, XXXV¹⁰², da CF/88. Deve, pois, ser entendido em sua dupla perspectiva: que todos tenham acesso ao Poder Judiciário e que a tutela jurisdicional a ser obtida deva ser a adequada, como salienta o autor, “nisso reside a essência do princípio: o jurisdicionado tem o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação”¹⁰³.

Também derivada da ótica de acesso à Justiça advinda do princípio do direito de ação está a assistência judicial gratuita e integral aos necessitados prevista no art. 5º, LXXIV, da CF/88¹⁰⁴, devendo esta garantia ser lida de forma abrangente, envolvendo a consultoria e a atividade jurídica.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa também são garantias insculpidas no art. 5º da CF/88, em seu inciso LV¹⁰⁵. O princípio do contraditório é entendido por Nery Jr. como a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos subsequentes destes as partes, bem como a possibilidade de que as partes reajam aos atos que

¹⁰⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 170.

¹⁰¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 172.

¹⁰² Art. 5º, XXXV, CF: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁰³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 176.

¹⁰⁴ Art. 5º, LXXIV, CF: o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

¹⁰⁵ Art. 5º, LV, CF: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

lhes sejam favoráveis¹⁰⁶. Assim, este princípio é inerente a todas as partes litigantes, envolvendo o juiz, a quem cabe a garantia da igualdade de tratamento e, por via de consequência, a garantia do contraditório.

O princípio do contraditório configura-se na manifestação do Estado Democrático de Direito, tendo íntima ligação com o princípio da igualdade das partes e do direito de ação, pois “o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório”¹⁰⁷.

Já o princípio da ampla defesa “significa conferir às partes a dedução adequada de alegações que sustentem sua pretensão (autor) ou defesa (réu) no processo judicial [...], com a conseqüente possibilidade de fazer prova dessas mesmas alegações e interpor os recursos cabíveis contras as decisões judiciais e administrativas”¹⁰⁸.

No que se refere ao princípio da proibição da prova ilícita, oriundo do art. 5º, LVI, da CF/88¹⁰⁹, Nelson Nery Jr. faz a ressalva de que não pode ser levado aos extremos: nem a negativa total de proibição e nem a livre admissão da prova obtida por meio ilícito deve ser admitida, mas sim, deve ser adotada uma tese intermediária, “que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de *princípio da proporcionalidade*”¹¹⁰. Neste contexto, o autor faz a ressalva de que a prova sempre será ilegal quando houver violação do ordenamento como um todo, e que a proporcionalidade deve ser a medida para assegurar a prova obtida, até mesmo como meio de assegurar o devido processo legal.

O princípio da publicidade dos atos processuais, previsto nos arts. 5º, LX¹¹¹, e 93, IX, da CF/88¹¹², busca a publicização dos atos judiciais como corolário da garantia de

¹⁰⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 210.

¹⁰⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 209

¹⁰⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 249.

¹⁰⁹ Art. 5º, LVI, CF: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

¹¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 265.

¹¹¹ Art. 5º, LX, CF: a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

¹¹² Art. 93, IX, CF: Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil

motivação das decisões judiciais. Excetua-se sua incidência apenas nos casos legalmente previstos, que digam respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos, guarda de menores e nas demais causas interesse público exigir¹¹³.

A garantia processual de reapreciação da causa em grau de recurso é a previsão insculpida pelo princípio do duplo grau de jurisdição. Este princípio assume notável importância quando pensado sob o aspecto de sua ausência, pois não havendo a garantia do duplo grau de jurisdição o legislador poderia restringir a atuação legislativa mediante a limitação da interposição dos recursos.

em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento; b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago; c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; III o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância; IV previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados; V - o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º; VII o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal; VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40; VIII o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; VIII - A remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas a , b , c e e do inciso II; IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; XII a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente; XIII o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população; XIV os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório; XV a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

¹¹³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 284.

O princípio da motivação das decisões judiciais surge como manifestação do estado de direito, sendo garantia assegurada no art. 93, IX, da CF/88, que determina que as decisões judiciais devem ser motivadas sob pena de nulidade. No conceito do autor

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação *substancial* e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão.¹¹⁴

Assim, o alcance do princípio da motivação das decisões judiciais perpassa pela necessidade de comunicação judicial lógica indo ao encontro das garantias constitucionais de imparcialidade e independência do juiz, de livre convencimento do juiz e de legalidade e publicidade das decisões judiciais¹¹⁵.

Confirmando a regra geral de liberdade assegurada no art. 5º, LVII, CF/88¹¹⁶, o princípio da presunção de não culpabilidade constitui “princípio fundamental do estado de Direito. É sinônimo de não culpabilidade, a *presunção de inocência*¹¹⁷. Este princípio veda as normas que impõem a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, sendo próximo do princípio penal do *in dubio pro reo*.

Por fim, os princípios da celeridade e da duração razoável do processo, acrescidos à Constituição pela Emenda Constitucional nº 45/04, que introduziu ao art. 5º da CF a alínea LXXVIII¹¹⁸. Para o autor “trata-se de desdobramento do princípio do direito de ação [...] que definimos como garantidor do direito de obter-se a tutela jurisdicional *adequada*¹¹⁹.”

O princípio da duração razoável do processo insere-se na celeridade processual e tem dupla finalidade: respeitar o tempo do processo em sentido estrito, adotando-se meios alternativos para a solução de conflitos com o fito de desafogar o Judiciário, o que,

¹¹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 290.

¹¹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 290/1.

¹¹⁶ Art. 5º, LVII, CF: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos

¹¹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 301.

¹¹⁸ Art. 5º, LXXVIII, CF: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 316.

via de consequência, abreviaria a duração média dos processos não inseridos nos meios alternativos de solução de conflitos.

Nery Jr. ressalta a importância deste princípio nos dias atuais, porquanto a aceleração das comunicações, advinda da modernização eletrônica, somada à globalização social, cultural e econômica, tem levado os jurisdicionados a cobrar solução rápida nos processos. Nas palavras do autor “numa demonstração de retórica jurídica, se podia dizer que ‘no processo o tempo é algo mais do que ouro: é justiça’”¹²⁰.

Cabe ao juiz, por força do disposto no art. 125, *caput*, CPC¹²¹ “velar pela rápida solução do litígio”, cuja duração razoável deve ser auferida mediante critérios objetivos envolvendo a natureza e complexidade da causa, o comportamento das partes e seus procuradores, bem como das autoridades judiciais e administrativas competentes, e a fixação legal de prazos para a prática de atos processuais a fim de assegurar a efetividade do direito ao contraditório e ampla defesa¹²².

O que se constata na leitura dos princípios feita Nelson Nery Jr. é que estes se traduzem em preceitos constitucionais que sistematizam os direitos fundamentais. E, como verificado no processualista supracitado, bem como nos demais doutrinadores antes referidos, o vocábulo princípio também vem utilizado no sentido de indicar um norte, de ser norma diretriz do sistema, ou, ainda, como fonte de interpretação do sistema.

Todavia, como já referido linhas acima, em que pese a idéia de que os princípios estão relacionados à gênese do sistema jurídico, como visto no tópico inaugural do estudo, não há unanimidade quanto à definição do que realmente seja um princípio, embora na literatura processualista brasileira transbordem definições ao vocábulo.

Dentre os conceitos analisados até agora observamos que a doutrina vale-se de diversos critérios na tentativa de delimitação do conceito de princípio jurídico. Assim, o que verificamos que as definições de princípio apresentadas na doutrina processualista

¹²⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 320.

¹²¹ Art. 125, CPC: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

¹²² NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 320.

brasileira são muito abrangentes, podendo qualquer tese ser albergada e entendida como princípio.

Como a doutrina processualista brasileira não define exatamente o conceito de princípio, para verificarmos a possibilidade de balizar o conceito envolto na expressão princípio, passemos a análise das delimitações contidas no paradigma hermenêutico, objeto do segundo capítulo da pesquisa.

2 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CIVIS DE ACORDO COM O PARADIGMA HERMENÊUTICO FILOSÓFICO

Na análise do termo princípio, objeto de estudo do primeiro capítulo, observamos quão amplas são as noções expostas na conjectura de delimitação do conceito de princípio. Isto ocorre em razão do caráter multifacetário e polissêmico¹²³ do termo princípio.

Os princípios trabalhados na doutrina processual civil brasileira comportam uma definição abrangente, podendo-se inferir três sentidos para o termo princípio na doutrina. No primeiro sentido são vistos como *super normas*, ou seja, normas que exprimem valores e que, por isso, são tidas como ponto de partida, de referência para regras que as desdobram. No segundo sentido, seriam *standards*, impondo o estabelecimento de normas específicas a fim de preordenar o conteúdo da regra legal. No terceiro sentido encontrado seriam *generalizações*, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada matéria, com conotação descritiva.

O que se constata, e isso deve ser repetido, é que não há clareza conceitual quando se fala de princípio, prevalecendo a ignorância da multiplicidade de significados com que, no direito, os princípios podem ser utilizados, sendo poucas as manifestações doutrinárias que procuram esclarecer os significados e os diversos usos nos quais está em jogo o conceito de princípio¹²⁴.

No presente capítulo será analisado como os princípios são tratados no paradigma hermenêutico filosófico. Primeiramente será analisado como se deu a utilização dos princípios ao longo dos paradigmas históricos, para que, no segundo momento, sejam analisados os princípios na literatura de Rafael Tomaz de Oliveira, na obra *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*; e de Lenio Luiz Streck, no livro *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*.

¹²³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 76.

¹²⁴ Nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29.

2.1 Os princípios processuais ao longo dos paradigmas históricos

Para que possamos analisar a definição dos princípios processuais civis no paradigma hermenêutico filosófico faz-se necessária uma breve digressão histórica a fim de verificarmos como os princípios foram vistos a partir da teoria jusnaturalista e, posteriormente, a partir das teorias positivista e pós-positivista. Passemos, então, à sumária digressão histórica.

O jusnaturalismo moderno tinha por escopo deixar para traz o dogmatismo medieval, bem como escapar do ambiente teológico em que se formou e desenvolveu. Nesta fase, os princípios ocupavam uma função meramente informativa, de critério valorativo do direito positivo, mas sem qualquer eficácia sintática normativa. Os princípios jurídicos, neste paradigma, eram situados em esfera metafísica e abstrata, sendo reconhecidos como inspiradores de um ideal de justiça, cuja eficácia se cingia a uma dimensão ético-valorativa do Direito.

Na promulgação dos Códigos no século XIX, muitos dos preceitos seguidos pelos jusnaturalistas foram incorporados em textos escritos, principalmente do Napoleônico¹²⁵. Com isso, o Jusnaturalismo exauria a sua função ao mesmo tempo em que celebrava seu triunfo, pois ao transpor o Direito racional para dentro de um código, resultou em que não se via nem admitia outro direito senão este. E, com isso, os princípios ou mesmo as normas extrínsecos ao direito positivado, foram considerados ilegítimos¹²⁶.

Surgia, então, o positivismo, período que tinha a pretensão de conferir às ciências jurídicas a objetividade científica das ciências exatas. Com isso, o positivismo jurídico resumiu o direito a um sistema de regras utilizados pela comunidade com o propósito de determinar os comportamentos que serão punidos ou coagidos pelo Poder Público,

¹²⁵ Rodolfo Luis Vigo refere que os princípios, nos códigos de inspiração jusnaturalista, somente foram recepcionados pelos Códigos Civis austríaco, de 1811, colombiano, de 1887, e equatoriano, de 1861. Destaca que o Código de Napoleão de 1804 se absteve de sugerir qualquer procedimento de integração da lei: “Acontece que dito *Code* constitui a expressão triunfante da concepção racionalista e onicompreensiva do autor jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, onde ele colocará em vigência esses admiráveis e detalhados sistemas de direito natural que são dedutivelmente construídos e, em consequência, por essa razão onipotente e infalível lhe resulta inadmissível reconhecer o direito fora do Código” (p. 125). VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹²⁶ BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios*, in: LEITE: George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 105.

existindo neste paradigma uma batalha cética contra as leis fundadas em preconceitos morais, e com esta separação entre direito e moral fica retirada do âmbito da jurisprudência qualquer tipo de função moralizadora.

Herbert Hart, importante filósofo positivista, entendia que o direito e a moral como fenômenos distintos¹²⁷. Na obra de Hart, há o reconhecimento de que a moralidade pode orientar decisões em muitas circunstâncias diferentes, e até mesmo que o direito e a moral andam juntos em alguns assuntos. Mas há, sobretudo, a percepção teórica de que a lei não pode e não deve naturalizar preconceitos morais, dentre outras razões, porque moralidade e direito são fenômenos distintos.

Partindo do pressuposto de que a lei é uma regra social, Hart sustentou em sua obra que o sistema jurídico é composto pela combinação de regras primárias, que impõem deveres, e regras secundárias que conferem modos de se compreender a aplicação de obrigações, atribuindo poderes. Entre as regras do tipo secundário “está sua célebre *regra do conhecimento*, cujo papel seria o de especificar aspectos cuja existência numa dada regra faz com que ela seja considerada como *jurídica*. E estes aspectos, para Hart, são aspectos fundamentalmente *sociais*”¹²⁸

Isso significa dizer que a comunidade daqueles que participam da esfera pública sempre encontra um modo de identificar qual é a regra jurídica e qual o discurso legitimador para a necessidade social, ou seja, reconhecem o lugar da lei. Com efeito, no caso do direito, o reconhecimento se legitima não por simples medo do mal punitivo, mas pelo fato de que, quando queremos saber o que é o direito, sabemos exatamente para onde olhar.

¹²⁷ Para diferenciar as regras jurídicas das regras morais, Herbert Hart, vale-se dos seguintes critérios: “vulnerabilidade humana” (refere que a vulnerabilidade está diretamente ligada a conduta de abstenção humana), “igualdade aproximada” (relaciona os sentimentos de dominação e subjugação), “altruísmo limitado” (considera que os homens não são nem anjos, nem demônios e, por isso, manter-se no meio de dois extremos é difícil), “recursos limitados” (critério que observa que as necessidades humanas pautam-se em recursos que são limitados, como, por exemplo, comida, roupas e abrigo) e “compreensão e força de vontade limitadas” (refere que a cooperação somente é voluntária se coercitiva). Assim leciona que estes truísmos não revelam apenas o núcleo do bom senso no Direito, mas, sim, são vitais para a compreensão do direito e da moral. A conclusão que se chega quanto a diferença entre direito e moral em Hart pode ser resumida em sua frase: “enquanto os seres humanos puderem conseguir a suficiente cooperação de alguns, de forma a permitir-lhes dominar os outros, utilizarão as formas do direito como um de seus instrumentos.” (p. 226). Consultar: HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹²⁸ HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 09; HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

Hart faz do positivismo legal uma teoria da sociedade, onde os deveres jurídicos são criados por regras sociais que ganham normatividade através de seu reconhecimento social, ou seja, as regras normativamente obrigatórias “são compostas de uma *textura aberta* (aspecto que se atribui aos *limites da linguagem*) que deve ser preenchida pelos tribunais, segundo sua discricção”¹²⁹. Isso porque o juiz possui autoridade para decidir, autoridade esta conferida por uma norma de conhecimento proveniente da comunidade, e por tanto social.

Em relação aos princípios, no positivismo sua função era meramente subsidiária, por conta da norma antilacunas clássica em todos os ordenamentos romano-germânicos¹³⁰. No positivismo clássico não era possível aceitar que o juiz pudesse aplicar uma norma que não se revelasse no seu próprio texto, ou seja, não poderia ser aplicada uma norma que exigisse do intérprete margem de subjetividade para atribuição de seu significado¹³¹.

Destarte, para os positivistas os princípios tinham função puramente garantidora da inteireza dos textos legais, servindo tão somente para suprir os vácuos normativos que as leis, porventura, não lograram perfazer. Os princípios não possuíam caráter normativo. Eram apenas “diretrizes ou balizas que guiariam o julgador no momento de decisão de uma controvérsia jurídica cuja solução não encontrasse previsão no ordenamento jurídico”¹³².

Nesse sistema jusfilosófico não se reconhecia a normatividade dos princípios, dada a imprevisibilidade que estes poderiam causar às relações jurídicas. Contudo,

¹²⁹ HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 10; HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹³⁰ Rodolfo Luis Vigo refere que dentre os códigos de inspiração positivista “um dos poucos casos constitui o Código Civil italiano de 1942, que, para problemas duvidosos, estabelece que a solução se buscará nos ‘princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado’ e, finalmente nos encontramos com aqueles códigos que, ao empregar, como o argentino, a fórmula neutra de ‘princípios gerais do direito’ toleram uma interpretação de alcance positivista e também a inclusão de estimações ou critérios jusnaturalistas ou axiomas lógicos; o primeiro Código que segue esta orientação é o dos Estados Sardinianos ou Código Albertino de 1837, continuado com o italiano de 1865, o espanhol de 1888, o mexicano de 1928, o venezuelano de 1942 e, logicamente, o art. 16 do Código Civil argentino de Vélez Sársfield”. VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 125/6.

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil. Volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 49.

¹³² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 503.

ante a possibilidade de ruir o dogma da completude do sistema normativo caso não se colmatassem as lacunas que viessem a ocorrer, optou-se pela adoção de uma aplicação diferenciada dos princípios somente como forma de solução das lacunas, a saber: não são os princípios que gozam de normatividade, mas a norma que confere competência ao julgador para aplicá-los.

Com isso, a aplicação dos princípios ficou delegada reservadamente “a um órgão político, já que não se amoldava com a função que era esperada do juiz, isto é, com a simples aplicação do ditado da regra produzida e acabada pelo legislativo”¹³³.

A decadência do positivismo coincide com uma época em que o homem passou a se preocupar mais com os direitos sociais, atribuindo uma dimensão superior à necessidade de se solucionar conflitos independentemente das leis, pela percepção de que a lei não é sempre legítima, e de que esta deve corresponder a vontade social.

A superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. Nesse contexto, pensadores como Robert Alexy e Ronald Dworkin¹³⁴ passaram a sustentar nas mesmas idéias-base algumas adjacências. Era o início do pós-positivismo jurídico.

O Pós-Positivismo é a designação de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica Constitucional e da teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. “A valorização dos princípios sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais, e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética”¹³⁵.

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil. Volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 49.

¹³⁴ Dworkin declara guerra explícita ao positivismo de Hart quando em 1967 publica o “*The model of rules*” posteriormente editado com o nome “*Is law a sistem of rules?*”. A visão positivista é atacada na ampliação das regras positivistas, com a inclusão de “uma variedades de modelos que não funcionam como regras, mas que operam de maneira diferente, como princípios, diretrizes políticas e outros tipos de pautas.” VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 64.

¹³⁵ BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS Ana Paula de. *A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios*. In: LEITE: George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 108.

A nova fase passou a atribuir maior importância não somente às leis, mas aos princípios jurídicos, que deixam de possuir apenas a função integratória do direito. Isso porque o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico, pois se fazia necessário garantir os direitos sociais do homem. O horizonte histórico até então desenhado perpetuava a aproximação do Direito com a norma, ao passo que tornava rígida a separação da ética do Direito.

O discurso científico que impregnara o Direito não correspondia mais ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Com isso, o pós-positivismo não surgiu com o ímpeto da desconstrução, mas, sim, como uma superação do conhecimento convencional, iniciando sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. “O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito”¹³⁶.

Como se pode perceber, a teoria normativa dos princípios é assunto estreitamente ligado ao pós-positivismo, pois nesta época “tanto a Doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios”¹³⁷.

Em suma, a teoria dos princípios chega ao pós-positivismo com algumas consolidações:

a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito; com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)*. In BAROSSO, Luis Roberto (org) *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27/8.

¹³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 265 a 294.

definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios¹³⁸.

Diante do contexto pós-positivista que se apresentava, Robert Alexy definiu, em seu *Teoria dos Direitos Fundamentais*, os princípios como mandamentos de otimização, ou seja, como normas que ordenam algo a ser realizado na maior perspectiva possível, observando as possibilidades jurídicas reais existentes¹³⁹. Nesta obra, o jusfilósofo afirma que as normas de direitos fundamentais possuem uma distorção: podem ser regras ou princípios. Assim, podem existir regras de direitos fundamentais ou princípios de direitos fundamentais, posto que ambas são espécies de um gênero: norma, e, com isso, podem ser cumpridos em diferentes graus, posto que o “âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas”¹⁴⁰.

Para Alexy, em síntese, há uma distinção estrutural entre regras e princípios¹⁴¹. Desta forma, há normas de direitos fundamentais que possuem um dever-ser alargado, entendidas como princípios, e existem normas de direitos fundamentais que possuem um dever-ser restrito, entendidas como regras. “Daí decorre a conclusão: as normas de dever-ser alargado entram em colisão e, por isso, dependem de um procedimento que resolva este problema antes de determinar a resolução do caso propriamente dito. Este procedimento é a ponderação. Por um outro lado, as normas que possuem um dever-ser

¹³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 265 a 294.

¹³⁹ Definiu Alexy: “los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86.

¹⁴⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 25. Igualmente em: Consultar: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, e ALEXY, Robert. *Teoría Del Discurso y Derechos Cosntitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005.

¹⁴¹ Para Robert Alexy, regras são “mandamentos definitivos”, quer dizer, que ordenam fazer uma coisa numa medida previamente definida. Princípios, por outro lado, são “mandamentos de otimização”, ou seja, ordenam fazer uma coisa na máxima medida possível. Assim, regras são normas cuja medida de aplicação já vem previamente definida, enquanto princípios são normas cuja medida de aplicação deve ser definida, pelo julgador, em cada situação de aplicação. Consultar: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, e ALEXY, Robert. *Teoría Del Discurso y Derechos Cosntitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005.

restrito podem ser aplicadas diretamente às situações concretas, e por isso, seu procedimento de aplicação é a subsunção”¹⁴².

Como se verifica, Alexy analisa a distinção estrutural entre as regras e princípios partindo da perspectiva dos Direitos Fundamentais, considerando como regras as que possuem um dever-ser mais restrito, e, por isso, em caso de colisão, resolvem-se pela subsunção, e princípios as que tem um dever-ser mais amplo, que, em caso de conflitos, resolvem-se pela ponderação do princípio ao caso.

Noutra perspectiva, Ronald Dworkin, tomando dianteira no debate, reconhece não apenas as regras, mas também princípios, os quais – em contraste com a concepção positivista – são juridicamente vinculativos, com a finalidade de conferir a coerência e a justificação ao sistema jurídico, o que contrasta com a concepção positivista. Para Dworkin, princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”¹⁴³.

Ronald Dworkin afirma que “a prestação jurisdicional substantiva no Direito é uma questão de princípio, e que essa é uma importante afirmação tanto em termos normativos quanto teóricos”¹⁴⁴. Assim, o que persiste é o interesse em saber se é possível encontrar um meio-termo entre as afirmações exageradas e as niilistas sobre os direitos que as pessoas têm a processos no Tribunal.

Neste diapasão, Dworkin traça uma distinção entre regras e princípios, valendo-se da lógica para aplicá-los¹⁴⁵. Tanto os princípios quanto as regras partem de pontos

¹⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 503; ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, e ALEXY, Robert. *Teoría Del Discurso y Derechos Cosntitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005.

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36. Nesse mesmo sentido encontramos HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 10.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 113.

¹⁴⁵ Dworkin afirma: “Meu objetivo imediato, porém, é distinguir os princípios, no sentido genérico, das regras [...] A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é a natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou

comuns para a decisão de determinado caso jurídico. Sendo assim, as regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada, devendo ser aceitas ou, do contrário, consideradas inválidas. Já um princípio conduz a uma direção, e com isso possui dimensão de peso ou relevância que as regras não possuem.

Na resolução de um conflito, considera-se a força relativa de cada princípio, enquanto que, na hipótese de regras em conflito, uma delas não pode ser válida, conforme refere Francisco Motta¹⁴⁶:

Entre regras e princípios, dirá Dworkin, há uma diferença *lógica*: enquanto as primeiras são excludentes uma da outra (ou se aplica uma, ou se aplica outra; dados os fatos previstos para a sua “incidência”, somente uma pode ser válida, os princípios contrários não são considerados exceções uns dos outros, na medida em que possuem uma dimensão estranha às regras, qual seja, a dimensão do peso ou da importância; com isso, quando os princípios se inter cruzam, o que está em jogo é a força relativa de cada um, mas não a sua validade: ambos (ou todos) seguirão valendo, e poderão ser decisivos para o caso seguinte (quando poderão ter “maior peso” do que no caso anterior).

Dworkin não vê uma relação de oposição entre regras e princípios. Ao contrário! Para ele, o Direito só faz sentido quando entendido como unidade integral coerente, com a complementaridade entre regra e princípios. “Daí a necessidade de desenvolver uma justificativa que ‘enlace’ ambos os padrões de julgamento como componentes de uma personificação moralmente íntegra”¹⁴⁷. Para tanto, Dworkin entende que a teoria do direito deve fornecer uma base para o dever judicial, de modo que os princípios devem tentar justificar as regras estabelecidas. Assim, o trabalho do jurista encarregado da teoria é identificar no sentido das regras as preocupações e tradições morais da comunidade que efetivamente as sustentam.

não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

¹⁴⁶ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional Brasileiro*. 2009, p. 60. Disponível em: <http://bdt.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1060>. Acesso em: 21 março 11.

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 106. No mesmo sentido em MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional Brasileiro*. 2009, p. 61. Disponível em: <http://bdt.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1060>. Acesso em: 21 março 11.

Com isso, o autor preocupa-se com a legitimidade das bases do dever judicial e sugere a necessidade de aceitar uma teoria política geral que justifique as práticas jurídicas através da harmonização de dois eixos:

a ideia de “intenção” ou “propósito” da lei – conceito que “faz uma ponte entre a justificação política da idéia geral de que as leis criam os direitos e aqueles casos difíceis que interrogam sobre direitos foram criados por uma lei específica” – e a concepção de princípios que “subjazem” às regras positivas do Direito – conceito que “faz uma ponte entre a justificação política da doutrina segundo a qual os casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira e aqueles casos difíceis nos quais não fica claro o que essa doutrina geral requer”¹⁴⁸.

Nesse particular, como nem sempre a forma de um padrão torna possível constatar se ele é uma regra ou um princípio, os conflitos jurídicos podem ser solvidos por meio de outras regras que dão precedência à regra promulgada mais recentemente ou pela autoridade de grau superior ou mais específica, ou, também, pela regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.

O que se verifica em Dworkin é que este não entende o Direito como um número fixo de padrões (ou regras, ou princípios). Na verdade, ele quer é se opor a esta idéia¹⁴⁹. Ao referir-se aos casos difíceis, cuja solução depende de outros padrões que não funcionam como regras, mas operam de outra maneira, como princípios e políticas, o referido autor ataca o reducionismo do positivismo, que desconsidera todos os padrões que não sejam regras.

Dworkin faz menção ao termo princípio de maneira genérica, para indicar o conjunto de padrões que não são regras, distinguindo a política (padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado) de princípio (padrão que opera nas dimensões da moralidade).

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 164/5. No mesmo sentido em MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional Brasileiro*. 2009, p. 61. Disponível em: <http://bdt.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1060>. Acesso em: 21 março 11.

¹⁴⁹ Dworkin afirma: “O meu ponto não é que ‘o direito’ contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à idéia de que ‘o direito’ é um conjunto fixo de padrões de algum tipo. Ao contrário, o que enfatizei foi que uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e com a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juizes e juristas, com frequência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira.” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 119/20.

O autor propõe tratar os princípios como Direito, rejeitando a doutrina positivista que distingue o direito de outros padrões sociais mediante um teste, bem como esclarecendo a doutrina do poder discricionário do juiz. Essa nova percepção viabiliza a hipótese de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por princípios ou por uma regra estabelecida. Dworkin sugere que se supere a idéia do Direito como um sistema de regras e se abra espaço para a construção de outro modelo, que comporte a complexidade das práticas judiciais.

Assim, o eixo central da teoria dworkiniana é a integridade do Direito, ou do Direito compreendido como integridade. O estudo desta integridade, porém, pode ser adequadamente entendido a partir da filosofia hermenêutica (e a hermenêutica filosófica que a *secunda*)¹⁵⁰. A hermenêutica, portanto, propõe-se a realizar uma nova compreensão, que supere a problemática suplantada no paradigma apresentado sem, no entanto, retornar às correntes do *jusnaturalismo*.

E, nesse norte, os ensinamentos de Hans-Georg Gadamer¹⁵¹, somados aos de Ronald Dworkin, se fizeram preciosos, pois ambos os autores cuidam de ‘problematizar o ‘não-dito’ que, apesar de ‘não-dito’ e, bem por isso, ‘não-tematizado’, acaba ‘sustentando’ a prática e os ‘modos-de-ser’ dos intérpretes/operadores do Direito”, como bem referido por Francisco José Borges Motta¹⁵².

A questão hermenêutica retomada em Gadamer diz respeito ao papel da *aplicação* no processo interpretativo, pois somente compreendemos e interpretamos o Direito no momento de sua *applicatio*. Todavia, não há uma divisão temporal entre compreensão e aplicação, “isto é, que não se trata de primeiro compreender um texto para depois poder aplicá-lo a situações cotidianas, mas, antes, a compreensão, quando ocorre, já traz em si o momento da aplicação”¹⁵³. Assim, compreender para Gadamer seria aplicar, pois a compreensão da lei se expressa em cada situação concreta e de maneira nova e distinta. Por

¹⁵⁰ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional Brasileiro*. 2009, p. 71. Disponível em: <http://btd.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1060>. Acesso em: 21 março 11.

¹⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

¹⁵² MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional Brasileiro*. 2009, p. 73. Disponível em: <http://btd.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1060>. Acesso em: 21 março 11.

¹⁵³ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional Brasileiro*. 2009, p. 73. Disponível em: <http://btd.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1060>. Acesso em: 21 março 11.

isso, afirma o citado autor que a compreensão “é um caso especial da aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular”¹⁵⁴.

A compreensão, para Gadamer, ocorre a partir de nossos preconceitos (ou pré-juízos), que não são arbitrários e são muito mais do que meros juízos individuais: a *realidade histórica do nosso ser*. Isso porque, a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. “Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade”¹⁵⁵.

Nesse sentido o autor coloca o problema de como “achar a saída do cabo de força das próprias opiniões prévias”¹⁵⁶ alertando que “aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto. [...] Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto”¹⁵⁷.

Com isso Gadamer propõe que a compreensão seja guiada por uma consciência metódica que torne consciente as antecipações e com isso obtenha uma compreensão correta a partir das próprias coisas. “Não se trata [...] de assegurar a si mesmo contra a tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, pelo contrário, de manter afastado tudo o que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa. São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição”¹⁵⁸.

Quando trata do paradigma da hermenêutica jurídica, Gadamer destaca que o jurista toma o sentido da lei a *partir de e em virtude de* um determinado caso. Para ele o

¹⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 465.

¹⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 403.

¹⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 404.

¹⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 405.

¹⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 406.

intérprete acaba vinculando à lei, configurando o que denomina *valor posicional histórico*, que surgiria do ato legislativo. O historiador jurídico, por sua vez, não teria nenhum caso concreto a analisar, procurando determinar o sentido da lei na totalidade do âmbito de aplicação¹⁵⁹.

Afirma Gadamer que, enquanto o juiz faz a adequação da lei às necessidades atuais, objetiva a resolução de uma tarefa prática, onde “compreender e interpretar significa conhecer e reconhecer um sentido vigente”¹⁶⁰. Com isso, assume a posição do historiador do momento, posto que o historiador não enfrenta, a princípio, nenhuma tarefa jurídica, na medida em que pretende averiguar o significado histórico da lei.

A hermenêutica, então, teria como escopo a compreensão do que diz um texto (de uma lei ou não) a partir de uma situação concreta, que na verdade produziria o sentido procurado. A interpretação se torna necessária onde o sentido de um texto não se deixa compreender imediatamente, e, com isso a interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, enquanto a aplicação é uma tarefa do juiz, ainda que, como concreção possa ser realizada por qualquer membro da comunidade jurídica.

Gadamer analisa a circularidade hermenêutica acrescentando um novo prisma à proposta heideggeriana. Explica, assim, que “o círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete”¹⁶¹. É uma contínua formação, que aceita as experiências e as idéias pré-concebidas pelo intérprete, mas que não é e não pode ser determinada por tais experiências e/ou idéias.

A relação do intérprete com a tradição é instaurada por ele mesmo enquanto compreende, enquanto participa do acontecer da tradição, que é continuamente determinada a partir dele próprio. Daí por que Gadamer entende o círculo hermenêutico não no sentido tradicional, sob uma perspectiva metodológica, mas como algo que descreve um momento estrutural ontológico da compreensão.

¹⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 483. No mesmo sentido: HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão da Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 487.

¹⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 439/440.

Lenio Streck destaca que: “com o giro hermenêutico proposto por Gadamer, a hermenêutica jurídica deverá ser compreendida não mais como um conjunto de métodos ou critério aptos ao descobrimento da verdade e das certezas jurídicas”¹⁶².

A pré-compreensão é indispensável nesse contexto, pois sem ela não se poderia nem mesmo realizar a leitura de um texto. É esta postura antecipatória que permite uma aproximação com um texto interpretando, e que o designa como possível de ser interpretado ou não, é que o interprete traz em sua base histórica e de conhecimento. A verdadeira compreensão seria uma unidade acabada de sentido, que poderia ou não se coadunar com a pré-compreensão.

Toda experiência hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Há um movimento antecipatório da compreensão, a pré-compreensão, que constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico, sendo impossível ao intérprete desprender-se da pré-compreensão no círculo da compreensão. Note-se, pois, a importância que Gadamer atribui à tradição, entendida como o objeto de pré-compreensão. Como esclarece Lenio Luiz Streck¹⁶³:

O legado da tradição vem a nós através da linguagem, cujo papel é central/primordial na teoria gadameriana. A linguagem não é somente um meio a mais dentre outros, diz ele, senão que guarda uma relação especial com a comunidade potencial da razão; [...] a linguagem não é um mero fato, e, sim, princípio no qual descança a universalidade da dimensão hermenêutica. Por evidente, destarte, que a tradição terá uma dimensão lingüística. [...] A experiência hermenêutica, diz o mestre, tem direta relação com a tradição. É esta que deve anuir com a experiência. A tradição não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar pela experiência, senão que é linguagem, isto é, a tradição fala por si mesma. O transmitido continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer. Através de sua atualização na compreensão, os textos se integram em um autêntico acontecer. Toda atualização na compreensão pode entender a si mesma como uma possibilidade histórica do compreendido. Na finitude histórica de nossa existência, devemos ter consciência de que, depois de nós, outros entenderão cada vez de maneira diferente. Para nossa experiência hermenêutica, é inquestionável que a obra mesma é a que desdobra a sua plenitude de sentido na medida em que vai transformando a sua compreensão.

Por fim, o que deve ser ressaltado na hermenêutica gadameriana é que não há diferença entre a interpretação e a compreensão, pois compreender é sempre interpretar.

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 189.

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 192.

Aliás, Gadamer entende como processo hermenêutico unitário a compreensão, a interpretação e a aplicação, sendo que o trabalho do intérprete se dá a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Compreender uma tradição implica projetar um horizonte histórico que vai originar um novo horizonte presente. E, um texto histórico somente é interpretável a partir da historicidade do intérprete¹⁶⁴.

No processo compreensivo de Gadamer, como leciona Francisco Motta¹⁶⁵,

O que está em jogo no processo compreensivo, em realidade, é o que Gadamer chama de fusão de horizontes, o que ocorre nos limites de uma determinada situação hermenêutica. Melhor explicado, “nós definimos o conceito de situação justamente por sua característica de representar uma posição que limita as possibilidades de ver”, de modo que ao “conceito de situação pertence, essencialmente, então, o conceito de horizonte. Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de determinado ponto”. A ideia que se quer transmitir é a de que não podemos separar, de um lado, o horizonte do intérprete e, de outro, o horizonte de produção do texto histórico, vale dizer, não se pode propriamente falar em um horizonte do presente e em um horizonte do passado: o que há é uma fusão de horizontes; explica Silva Filho que se fala em fusão “não por se defender a existência de horizontes distintos que se fundem”, mas, antes, “porque a tarefa hermenêutica, sintetizada em escapar de uma assimilação ingênua, precisa tornar visível a relação de tensão que se estabelece entre o texto e o presente, necessita explicitar o estranhamento, propiciar a interpelação”.

A realização dessa fusão de horizontes Gadamer preconizou como “tarefa da consciência da história efetual”¹⁶⁶, que é, em primeiro lugar, a consciência de uma situação hermenêutica, isto é, de uma situação em que nos encontramos em face da tradição que queremos compreender.

A fusão de horizontes se dá, pois, pela interpretação. O ato de interpretar implica a produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que lhe fora dada pelo intérprete dentro de uma concepção dialógica. Essa adição de sentido decorre da consciência da história efetual do intérprete. Daí por que a hermenêutica deve atentar para o aspecto construtivista da história, não podendo, quando se deparar com um texto, ficar limitada à

¹⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 460.

¹⁶⁵ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional Brasileiro*. 2009, p. 77. Disponível em: <http://btd.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1060>. Acesso em: 21 março 11.

¹⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 451.

intenção do autor ou o primeiro significado, mas considerar sobretudo o influxo operado no decurso da história.

E, como refere Francisco Motta, se isto for corretamente compreendido estaremos em melhores condições de entender a interpretação construtiva, reconhecendo a impossibilidade de reconstrução das intenções históricas, pois “trata-se, em última análise, da compreensão de algo (um texto, por exemplo) que deve levar em conta fatores históricos (como a ‘intenção do autor’), mas que, uma vez dirigida por um ‘interesse’ (como a atribuição de um sentido ‘jurídico’ ao texto) do intérprete (também ele ‘situado’ historicamente), resultará na ‘construção’ de um ‘sentido’ novo, mas ainda assim ‘fiel’ ao texto (ou seja, nem por isso deixará de ser uma interpretação ‘correta’)”¹⁶⁷.

Nesse contexto, o sistema jurídico ideal deve ser aquele erigido levando em conta uma distribuição equilibrada entre regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica, pois expõem os casos de previsibilidade e objetividade das condutas, enquanto os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça ao caso concreto.

Neste novo paradigma que se apresenta, “a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma dará lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem a dar lugar ao giro lingüístico-ontológico, fundado na intersubjetividade”¹⁶⁸.

E com isso, como bem referido por Adalberto Hommerding, “os princípios processuais agora passam a ser tidos como princípios processuais constitucionalizados, isto é, acordes com o conteúdo material da constituição, que se expressa nos direitos e garantias fundamentais. Assim é que o processo tem na principiologia constitucional o caminho para a efetividade da tutela jurisdicional que se compõe de segurança e celeridade”¹⁶⁹.

¹⁶⁷ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional Brasileiro*. 2009, p. 78. Disponível em: <http://bdt.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1060>. Acesso em: 21 março 11.

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 193.

¹⁶⁹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão da Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 23.

Sopesadas as etapas evolutivas do conceito de princípio ao longo dos paradigmas percorridos, com a finalidade de superarmos o estudo do tema proposto, passemos à análise dos princípios pelo paradigma hermenêutico.

2.2 Definição de princípio processual no paradigma hermenêutico filosófico

Como referido linhas acima, neste subitem do presente estudo analisaremos como se manifestam os princípios processuais civis nas obras de Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira, para que possa ser traçado um contraponto as definições de princípios da literatura processualista brasileira, demonstradas capítulo anterior.

2.2.1 Os princípios segundo a Nova Crítica do Direito

Lenio Luiz Streck, autor da Nova Crítica do Direito – NCD ou crítica Hermenêutica do Direito, na análise que faz sobre os princípios em sua obra *Verdade e Consenso*, parte da concepção de que os princípios são o meio concreto para enfrentamento da discricionariedade judicial pós-positivista, pois o juiz já não é mais visto como a *boca da lei*, mas, sim, como um intérprete racional, com delegação para preencher os vácuos legislativos, o que ele chama de *discricionariedade de segundo nível*¹⁷⁰.

Assim, o citado autor refere que os princípios, juntamente com a analogia e os costumes, “representarão as autorizações legislativas para a análise discricionária do juiz no caso concreto”¹⁷¹. Diante desta perspectiva os princípios só podem ser definidos em sua singularidade no momento de sua aplicação, sendo possível afirmar que

¹⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 472.

¹⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 472.

[...] os princípios são o modo concreto de enfrentamento da discricionariedade judicial porque são a manifestação da densidade normativo-concreta de um mandamento legal (regra-preceito), sendo que, mesmo aqueles preceitos nomeados como princípios, também necessitam dessa singularização que só ocorre no momento aplicativo. É preciso entender que a subsunção – espaço para erupção da discricionariedade no momento decisório – não esgota, por impossibilidade filosófico-paradigmática, a aplicação de um texto jurídico.¹⁷²

Disserta o autor que os princípios não podem ser entendidos como caso isolados, ou como uma forma de alargamento da discricionariedade dos juízes, permitindo que se “diga qualquer coisa sobre qualquer coisa”¹⁷³, mas, sim, um limitador, que impede o juiz de cometer arbitrariedades. Isso ocorre porque, ao ver do autor, são os princípios que ligam o direito ao mundo prático, *fechando* a interpretação, e não abrindo.

Com isso fica evidenciado que “não é [...] a imperatividade da lei (juiz como ‘boca da lei’) ou a criatividade (sem limites) do intérprete que se constituem como ‘inimigos da autonomia do direito’ e da democracia, mas, sim, as condições pelas quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo”¹⁷⁴.

No tangente à atribuição de sentido interpretativo-aplicativo dos princípios, Lenio Streck disserta sobre a autonomia do direito e a democracia partindo desta perspectiva para analisar a profusão de princípios, que ele denomina de *pan-principiologismo em Terrae Brasilis*, referindo que há uma incompreensão radical dos pontos determinantes para a delimitação do próprio conceito de princípio, pois não há uma preocupação “visando elucidar os diferentes modos que podem ser utilizados para articular o conceito de princípio”¹⁷⁵.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 472.

¹⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 141.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 475.

¹⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 496.

Para Lenio, na verdade, estamos diante de standards interpretativos¹⁷⁶, cujos valores buscam ser positivados no ordenamento jurídico “como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiológica’, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quanto necessários para solvermos os casos difíceis ou ‘corrigir’ as incertezas da linguagem”¹⁷⁷.

Partindo desse ponto, o autor ilustra sua teoria com a análise de alguns princípios de “nítida pretensão retórico-corretiva”¹⁷⁸. Assim, aponta os princípios da *simetria* (espécie de *meta-princípio* utilizado na solução de controvérsias que tratam da discussão de competências), *da efetividade da constituição* (para o autor um princípio no mínimo tautológico, posto que não existe norma constitucional sem perspectiva de eficácia¹⁷⁹), *da precaução* (utilizado pelos Tribunais para expressar a ameaça da tomada de decisões, também referido pelo autor como a institucionalização de uma tautologia jurídica), *da não surpresa* (princípio que garantiria aos cidadãos segurança contra surpresas inesperadas), *da confiança* (princípio que para o autor tem lugar no campo performático da argumentação jurídica, traduzindo-se no dever-poder de segurança jurídica e do Estado de Direito), *da absoluta prioridade dos Direitos da Criança e do Adolescente* (princípio originado para resolver o embate entre a colisão do direito à prioridade previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente com o princípio da dignidade, para o qual Lenio refere-se tratar de um retorno à tópica retórica¹⁸⁰), *da afetividade* (princípio que, ao ver do autor, escancara a compreensão do direito como subsidiário a juízos morais), *do processo tempestivo* (princípio de pouca serventia para o autor, posto que existente dispositivo constitucional tratando da tempestividade processual, bem como inúmeros mecanismos que reforça o protagonismo judicial), *da ubiqüidade* (também considerado pelo autor como um standard interpretativo, este princípio considera o bem ambiental onipresente), *do caso consumado* (standard segundo

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 490.

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 476.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 477.

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 478.

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 480.

o qual deve ser mantida a situação que já estiver consolidada), *do deduzido e do dedutível* (referido pelo autor como princípio de altíssimo índice de tautologia, cuja função é colocar em evidência uma regra processual que proíbe que uma mesma demanda seja julgada duas vezes), *da instrumentalidade processual* (princípio que autoriza o juiz a estabelecer os caminhos necessários à solução da lide, desde que não prejudique uma das partes, o que, para o citado autor “é herança antiga do paradigma da filosofia da consciência”¹⁸¹), *da delação impositiva* (também visto como standard interpretativo, que estabelece a obrigação de comunicação das práticas que violem direitos e garantias dos idosos), *protetor no direito do trabalho* (princípio que estabelece que as normas do direito do trabalho devem buscar proteger o trabalhador), *da alteridade* (que estabelece a necessidade de se colocar no lugar do outro para compreendê-lo), *da tipicidade fechada* (estabelece uma reserva incondicional de lei na definição abstrata dos elementos necessários à tributação), *da cooperação processual* (standard que propicia a cooperação entre os juízes e mandatários para alcançar justiça ágil e eficaz), *da confiança no juiz da causa* (estabelece que o juiz, por estar mais próximo dos fatos, tem maior noção dos fatos ocorridos), *da humanidade* (princípio pelo qual não poderiam ser aplicadas sanções passíveis de atingir a dignidade da pessoa humana, ou, ainda, passíveis de lesionar a constituição físico-psíquica dos condenados), *da benignidade* (princípio criado para justificar a aplicação de multas fiscais mais benéficas ao contribuinte, advindas de lei tributária mais nova), *da não ingerência* (princípio que mais se assemelha a uma relação negocial entre bancos e clientes, estabelece a não substituição dos clientes pelo Banco na conduta dos negócios bancários), *da paternidade responsável* (*toppoi* argumentativo que estabelece um ponto de vista sobre a paternidade), *do auto-governo da magistratura* (tautologia administrativa e financeira ao estabelecido no art. 99, *caput* da Constituição Federal), *da moderação* (princípio mensurador do percentual de honorários advocatícios a ser aplicado sobre o valor da condenação) e, por fim, o *princípio da situação excepcional consolidada* (standard decorrente de uma situação não prevista no ordenamento jurídico e supervenientemente instalada na força normativa dos fatos, buscando, assim, a proteção de situações consolidadas pela inércia do Poder Legislativo).

Após a referida lista exemplificativa de princípios, o autor faz a ressalva de que o rol é ainda maior, podendo ser incluídos nele os princípios da rotatividade, o lógico, o

¹⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 483

econômico, da gratuidade judiciária, da aderência ao território, da recursividade, do debate, da celeridade, da preclusão, da preferibilidade do rito ordinário, da finalidade, da busca da verdade, da livre admissibilidade da prova, da comunhão da prova, da sucumbência, da invariabilidade da sentença¹⁸², dentre outros, inclusos a lista até mesmo os ditos *princípios* da Lei dos Juizados Especiais Cíveis que embora tratados na lei no art. 2º como *critérios*¹⁸³, a doutrina insiste em vê-los como princípios¹⁸⁴.

Todas essas referências são feitas para justificar que o direito processual civil brasileiro perpassa por uma crise principiológica, em que os princípios não passam de standards interpretativos. Por isso, Lenio dirá:

Sua diversidade – e falta de critérios até mesmo para a sua definição – dá mostras da dimensão dos problemas enfrentados pelas diversas teorias que tratam da construção das condições de possibilidade da institucionalização de princípios efetivamente de índole constitucional. Na verdade, no modo como são apresentados – pelo menos em sua expressiva maioria – tais *Standards* são originários de construções nitidamente pragmatistas, mas, que, em um segundo momento, adquirem foros de universalização.¹⁸⁵

O que se verifica na criação *ad hoc* de princípios e no uso dos princípios como *aberturas hermenêuticas*, ou, nas palavras do autor, fazendo às vezes de embrião da

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 489.

¹⁸³ Determina o art. 2º da Lei 9.099/95: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

¹⁸⁴ Nesse sentido em HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do pan-principiologismo processual*. In: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira (Org.). Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos, 2010, Apenas para exemplificar, encontramos na doutrina os critérios do art. 2º da Lei 9.099/95 vistos como se fossem “princípios informadores dos Juizados Especiais” em SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Lei dos juizados especiais cíveis anotada: doutrina e jurisprudência dos 27 Estados da Federação*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 4; como “os princípios que norteiam o Sistema dos Juizados Especiais Cíveis” em CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 6; e “princípios gerais, informativos do microsistema dos Juizados Especiais Cíveis” em CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizado especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7.

¹⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 490.

reconstrução histórico-institucional do direito¹⁸⁶, é a fragilização do direito, que leva o doutrinador a referir a necessidade de um mínimo de distinção dentre os vários tipos de princípios apresentados no sistema jurídico¹⁸⁷,

Nesse contexto, disserta Lenio 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, [...] um alibi para decisões que ultrapassem os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “pan-principiologismo”, caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: 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 interprete pode criá-lo.¹⁸⁸

Os princípios no contexto atual assumiram a função de *para-regras*, absorvendo a idéia de que com eles toda resposta pode ser a correta¹⁸⁹, pois os enunciados principiológicos são criados partindo de um grau de significado zero para o significado que o protagonista judicial almeja para o caso concreto.

Considerando que as reflexões de Lenio Streck buscam estudar os problemas do direito sob o paradigma da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, continuado pela hermenêutica filosófica de Gadamer, com um imbricação na teoria integrativa de Dworkin, impende neste momento referir as diferenças entre regras e princípios partindo da teoria integrativa dworkiniana.

Para esta teoria, os princípios possuem um caráter unificador, como se fossem padrões de conduta, constituindo-se assim na institucionalização da autonomia do

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 492.

¹⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 491.

¹⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 493.

¹⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 493.

direito. Nessa esfera, as regras não acontecem sem os princípios, que, por sua vez, atuam como determinantes para a concretização da única resposta adequada e do próprio direito, ou nas palavras de Lenio, “os princípios gerais do direito, desse modo, chegam ao ordenamento com a função de solucionar os problemas gerados pela insuficiência do modelo exegético-conceitual e, resgatando o mundo prático, passam a ser ‘pautas orientadoras da normação jurídica’”¹⁹⁰.

Dworkin defende, contra Hart, que nem todos os standards a que as decisões judiciais obedecem são regras¹⁹¹. Isso porque algumas delas têm um funcionamento lógico e praticamente diferente das regras. Esses outros padrões, chamados de princípios, têm a particularidade de: a) não serem aplicados na forma *tudo ou nada*, mas sim, aplicados às situações conforme o peso relativo que tenham para ela; b) não poderem ter todas as possíveis exceções listadas, como o enunciado completo de uma regra poderia e deveria fazer e; c) quando entram em conflito uns com os outros, esse conflito pode ser resolvido por ponderação entre eles, sem que nenhum tenha que ser excluído ou excepcionado pelo outro.

Assim, para a chamada *teoria da continuidade*, a resposta correta está diretamente ligada aos princípios, ou seja, o caso concreto somente seria resolvido na medida em que descoberto o princípio que legitima a regra aplicável ao caso¹⁹².

Em contraponto à tese da continuidade acima referida, que entende os princípios como um *reforço* da razão prática, acionados quando o juiz não encontrasse nas regras codificadas a resposta imediata para a solução da questão, Lenio propõe a *tese da descontinuidade*¹⁹³, em que os princípios assumem o caráter deontológico, como instituidores do mundo prático no direito, realizando, portanto, o fechamento interpretativo, eis que retiram a sua fundamentação da vivência na sociedade e na política.

¹⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 497/8.

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁹² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 517.

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 494.

Com isso, os princípios concretizam-se na realização da *applicatio*¹⁹⁴, existencializando a regra que este instituiu e coerentemente fechando o círculo hermenêutico da compreensão, pois “quando se diz que um princípio não pode ser confundido com uma regra, está se afirmando que há efetivamente uma diferença entre regra e princípio. A regra vai guardar especificidades porque institucionalizam a forma imediata de aplicação do direito. Já no modo como são compreendidos a partir da hermenêutica e, de certo modo, em Dworkin, os princípios não possuem essa coagulação de sentido no nível semântico”¹⁹⁵.

Lenio Streck refere que o salto qualitativo da tese por ele proposta, da descontinuidade, reside na desnecessidade de realizar, no Brasil, a leitura moral da Constituição proposta na teoria dworkiniana, pois a Constituição pátria já incorporou essa tradição¹⁹⁶. Não que a Constituição não deva ser lida moralmente, mas é que o elo entre moral e direito, co-originários que são, mas a política já é dada pela Constituição brasileira. Com isso, os princípios, nessa revolução paradigmática proposta, são utilizados no dever de obtenção da resposta correta condizente ao direito fundamental almejado. São, por assim dizer, um meio a justificar a decisão correta no interior da prática interpretativa que define e constitui o direito posto em pauta. Nas palavras do autor:

[...] o sentido com o qual operamos quando falamos nos princípios constitucionais do pós-guerra apresentam um outro horizonte conjuntural: *só há sentido se olharmos para eles na perspectiva da tese da descontinuidade*. Eles institucionalizam o modo prático, destroem os dualismos presentes nas tradições anteriores e instauram um novo modo para se pensar o significado do termo princípio. Trata-se da relação entre princípios-moral-decisão. Para ser mais específico a decisão judicial se estrutura e se legitima numa co-originária relação entre princípios e moral¹⁹⁷.

Assim, para Lenio “não se pode falar em ‘abertura’ interpretativa no que tange aos princípios jurídicos [...] eles condicionam o intérprete no sentido de obrigá-lo a

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 519.

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 522.

¹⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 495.

¹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 498.

decidir de modo a não comprometer o todo conjuntural da comum-idade dos princípios constitucionais”¹⁹⁸.

Consoante se extrai dos ensinamentos de Lenio Streck, os princípios possuem vínculo com a moral; vínculo este que se instaura no momento de sua aplicação, no momento de tomada da decisão no caso prático, quando os princípios configuram-se no meio de demonstrar a legitimidade da tomada da resposta correta¹⁹⁹

Nesse contexto se infere que não se pode partir do princípio para resolver um caso, mas, sim, parte-se de uma regra, entendida aqui como a norma geral, mais apta pra resolvê-lo e, caso a porosidade²⁰⁰ desta regra necessite a aplicação de um princípio, este será utilizado, partindo do caso em concreto, para realizar o fechamento da decisão correta. Esse é o espaço e o papel dos princípios na busca da decisão correta para Lenio Streck.

Já Rafael Tomaz de Oliveira não traz uma definição do conceito de princípio, referindo, sim, à enorme dificuldade de generalizá-la, pois “cada significado do conceito de princípio carrega consigo uma carga histórico-filosófica que possibilita sua formação e lhe confere contornos teóricos específicos”²⁰¹.

Nesse sentido, o autor aponta algumas questões-problema com relação à definição de princípio²⁰², tais como: a ausência de clareza conceitual do que seja um princípio, conquanto o uso doutrinário e jurisprudencial ignore a multiplicidade de significados com que os princípios são tratados no Direito; as poucas manifestações doutrinárias aptas a esclarecer os significados e os diversos usos do conceito de princípio, pois os autores não esclarecem se estão lidando com princípios gerais do Direito das doutrinas oitocentistas, ou se estão pensando no significado pragmático-problemático que os princípios recebem no contexto

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 501.

¹⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 500.

²⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 529.

²⁰¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 32.

²⁰² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29/30.

atual, e, também, o fato de que os juristas não esclarecem se estão falando de princípio como uma espécie de *princípio geral do Direito* ou se estão tratando de *princípios epistemológicos*.

Ainda referindo-se à problemática da definição conceitual de princípio disserta o autor ²⁰³ que, no ramo Direito Processual, não se clareia suficientemente o caráter pragmático dos princípios processuais, operando-se a necessidade dos legisladores em definir expressamente os princípios nos textos legais, como uma espécie de reforço hermenêutico de que aquilo que está ali expresso é um princípio e, como tal, tem de ser levado em consideração pelo juiz e pelos cidadãos.

E, com isso, Rafael Oliveira situa outra questão interessante acerca da dificuldade de conceituação do que seja princípio: o uso indiscriminado do termo princípio e a criação *ad hoc* de novos princípios que passam a ser elementos *inovadores*, e, conseqüentemente, objeto de teses de doutoramento²⁰⁴.

Noutras palavras, o jurista refere que

[...] o conceito de princípio aparece com ponto de convergência das mais distintas posições. Isto porque, detectada a discricionariedade judicial como principal problema do positivismo jurídico, os princípios passaram a ser articulados, dos mais diversos modos, como fatores minorativos do poder discricionário do juiz no momento da decisão. [...] Isso reverbera de uma maneira significativa no cenário jurídico brasileiro, no interior do qual a ode ao pós-positivismo como movimento que “elevou os princípios à condição de norma” e o culto a um novo constitucionalismo dão o tom do debate, na onda de nossa ainda claudicante redemocratização.²⁰⁵

Para Rafael, os princípios não são estruturas ou meros enunciados previamente elencados e interpretados pelos operadores do direito. São sempre uma possibilidade que nunca se efetiva por inteiro. Entende Rafael que o significado conceitual dos princípios acontece “num horizonte de sentido dado pela história”, prevalecendo então o modelo histórico-concreto de pensamento em detrimento ao modelo matemático-abstrato²⁰⁶,

²⁰³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31.

²⁰⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 27/8.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

referindo que, para se responder ao questionamento: “*o que são princípios jurídicos?*”, faz-se necessário sair do modo ‘ingênuo’ de se lidar com eles no âmbito da análise jurídica e procurar desvelar a dimensão transcendental que sustenta qualquer discurso sobre o Direito”²⁰⁷.

Desta forma, Tomaz de Oliveira ressalta a grande contribuição de Heidegger e Gadamer na direção de um pensar que não se limite ao matemático, a um pensar ligado à própria existência, perpassando, portanto, a questão histórica da evolução jurídica, cuja temática é o positivismo e a entificação do ser.

Nesse norte, ao invés de traçar um conceito vago e amplo, o autor traz três significados para a expressão princípio: 1) os princípios gerais do direito; 2) os princípios jurídico-epistemológicos; e 3) os princípios pragmático-problemáticos, aos quais se passa a análise.

Os princípios gerais do Direito derivam do projeto jusnaturalista, para os quais é da própria lei que se retira o conceito que será articulado no argumento dos princípios²⁰⁸. Neste viés, os princípios servem para suprir as lacunas do sistema positivo do direito codificado, parecendo como “reminiscências do projeto jusnaturalista em pleno seio da cultura positivista emergente, como figuras capazes de suprimir as eventuais lacunas existentes no sistema positivo do direito codificado, para lhe preservar a completude lógico-sistemática *conquistada racionalmente*”²⁰⁹.

Assim, os princípios servem para suavizar as eventuais contradições que possam surgir da interpretação abstrata das disposições normativas do sistema jurídico codificado, bem como para suprimir os espaços vazios, como explica Rafael:

[...] eles funcionavam de maneira teórica e metodológica para reunir pelo menos duas exigências para a concretização da completude axiomático-dedutiva do sistema: em primeiro lugar, a plenitude normativa, sendo articulados para *colmatar os espaços vazios do sistema em casos de lacunas*; em segundo lugar, *reduzindo*

²⁰⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 47/8.

²⁰⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 52.

²⁰⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 50.

eventuais contradições que pudessem surgir da interpretação abstrata das disposições normativas do sistema jurídico codificado.²¹⁰

No significado primordial dos princípios gerais do Direito o autor destaca alguns pressupostos: 1) a radical separação entre direito e fato e, conseqüentemente, cisão entre teoria e metodologia jurídica; 2) ciência jurídica moldada na matematização por definição, organização e fundamentação, modo axiomático-dedutivo; 3) imantação do direito à lei, posto que é desta que se retira o conteúdo que será articulado no argumento dos princípios²¹¹.

No que tange aos princípios jurídico-epistemológicos, o autor aponta sua gênese no século XIX, com a consolidação do Estado Liberal, referindo serem tais princípios os elementos organizadores do estudo lógico-sistemático de uma disciplina jurídica especializada²¹².

Rafael leciona que os princípios jurídico-epistemológicos se distinguem em significado dos princípios gerais do direito basicamente pelo fato de que não possuem a função de suprir eventuais lacunas existentes no sistema, mas sim, de conferir forma unitária e igualitária a determinada disciplina²¹³, ao passo que, em comum, mantêm a antecipação cognitiva com o que se relacionam.

Desta forma, estes princípios simplesmente possibilitam o conhecimento de uma dada disciplina, apresentando de antemão aquilo que já conhecemos para que, então, a partir deles, se possa organizar sistematicamente o direito ou um ramo do direito e dizer o que o direito é²¹⁴. Com isso o projeto jurídico-epistemológico aproxima-se da organização do mundo jurídico kelseniana²¹⁵.

²¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 51.

²¹¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 51/2.

²¹² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54.

²¹³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.

²¹⁴ Rafael Oliveira menciona que “não é difícil encontrar uma obra sobre direito processual – civil ou penal – tenha ela a pretensão de ser um trabalho com um fundo mais acadêmico-teórico ou uma finalidade mais pedagógica, que traga consigo a enumeração e a descrição de uma série de princípios que pretendem reger o estudo do processo, suprimindo eventuais incoerências e até apresentando soluções clínicas para alguns casos específicos. Assim são os princípios da *ação e da demanda*; do *contraditório e da ampla defesa*; do *duplo grau*

Já os princípios pragmático-problemáticos, referidos por Rafael Tomaz de Oliveira, dão primazia para o momento concreto de aplicação do direito em detrimento ao momento abstrato²¹⁶. Este significado de princípio “faz os dois significados anteriores entrarem em crise e, com eles, também os conceitos de fundamentação e discricionariedade se tornarem problemáticos”²¹⁷.

Decorrentes da remodelação do Direito oriunda da Segunda Grande Guerra, os princípios pragmático-problemáticos repensam o Direito não mais como um sistema cerrado, mas sim sob uma ótica abstrata, partindo de modelos fundados na subjetividade, de elementos normativos constitutivos diferentes da lei, pela afirmação de conceitos como *direitos fundamentais, cláusulas gerais, enunciados abertos*²¹⁸, elementos estes que passam a ser reconhecidos independentemente da lei ou até mesmo apesar dela²¹⁹.

Com isso instaura-se uma oposição ao normativismo abstrato, um esgotamento do modo tradicional de se olhar para o direito²²⁰, o que passa a justificar o jurisprudencialismo e a reivindicar a discussão dos problemas jurídicos, ao invés de

de jurisdição; do dispositivo e da economia processual etc.” OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54/6.

²¹⁵ Kelsen, em seu projeto epistemológico, determinou o direito, construindo seu projeto através de uma metalinguagem. Assim, Kelsen passa a descrever a ordem normativa através do princípio da imputação, princípio este que, rege as leis jurídicas em oposição ao princípio da causalidade, que rege as leis naturais. O conteúdo do princípio da imputação é determinado a partir de uma analogia com o princípio da causalidade nos seguintes termos: “o princípio da imputação tem, ‘nas proposições jurídicas, uma função inteiramente análoga à do princípio da causalidade nas leis naturais, com as quais a ciência da natureza descreve seu objeto. A diferença reside no fato de a cópula ou ligação ‘dos elementos na proposição jurídica ser diferente dos elementos na lei natural devido à circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida por uma autoridade jurídica – através de ato de vontade, portanto – enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção desta espécie’”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55/6.

²¹⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 57.

²¹⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 58.

²¹⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 58.

²¹⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 59.

²²⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

simplesmente descrevê-los²²¹. Opera-se, assim, o estudo da prática, onde os princípios são destinados a solucionar os problemas relacionados ao caso concreto.

Nesse contexto, para delimitar o significado dos princípios pragmático-problemáticos, o autor se vale de Castanheira Neves ao referir que estes se distinguem dos princípios gerais do direito, “pois são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de ‘o direito’ em que o sistema jurídico cobra o seu sentido e não apenas sua racionalidade”²²².

Com isso Rafael Oliveira refere que o foco conceitual dos princípios pragmático-problemáticos reside nas questões a serem discutidas no âmbito da legitimação das decisões judiciais, “principalmente no nível da sua fundamentação”²²³. Isso por que

[...] a impossibilidade do legislativo prever todas as hipóteses de aplicação da lei [...] a impossibilidade de o juiz conhecer todo o aparato legislativo [...] no momento da decisão judicial, torna-se um problema que a teoria jurídica precisa resolver. Neste contexto, os princípios jurídicos e as chamadas cláusulas gerais são chamados a remediar a situação que se instala diante desse caótico quadro apresentado pela legislação e pelas demandas sociais que são levadas aos montes para apreciação do Poder Judiciário.²²⁴

Neste diapasão o autor retoma o questionamento acerca de como sustentar um modelo epistemológico-matemático de conhecimento²²⁵, sugerindo uma mudança de perspectiva: o deslocamento da teoria para dentro da prática. Dito de outro modo, “as teorias do direito devem ser colocadas num âmbito em que essa dimensão prática do direito possa aparecer com maior vigor”²²⁶. Com isso, conclui que os princípios devem ser pensados

²²¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 59.

²²² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

²²³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 79.

²²⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 79.

²²⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 89.

²²⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 186.

segundo os postulados da equidade e da integridade, pois um princípio nunca ocorre isoladamente, mas sempre numa *comum-unicidade*²²⁷.

Amparando-se nos ensinamentos de Dworkin, Rafael Oliveira disserta que “os princípios não são padrões de condutas reconhecidos por terem sido expedidos por decisões das autoridades instituídas tomadas no passado, mas fazem parte do contexto moral e político que atravessa uma determinada comunidade”²²⁸. Assim,

a justificação da fundamentação das decisões só terá lugar caso respeite a integridade, entendida como um compromisso das autoridades públicas – inclusive os juízes – de tratar os particulares de maneira consistente com princípios de moralidade política plasmados em instituições da comunidade, como o são a Constituição, as leis e os precedentes. Todavia, a noção do direito como prática interpretativa produz um conceito alargado de normatividade, que passa a reconhecer como normativos também padrões de conduta desenvolvidos a partir da convivência sempre mediada por uma consciência histórica que se desenvolve numa determinada comunidade²²⁹.

Partindo do alerta de que a estrutura do ensino do direito está cada vez mais objetiva e tecnocrata, com uma espécie de “‘domesticação’ consentida para que o direito não extrapole os limites da glosa e da objetividade legislativa que a compõe”²³⁰, o autor defende que “tornar problemático o conceito de princípio no direito não é apenas realizar uma manipulação teórico-objetiva. Muito mais que isso, é se aproximar dele procurando já ter em conta essa rede de significados que o torna possível: este contexto de mundo em que ele se apresenta.”²³¹. E conclui seu pensar:

Isso implica não produzir qualquer tipo de objetivação ou fórmulas a prioriísticas como valores, concepções de mundo etc. O resgate da “prática” que pode ser percebido pelo argumento de princípio não pode ser entendido como o resgate dos “valores” ou de um dever-ser puro, a irracionalidades do primado teórico positivista. Mas sim como a introdução de um “mundo prático” que sequer chegou a ser percebido e tematizado pelo ‘pensamento da positividade’. O enigma que emerge deste espaço anterior à própria relação sujeito-objeto torna problemático o modo de ser do ente que existe, colocado tradicionalmente como o eu que conhece (res

²²⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 177/8.

²²⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 178.

²²⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 179.

²³⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 188.

²³¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 189.

cogitans) algo que lhe é externo (res extensa). A descrição do modo de ser deste ente (ser-aí) problematiza o mundo-em-torno no qual se situa o objeto, o “lugar” de onde emerge a significância e onde esse algo possa ser articulado como significado inserido num contexto remissional. Ou seja, há sempre um mundo que se revela e um “eu” desde sempre relacionado com este mundo. Desse modo, não se trata da tentativa de reabilitação de uma “filosofia prática” para o direito, nem na construção de um discurso prático adjudicador capaz de corrigir, por meio de um discurso geral orientado por valores, o direito produzido pela decisão judicial. Muito mais que isso. Trata-se de encontrar um espaço “ontologicamente adequado” para desenvolver a reflexão jurídica. Trata-se, portanto, de pensar o direito a partir deste contexto prático que emerge da própria existência sem que a preocupação com a objetividade calculadora da ciência encubra a situação comportamental primária na qual todos nós estamos desde sempre inseridos enquanto somos-no-mundo. E mundo, como vimos, não é um amontoado de entes, nem um simples “dado”, mas é encontro, um lugar onde o sentido acontece ou, como dizia o jovem Heidegger, “munda”²³².

Como se observa, para Rafael Tomaz de Oliveira, o conceito e a aplicação jurídica de um determinado princípio somente podem ser efetivados no momento de sua interpretação, ou seja, no momento em que a decisão judicial é proferida. Aí é que os princípios devem ser analisados.

Portanto, o conceito de princípio não pode ser pensado em sua realidade, mas, sim, numa possibilidade que, não é exagero afirmar, nunca chega a se esgotar, uma vez que há uma certa intangibilidade no que atina a seus significados ônticos²³³, como justifica o autor:

Isso porque no momento em que o caso concreto é resolvido através de um argumento de princípio – que no interior do direito como integridade nunca se dá por meio da articulação de apenas um princípio, mas sempre do contexto e da repercussão no todo de princípio da comunidade – tal argumento ficará assentado como precedente e atrelará, de forma compromissória, uma possível decisão posterior tomada em um caso similar²³⁴.

Com isso temos que nos ensinamentos de Rafael Oliveira não é possível determinar o conceito de princípio pelo grau de abstração ou generalidade²³⁵. A decisão judicial é tomada de acordo com a história institucional (leis, precedentes, Constituição) e

²³² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 189-190.

²³³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 217.

²³⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 217.

²³⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 212.

pelos princípios morais que ordenam, de modo coerente, a comunidade, não havendo casos em que se aplicam regras e casos em que se aplicam princípios, mas, sim, a compreensão e interpretação de princípios e regras, posto que “não há regras sem princípios, do mesmo modo que não há princípios sem regras”²³⁶.

Como pode ser verificado, os autores da Nova Crítica do Direito não determinam um conceito do que seja princípio jurídico, determinando, apenas, critérios que delimitam o que possa ser entendido como princípio. Igualmente, Lenio e Rafael, referem a crise do Direito, com a profusão principiológica pela qual o direito processual civil perpassa.

Observada a idéia de princípio no paradigma hermenêutico passaremos à análise do que pode ser considerado ou não princípio processual civil, tendo em vista que, como já referido, há uma maximização e banalização dos princípios no Direito, que, por seu turno, resultou na proliferação principiológica, fazendo com que os operadores do Direito abusem do uso do princípio, esquecendo-se da importância dos textos legais, o que será objeto de estudo do próximo capítulo.

²³⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 223.

3 O QUE PODE SER CONSIDERADO PRINCÍPIO E O QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO PRINCÍPIO?

3.1 Considerações gerais acerca do que a doutrina entende por princípio

Como observado nos capítulos antecedentes, especialmente no capítulo 1, embora boa parte da doutrina processual civil brasileira objetive delimitar o conceito de princípio, ainda não há unanimidade quanto à definição do que realmente seja um princípio. Como pontualmente alertado por Rafael Tomaz de Oliveira²³⁷, há uma espécie de presunção de conhecimento do que sejam princípios jurídicos, mas não há a correlata tradução do que seriam, pois “o conceito de princípio longe está de uma determinação rigorosa” e “continuamos sem saber ao certo o que são os princípios e em que medida eles são distintos das regras”.

Nos doutrinadores citados no capítulo 1, como pode ser constatado, não há consenso quanto à definição conceitual de princípios, existindo apenas algumas semelhanças de entendimento por parte de alguns processualistas, como por exemplo, em Ovídio Baptista Silva²³⁸, Luis Guilherme Marinoni²³⁹, Sérgio Pinto Martins²⁴⁰, Maurício Antonio Ribeiro Lopes²⁴¹, Antonio Carlos de Araújo Cintra²⁴², Ada Pellegrini Grinover²⁴³, Candido Rangel Dinamarco²⁴⁴, De Plácido e Silva²⁴⁵, Humberto Ávila²⁴⁶ e Moacyr Amaral Santos²⁴⁷. Em

²³⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 28/45.

²³⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 61.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil. Volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 47.

²⁴⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 69.

²⁴¹ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 55.

²⁴² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. rev. e ampl., 1996, p. 50.

²⁴³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. rev. e ampl., 1996, p. 50.

²⁴⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. rev. e ampl., 1996, p. 50.

²⁴⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 447.

²⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4º ed., 2005, p. 15.

todos eles, os princípios são critérios avaliativos, classificadores e informativos do ramo do sistema processual a que se destinam, em breve síntese.

Outros doutrinadores divergem quanto ao conceito de princípio. Fredie Didier Júnior²⁴⁸, por exemplo, analisa os princípios sob a ótica dos Direitos Fundamentais, sem, todavia, conceituar o que seja princípio. Teresa Negreiros²⁴⁹ e Nelson Rosenvald²⁵⁰ vêem os princípios sob ótica de orientação hierarquia superior, aproximando-os da positividade do texto legal e do próprio conceito de Estado Democrático de Direito.

A leitura dos princípios como meios de supressão de lacunas legislativas é feita por José Frederico Marques²⁵¹. Já para Humberto Theodoro Júnior²⁵² os princípios são inspirações para a aplicação prática das leis formais, pensamento que se coaduna ao de Eros Roberto Grau²⁵³, ao referir que os princípios constituem a norma jurídica.

Gregório de Assagra de Almeida²⁵⁴ vê os princípios como preceitos histórico-democráticos do sistema em que estão inseridos, preconizando que eles conferem legitimidade e efetividade ao sistema, pois possuem uma dimensão que as regras jurídicas não têm, razão pela qual podem ser amplamente mais utilizados que as regras, porquanto estas se aplicam, ao ver do autor, na medida do *tudo ou nada*.

Para Rui Portanova²⁵⁵, os princípios são considerados como fonte do Direito, não sendo meros acessórios interpretativos. Para o autor é indispensável, na aplicação adequada dos princípios, a visão interdisciplinar do operador jurídico.

²⁴⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 73.

²⁴⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 11ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jus Didivm. 2009, p. 28.

²⁴⁹ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 22.

²⁵⁰ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45/6.

²⁵¹ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9ª ed. São Paulo: Millennium, 2003, p. 44/5.

²⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 22.

²⁵³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. 2006, p. 49.

²⁵⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 445.

²⁵⁵ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.13/4.

Nelson Nery Júnior²⁵⁶, por sua vez, vê os princípios sob o ângulo do Direito Constitucional, alertando para sua preservação, pois sua incidência vem sofrendo adaptações, dependendo do grau de desenvolvimento do sistema jurídico que as adote.

O que se resume da doutrina processual civil anteriormente citada é a clara indefinição do conceito do que realmente seja um princípio jurídico, tendo em vista que parte da doutrina a entende como critérios classificadores do sistema jurídico a que pertencem, enquanto outra parte vê os princípios como formalizadores da aplicação prática do sistema legislativo, havendo, ainda, parcela significativa que considere os princípios como meros standards interpretativos.

Em contraponto às múltiplas definições conceituais de princípio analisadas no primeiro momento, no segundo capítulo do estudo verificamos como o paradigma hermenêutico filosófico busca solucionar o problema da inexatidão conceitual dos princípios.

Assim, encontramos da doutrina de Lenio Luiz Streck²⁵⁷ o entendimento de que os princípios são o meio concreto para enfrentamento da discricionariedade judicial pós-positivista, pois o juiz já não é mais visto como a *boca da lei*, mas, sim, como um intérprete racional, com delegação para preencher os vácuos legislativos.

Lenio também salienta que há uma incompreensão radical dos pontos determinantes para a delimitação do próprio conceito de princípio, e sequer uma elucidação dos diferentes modos que podem ser utilizados para articular o conceito de princípio.

A partir disso, com isso na doutrina do referido autor, os princípios possuem vínculo com a moral; vínculo este que se instaura no momento de sua aplicação, no momento de tomada da decisão no caso prático, quando os princípios configuram-se no meio de demonstrar a legitimidade da tomada da resposta correta. Nesse contexto se infere que não se pode partir do princípio para resolver um caso, mas, sim, de uma regra apta pra resolvê-lo e, caso a porosidade desta regra necessite a aplicação de um princípio, este será utilizado, partindo do caso em concreto, para realizar o fechamento da decisão correta. Esse é o espaço e o papel dos princípios na busca da decisão correta para Lenio Streck.

²⁵⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 51.

²⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 472.

Perfilhando de mesmo entendimento há a idéia de conceito de princípio advinda de Rafael Tomaz de Oliveira, para quem os princípios não são estruturas ou meros enunciados previamente elencados e interpretados pelos operadores do direito, mas sempre uma “possibilidade que nunca se efetiva por inteiro”.

Com isso, Rafael conclui que os princípios devem ser pensados segundo os postulados da equidade e da integridade, pois um princípio nunca ocorre isoladamente, mas sempre numa *comun-unidade*²⁵⁸. Assim, a aplicação jurídica de um determinado princípio somente pode ser efetivada no momento de sua interpretação, ou seja, no momento em que a decisão judicial é proferida.

É que a determinação do conceito de princípio não pode ser efetuada por meio de uma simples análise do efetivo uso real que os juristas fazem do termo princípio, pois “cada significado do conceito de princípio carrega consigo uma carga histórico-filosófica que possibilita sua formação e lhe confere contornos teóricos específicos”²⁵⁹, e impõe ao intérprete a tarefa de interrogar filosoficamente o conceito de princípio, isso porque o Direito situa-se para “além dos meros debates técnico-jurídicos a respeito das leis, dos procedimentos e das fórmulas que as diversas epistemologias concebem no intuito de organizar logicamente [...] o estudo do direito”²⁶⁰.

Outro aspecto que merece referência, em contraponto ao encontrado nos escritos de Lenio e Rafael, é o grandioso número de princípios encontrados na doutrina processual civil. Parece haver uma espécie de *proliferação principiológica* por parte dos juristas, no sentido de *invenção* de princípios.

Essa proliferação principiológica foi inclusive objeto de críticas por parte de doutrinadores como Lenio Streck, Eros Grau e Humberto Ávila, que tem criticado com veemência o uso indiscriminado dos princípios, adjetivando termos como pan-principiologismo²⁶¹, principializado²⁶² e estado principiológico²⁶³, respectivamente.

²⁵⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 177/8.

²⁵⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 177/8.

²⁶⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 32.

²⁶¹ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. ampl., 2009, p. 490.

Rafael Oliveira²⁶⁴ também situa outro problema relacionado com a proliferação principiológica, referindo que o uso indiscriminado do termo princípio e a criação *ad hoc* de novos princípios de elementos justificativos inovadores também devem ser vistos como critérios que dificultam a conceituação do que seja princípio.

E, a proliferação de princípios ficou evidenciada no estudo inicial abordado no capítulo 1 do presente trabalho, quando, apenas na literatura processual analisada no estudo, verificamos a existência de 114 (cento e quatorze!) tipos principiológicos devidamente conceituados nas doutrinas pesquisadas.

Da doutrina analisada no capítulo 1 contamos 13 princípios em Gregório Assagra (proporcionalidade, democrático; solidariedade coletiva -direito à diferença-; devido processo legal coletivo substancial; proibição do retrocesso do Direito Coletivo; aplicabilidade imediata do Direito Coletivo; priorização da proteção coletiva preventiva; não-taxatividade ou não-limitação do Direito Coletivo; universalidade da proteção e da efetivação do Direito Coletivo; imprescritibilidade e indecadenciabilidade do Direito Coletivo; conformação do procedimento e do provimento conforme o Direito Coletivo); 06 em Rui Portanova (o princípio lógico, princípio econômico, princípio político, princípio jurídico, princípio da instrumentalidade e princípio efetivo); 08 em Moacyr Amaral dos Santos (Princípio da Iniciativa das Partes, Princípio do Contraditório, Princípios de Impulso Processual, Princípio Dispositivo, Princípio da Livre Convicção do Juiz, Princípio da Publicidade, Princípio da Lealdade Processual e Princípio da Oralidade) e 13 com Nelson Nery Júnior (princípio do devido processo legal, o princípio da isonomia, o princípio do juiz e do promotor natural, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o princípio do contraditório e da ampla defesa, o princípio da proibição da prova ilícita, o princípio da publicidade dos atos processuais, o princípio do duplo grau de jurisdição, o princípio da motivação das decisões judiciais e administrativas, o princípio da presunção de não culpabilidade e o princípio da celeridade e da duração razoável do processo). Isso sem levar

²⁶² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. 2006, p. 49.

²⁶³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., 2005, p. 15.

²⁶⁴ Referiu o autor: “Outra questão muito interessante, situada ainda no âmbito do direito processual, aparece a forte tendência verificada em recentes publicações onde aparece um uso indiscriminado do termo ‘princípio’ chegando, no limite, à ‘criação’ *ad hoc* de uma série de novos princípios, como se o vetusto elemento ‘inovador’ das teses de doutoramento produzidas no âmbito do direito viesse da ‘descoberta’ de novos ‘princípios’” OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31.

em conta os 74 (!) outros princípios listados na obra de Princípios do processo civil de Rui Portanova (apenas para saber são os princípios: da inércia da jurisdição, da independência, da imparcialidade, da inafastabilidade, da gratuidade judiciária, da investidura, da aderência ao território, da indelegabilidade, da indeclinabilidade e da independência da jurisdição civil e criminal, da demanda, da autonomia da ação, do dispositivo, da ampla defesa, da defesa global, da eventualidade, da estabilidade objetiva da demanda, da estabilidade subjetiva da demanda, da perpetuatio jurisdictione e da recursividade, do impulso oficial, do contraditório, da publicidade, da finalidade, do prejuízo, da busca da verdade, da licitude da prova, da avaliação da prova, do livre convencimento, da persuasão racional, do duplo grau de jurisdição, da fungibilidade do recurso, da dialeticidade, da devolutividade do recurso e da irrecorribilidade em separado das interlocutórias).

Tudo isso nos leva à conclusão de que, diante do contexto que se apresenta o pan-principiologismo vem tomando espaço na doutrina processual civil, espaço este que está enveredando para rumos não desejados, como o da banalização do uso dos princípios e a criatividade sem limites dos intérpretes ao atribuir novos sentidos aos princípios já existentes, sem que haja o mínimo de cuidado com os textos²⁶⁵.

O pan-principiologismo vem tomando espaço justamente pela aplicação equivocada dos princípios, uma vez que “invocar um princípio na argumentação jurídica é importante e necessário para que o Direito possa ser produzido de forma democrática e coerente”²⁶⁶, e em caso oposto, a autonomia do Direito restará prejudicada nas decisões judiciais pautadas em argumentos discricionários, não democráticos e não coerentes.

Como referido por Adalberto Narciso Hommerding e Francisco José Borges Motta “no Brasil, isto chegou a níveis crônicos. Saltamos de um período de negação da normatividade dos princípios para uma ‘era’ onde todos os padrões parecem ter sido ‘agraciados’ com a ‘dignidade’ de princípio. Daí que nos vemos às voltas com ‘padrões de

²⁶⁵ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do pan-principiologismo processual*. In: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira (Org.). Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

²⁶⁶ HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 12.

juízo' que, na verdade, tem efeito muito mais retórico (performático) do que algum laço moral, [...]”²⁶⁷.

Para podermos melhor enfrentar a temática, analisaremos os problemas da indefinição, proliferação e profusão dos princípios com a análise de alguns *princípios processuais brasileiros* com a finalidade de verificarmos se são ou não princípios, ou se funcionam como meros *standards* lingüísticos, aptos para servir de *capas de sentido* ao Direito²⁶⁸.

Para tanto, dada a vastidão de princípios encontrados na doutrina processual civil brasileira optou-se pelo estudo dos seguintes *princípios*, os quais para melhor análise foram divididos em grupos: da sucumbência, da causalidade, da derrota e da moderação; da instrumentalidade das formas, da confiança no juiz da causa e do prejuízo; da afetividade e da paternidade responsável; da confiança jurídica, da não surpresa, da imparcialidade e da segurança jurídica; da eficácia da constituição e da efetividade do processo e, por fim, os *princípios* da proporcionalidade e da razoabilidade.

Desde já é preciso fazer a mesma ressalva feita por Adalberto e Francisco, no sentido de que não é objetivo do presente estudo criar uma listagem completa de princípios considerados, eis que “não há como produzir um ‘manual’ que contenha um ‘repositório’ de ‘princípios’, cuja ‘aplicação’ ficaria condicionada à coerência de determinadas situações ‘de fato’.” Se “é preciso compreender os princípios no seu ‘ser’”²⁶⁹, passemos à investigação do que seja o ser do ente princípio.

²⁶⁷ HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 12.

²⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 479.

²⁶⁹ HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 12.

3.2 Os princípios da sucumbência, da causalidade, da derrota e da moderação podem ser considerados princípios?

O princípio da sucumbência, que por vezes também é entendido como *princípio da derrota* ou *princípio da moderação* e ainda como *princípio da causalidade*, é decorrente do disposto no art. 20 do Código de Processo Civil, que estabelece a regra da atribuição pelo pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios a parte vencida. Assim, apóia-se na idéia de que o processo não pode resultar em prejuízo de quem tinha razão, e, com isto, visa mensurar o percentual de honorários advocatícios na condenação.

O fundamento destes ditos *princípios* é o de que a aplicação da lei, no processo, não deve onerar a quem ela dá razão. Quem tem o direito não pode sofrer o prejuízo pelo fato de querer que ele seja concretizado através da tutela jurisdicional. Com isso, é o fato objetivo da derrota que legitima a sucumbência. Comportamentos subjetivos das partes não interessam à teoria da sucumbência: vencido no processo, deverá arcar com as despesas do processo.

Nas palavras do processualista Moacyr Amaral Santos²⁷⁰, “aqui se trata dos *honorários* decorrentes da *sucumbência*, que provem da derrota judicial. Devem ser fixados na sentença ainda que a parte vencedora não tenha requerido expressamente, pois a sucumbência entende ser caso de pedido implícito, por força do disposto no art. 20 do Código de Processo Civil”.

Em suma, centra-se a justificação dos princípios da sucumbência, causalidade, derrota ou moderação na seguinte premissa: aquele que se pretende necessitado da tutela jurisdicional não deve suportar um sacrifício econômico, o que acabaria por diminuir o valor do direito reconhecido por sentença em que foi proclamada a sua razão.

Neste sentido é a lição de Humberto Theodoro Júnior, que refere que o Código adotou o princípio da sucumbência para atribuir à parte vencida na causa a responsabilidade por todos os gastos do processo. Afirma o autor que o princípio assenta-se ele na idéia fundamental de que o processo não deve redundar em prejuízo da parte que tinha

²⁷⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 319.

razão. Por isso mesmo, a responsabilidade financeira decorrente da sucumbência é objetiva e prescinde de qualquer culpa do litigante derrotado no pleito judiciário. Para sua incidência basta, portanto, o resultado negativo da solução da causa, em relação à parte²⁷¹.

Rui Portanova também define o princípio da sucumbência, afirmando que “quem vai a juízo desassistido de direito (vencido em sentido amplo), responde tanto pelas custas processuais quanto pelos honorários advocatícios daquele que foi merecedor da tutela (vencedor em sentido amplo)”²⁷².

Sucumbir, segundo a definição do Aurélio²⁷³, é “não resistir, ceder, ser derrotado”. No vocabulário jurídico o significado não deve ser interpretado diferentemente, pois é sucumbente aquele que é vencido na demanda judicial, posto que a definição do art. 20 do Código de Processo Civil é clara ao definir que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

Todavia, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vêm utilizando estes *princípios* com efeito retórico, a fim de justificar a condenação nas verbas sucumbenciais. E como os princípios não podem ser analisados descolados de sua faticidade vejamos alguns casos, apenas para exemplificar:

APELAÇÃO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. Demanda ajuizada antes de decorrido prazo razoável para o atendimento da solicitação administrativa. Documentação encaminhada pela requerida na esfera administrativa. Sentença de extinção do processo sem resolução de mérito confirmada. PRETENSÃO RESISTIDA. **Não havendo pretensão resistida, impõe-se a condenação da parte requerente ao pagamento dos ônus de sucumbência, em face do princípio da causalidade.** NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO, em decisão monocrática. (Apelação Cível Nº 70039474499, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Balson Araújo, Julgado em 01/04/2011)²⁷⁴ (grifamos)

²⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 79.

²⁷² PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 254.

²⁷³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2008, p. 458.

²⁷⁴

Disponível

em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&ver_sao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70039474499&num_processo=70039474499&codEmenta=4055199&temIntTeor=true>. Acesso em: 10 abr 2011.

Neste acórdão o *princípio da causalidade* foi utilizado para fundamentar a condenação do requerente, mesmo vencedor, na condenação ao ônus sucumbencial, em razão de sua pretensão não ter sido resistida. Na fundamentação do acórdão supracitado foi, justificou o desembargador que a condenação do vencedor nas verbas sucumbenciais se dá em razão da aplicação do *princípio da causalidade*, princípio este que, contrariando o disposto no art. 20 do CPC, condena o vencedor ao pagamento de custas e honorários no caso de lide a que *deu causa*, obrigando a parte a esgotar a via administrativa para exercer seu direito de ação:

“Todavia, esclarece-se que o entendimento deste Colegiado é no sentido de que os ônus de sucumbência devem ser suportados pela parte requerida quando configurada a pretensão resistida, consubstanciada no desatendimento do requerimento administrativo e na apresentação de impugnação. Ressalte-se que não se está a condicionar o exercício do direito subjetivo da ação de exibição a qualquer óbice de cunho administrativo – pois não se obriga ao esgotamento da via administrativa -, mas estipulação de critérios objetivos que viabilizam a verificação da responsabilidade a que alude o princípio da causalidade.”²⁷⁵

No acórdão que segue, pode-se verificar o *princípio da derrota* utilizado como fundamentação para condenar a parte vencida nas verbas sucumbenciais (!):

DESCONSTITUIÇÃO DE HIPOTECA. COMPRA E VENDA. CONSTRUTORA. IMÓVEL HIPOTECADO. QUITAÇÃO. Imóvel adquirido de construtora. Quitação do preço. Gravame hipotecário em favor da instituição bancária. Cancelamento. Transferência definitiva ao adquirente do imóvel desonerado. Sumula 308, STJ. **Sucumbência. Princípio da derrota.** Art. 20, CPC. Honorários majorados. Art. 20 § 4º, CPC. Negaram provimento ao apelo do réu e proveram o do autor. (Apelação Cível Nº 70038833422, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 07/12/2010)²⁷⁶ (grifamos)

E, na fundamentação, o caráter retórico do aludido princípio fica evidenciado, posto que o princípio seria acompanhado da norma vigente:

²⁷⁵

Disponível em:
<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70039474499&num_processo=70039474499&codEmenta=4055199&templntTeor=true>. Acesso em: 10 abr 2011.

²⁷⁶

Disponível em:
<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70038833422&num_processo=70038833422&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1>. Acesso em 10 abr 2011.

Quanto à sucumbência, não há como eximir a apelante da condenação nas custas e honorários advocatícios. Os ônus da sucumbência decorrem da disposição do artigo 20 do Código de Processo Civil, que dispõe acerca do denominado princípio da derrota. Procedente o pedido, o réu vencido terá de arcar com os ônus da sucumbência.²⁷⁷

Como se observa, os princípios relacionados à condenação do vencido em honorários sucumbenciais não são manejados como imperativos da moralidade, justiça ou equidade, mas, ao contrário, seu uso tem se revelado um *topoi* argumentativo a situações específicas, para justificar a condenação, ora da parte vencida, ora da parte vencedora aos ônus da sucumbência²⁷⁸, restando o seguinte questionamento quanto à aplicabilidade dos aludidos princípios: “qual o grau de legitimidade da argumentação que invoca o ‘princípio da moderação’ para a dosimetria (ou o ‘apoucamento’) de honorários advocatícios?”²⁷⁹.

Ou seja, percebe-se claramente que o *princípio* da sucumbência, ou o da causalidade, derrota, enfim, não são princípios. São, sim, meros critérios que visam justificar a decisão judicial de condenar o vencido em custas, pois a derrota é apenas a consequência de, literalmente, uma derrota judicial que, conseqüentemente (e por força do preceituado

²⁷⁷

Disponível

em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70038833422&num_processo=70038833422&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1>. Acesso em 10 abr 2011.

²⁷⁸ Nesse mesmo sentido as seguintes ementas disponíveis no site do TJRS < <http://www1.tjrs.jus.br/>>: “EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A juntada do documento, com a contestação, caracteriza o reconhecimento jurídico do pedido (art. 269, II, CPC). Condenação ao pagamento dos ônus decorrentes da sucumbência. Princípio da derrota. Pedido de majoração da honorária. Demanda abreviada pela juntada dos documentos com a contestação. Verba módica como incentivo à lealdade processual. Negaram provimento às apelações. (Apelação Cível Nº 70037921129, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 05/10/2010)”; “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. Sucumbência. Princípio da Causalidade. Derrota processual da parte ré, que deu causa ao aforamento do pedido. Honorária confirmada, tal qual estipulada na sentença hostilizada. Apelo IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70030767123, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Francisco Pellegrini, Julgado em 15/06/2010)”; “APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. DESCUMPRIDO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. 1. Nos autos da ação de busca e apreensão as partes celebraram acordo, homologado judicialmente. Dentre as cláusulas do acordo estava a liberação do gravame do veículo que seria oportunizada 30 (trinta) dias após a quitação do contrato; 2. Ajuizamento de ação antes do prazo acordado para retirada do gravame incidente sobre o bem, considerando a publicação da homologação do acordo. De outra senda, na demora do cumprimento da avença homologada, a via executiva era a própria e hábil a exigir o cumprimento da obrigação; 3. Deve arcar com os ônus da sucumbência aquele que deu causa a ação e restou sucumbente. Inteligência do princípio da causalidade que norteia a distribuição da sucumbência ut art.20 do CPC. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70022798607, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 31/03/2011)”

²⁷⁹ HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 12.

legalmente), impõe ao condenado o pagamento da sucumbência. E, com isso os referidos princípios operariam como *aberturas axiológicas* do sistema²⁸⁰, ou seja, são o portal de entrada de valores (aqui entendidos como critérios para subversão do disposto no art. 20, CPC) no direito positivo.

Verifica-se que tais postulados mais assemelham-se a critérios de justificação de condenação, e não com o conseqüente vínculo das regras com a moral (lecionado por Dworkin), pois a distribuição da sucumbência é o ônus imposto ao vencido no sentido de arcar com a verba da sucumbência, não havendo razão para nominar como princípio a derrota, a causalidade e/ou suas conseqüências. Convenhamos: por que chamar a regra de princípio?

Aliás, por que chamar a derrota de princípio? Se há regra, por que falar em princípio? Como bem lecionado por Adalberto Hommerding: “o princípio da derrota não seria apenas a conseqüência ‘derrota’ que faz com que o derrotado judicialmente tenha de ser condenado ao pagamento da sucumbência? Não seria o ônus imposto ao vencido no sentido de arcar com a verba da sucumbência? Afinal, por que nominar como ‘princípio’ a derrota ou suas conseqüências? Ou, quem sabe, será que não se poderia simplesmente falar de ‘regra’ da distribuição da sucumbência? Ora, admitir o ‘princípio da derrota’ significa admitir a ‘derrota do princípio’!”²⁸¹

²⁸⁰ Rafael Oliveira defende que o conceito de princípio não pode ser determinado pelo grau de abstração ou generalidade, sob pena de transformá-los em cláusula geral. Tampouco podem ser vistos como abertura axiológicas do sistema, como refere o autor: “nem conceber os princípios como ‘aberturas axiológicas do sistema’ – tal como faz a maioria da doutrina privatista baseada em autores como Canaris – a partir de onde se professa a idéia de que os princípios são o portal de entrada dos valores no direito positivo.” OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 222/3.

²⁸¹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do pan-principiologismo processual*. In: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira (Org.). *Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização*. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

3.3 Os *princípios* da instrumentalidade das formas, da confiança no juiz da causa, e do prejuízo podem ser chamados de princípios?

A mesma tautologia dos postulados anteriores ocorre com o *princípio da instrumentalidade das formas*, que guarda muitas semelhanças aos *princípios da confiança no juiz da causa* e do *prejuízo*, razão pela qual são analisados em conjunto.

Tais princípios preceituam que os atos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente o exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, desde que lhe preencham a finalidade essencial e o juiz os considere válidos.

Moacyr Amaral Santos²⁸², no tocante a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, leciona que

Por este princípio, a forma se destina a alcançar um fim. Essa é a razão pela qual a lei regula expressamente a forma de muitos casos. Mas, não obstante *expressa* e não obstante *violada*, a finalidade do ato pode ter sido alcançada. Para a lei isso é o bastante, não havendo razão para anular-se o ato.

Isso, ocorre, segundo a doutrina, pelo fato de que o juiz, por estar mais próximo dos fatos, tem maior noção do andamento do processo, o que o autoriza a estabelecer os caminhos necessários à solução da lide, desde que não prejudique uma das partes. Prevalece, assim, o interesse público em salvar o processo, exceto nas hipóteses em que a falta de forma afronta e prejudica o próprio interesse protegido.

Rui Portanova defende a relativização das formas e procedimentos em prol de efetivar a participação das partes no processo, condicionando sua liberdade de atuação processual:

Os diversos interesses que regem o processo preocupam-se tanto com a regularidade do andamento procedimental, como com a finalidade de garantir a efetiva participação dos atores processuais. Por isso, fala-se na formalidade com preocupação de segurança e liberdade. A forma, contudo, não tem valor em si. Ela existe para evitar que a parte fique prejudicada na sua liberdade de atuação processual. Esse prejuízo é um entrave que dificulta a adequada participação da

²⁸² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67.

parte no processo. Contudo, caso haja um ato cuja nulidade não chegou a tolher a liberdade de atuação de qualquer dos postulantes, não há prejuízo.²⁸³

Como se observa, a relativização das formas e atos tem como fundamento o não-prejuízo de alguma das partes e o aproveitamento dos atos realizados de forma diversa do legalmente preconizado.

Considerando a lição de Rafael Oliveira²⁸⁴, no sentido de que a juridicidade do princípio somente pode ser determinada efetivamente no momento de interpretação da decisão judicial, observemos como se manifesta a aplicação da instrumentalidade e da confiança no juiz da causa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. COMPETÊNCIA RELATIVA. CRITÉRIO TERRITORIAL. ARGÜIÇÃO. CONTESTAÇÃO. PRELIMINAR. POSSIBILIDADE. De acordo com exegese pretoriana, inspirada no **princípio da instrumentalidade das formas**, ostenta-se admissível a argüição de incompetência relativa como preliminar de contestação. HIPÓTESE DE RETRATAÇÃO NÃO CONFIGURADA. (Agravo Nº 70040283038, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 31/03/2011)²⁸⁵ (grifamos)

E a fundamentação do acórdão acima citado se deu nos seguintes termos:

O recurso é apresentado em mesa, porquanto não veio aos autos nenhum elemento capaz de ensejar solução diversa da apresentada na decisão monocrática, *verbis*: É verdade que, de acordo com o art. 112 do CPC, “Argüi-se, por meio de exceção, a incompetência relativa”. Conseqüentemente, “se (...) o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais”, “Prorrogar-se-á a competência”, nos termos do art. 114 do mesmo diploma legal. Todavia, “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mitigou o rigor técnico da norma e passou a admitir a argüição de incompetência relativa em preliminar de contestação, sob o argumento de que o defeito não passa de mera irregularidade, a ser convalidada com base no princípio

²⁸³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 192.

²⁸⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 217.

²⁸⁵

Disponível

em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70040283038&num_processo=70040283038&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1>. Acesso em 11 abr 2011.

da instrumentalidade”. Logo, impossível acolher a insurgência dos recorrentes com a decisão declinatória. Isso posto, nega-se provimento ao agravo.²⁸⁶

O que se observa é a relativização da forma de argüição de incompetência, coisa que, em um Estado Democrático de Direito, se faz necessária e indispensável, na medida em que a democracia pressupõe a determinação de formas para conter o arbítrio.

E como o direito processual é, por essência, formal, “a forma dos atos em geral não é só uma necessidade inerente à comunicação jurídica, mas fundamentalmente uma garantia de segurança e da própria liberdade jurídica. A abolição das formas por meio das quais cada ato jurídico deva ser praticado provocaria a instauração imediata do arbítrio absoluto, tornando simplesmente impossível a convivência social”²⁸⁷.

E, sob esta mesma perspectiva deve ser encarado o *princípio da confiança no juiz da causa*, expressado pelo Tribunal de Santa Catarina nos seguintes termos:

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C NULIDADE DE TÍTULO DE CRÉDITO E AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO - NOTA PROMISSÓRIA - SENTENÇA CONJUNTA DE IMPROCEDÊNCIA - RECURSO DA PARTE AUTORA EM AMBAS AS DEMANDAS. ANÁLISE CONJUNTA DOS RECURSOS EM RAZÃO DA CONEXÃO ENTRE OS FEITOS - ADEMAIS, APELOS CUJAS RAZÕES RECURSAIS SE IDENTIFICAM FÁTICA E JURIDICAMENTE. ALMEJADA DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E DE NULIDADE DA NOTA PROMISSÓRIA - ALEGAÇÃO DE QUE O TÍTULO APONTADO PARA PROTESTO ADVIRIA DE EMPRÉSTIMO COM COBRANÇA DE JUROS ILEGAIS E USUÁRIOS - DEFENDIDA A EXISTÊNCIA DE AGIOTAGEM E DE CONLUÍO ENTRE A PESSOA COM QUEM A EMPRESA APELANTE TOMOU O EMPRÉSTIMO E A APELADA - NÃO ACOLHIMENTO - TÍTULO ENTREGUE EM BRANCO AO CREDOR ORIGINÁRIO E PREENCHIDO EM NOME DA RÉ, O QUE SE MOSTRA POSSÍVEL DIANTE DA CONCESSÃO DE MANDATO TÁCITO - DEMANDADA QUE SE TRATA DE TERCEIRA, ALHEIA AO NEGÓCIO QUE DEU ENSEJO À EMISSÃO DA NOTA PROMISSÓRIA - INEXISTÊNCIA DE PROVA EFETIVA ACERCA DE EVENTUAL CONLUÍO ENTRE O CREDOR ORIGINÁRIO E A APELADA, O QUE INVIABILIZA QUALQUER DISCUSSÃO SOBRE A CAUSA DEBENDI - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LITERALIDADE, AUTONOMIA E ABSTRAÇÃO - TÍTULO NÃO CAUSAL - IMPOSSIBILIDADE DE OPOR EXCEÇÕES PESSOAIS QUE O DEVEDOR

²⁸⁶

Disponível

em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70040283038&num_processo=70040283038&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1>. Acesso em 11 abr 2011.

²⁸⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 203.

TERIA COM O CREDOR ORIGINÁRIO - ADEMAIS, NÃO DEMONSTRADA A OCORRÊNCIA DE AGIOTAGEM - ÔNUS DA PROVA QUE RECAI SOBRE O DEVEDOR - EXEGESE DO ARTIGO 333, INCISO I, DO CPC. ALEGADA QUITAÇÃO DA DÍVIDA - NÃO COMPROVAÇÃO - AUSÊNCIA DE RECIBO OU DE DEVOLUÇÃO DO TÍTULO - DOCUMENTOS CARREADOS AOS AUTOS QUE NÃO DEMONSTRAM O PAGAMENTO - DÉBITO EXISTENTE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA - SENTENÇA MANTIDA. "**Determinados casos exigem a aplicabilidade do PRINCÍPIO da CONFIANÇA no juiz da causa que, na qualidade de responsável direto pela condução do processo e por estar próximo aos fatos e às pessoas envolvidas, possui melhores condições de avaliar a produção da prova no decorrer da instrução processual**" (Apelação Cível n. 2008.031232-5, de Sombrio. Relator: Des. Subst. Jaime Luiz Vicari). AÇÃO CAUTELAR QUE SEGUE O MESMO DESTINO DA PRINCIPAL. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJSC. Apelação Cível n. 2007.052136-1, de Capital. Relator: Cláudio Valdyr Helfenstein. Juiz Prolator: Saul Steil. Órgão Julgador: Quinta Câmara de Direito Comercial. Data: 31/03/2011)²⁸⁸ (grifamos)

Fundamentou-se a decisão no seguinte sentido:

Dessa forma, não havendo prova robusta quanto ao pagamento do montante representado na nota promissória protestada, a tese suscitada no recurso de apelação não pode ser acolhida. Necessário destacar, ainda, que em casos como o presente, em que houve a realização de audiência de conciliação e de instrução e julgamento, inclusive com a colheita de prova testemunhal, deve-se atentar para o princípio da confiança no juiz da causa. Por certo que "*Determinados casos exigem a aplicabilidade do princípio da confiança no juiz da causa que, na qualidade de responsável direto pela condução do processo e por estar próximo aos fatos e às pessoas envolvidas, possui melhores condições de avaliar a produção da prova no decorrer da instrução processual*" (apelação Cível n. 2008.031232-5, de Sombrio. Relator: Des. Subst. Jaime Luiz Vicari).²⁸⁹

Já o *princípio do prejuízo* foi utilizado no julgamento que segue, cuja fundamentação baseou-se “premissa maior adotada pelo Código de Processo Civil: ‘os vícios processuais, independentemente da sua natureza, devem ser sempre relevados se não comprometido o objetivo pretendido com a determinação da forma e, conseqüentemente, se da violação do modelo legal não resultar prejuízo’”²⁹⁰:

EMBARGOS DO DEVEDOR. CERCEAMENTO DO DIREITO À PROVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. **PRINCÍPIO DO PREJUÍZO**. NULIDADE DA CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS A RESPEITO E MESMO AUSÊNCIA DE

²⁸⁸

Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000AMG00000&nuSeqProcessoMv=55&tipoDocumento=D&nuDocumento=3190113>. Acesso em 11 abr 2011

²⁸⁹

Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000AMG00000&nuSeqProcessoMv=55&tipoDocumento=D&nuDocumento=3190113>. Acesso em 11 abr 2011

²⁹⁰ Disponível em: http://portal.tjpr.jus.br/web/guest/consultas_processuais. Acesso em: 14 abr 2011.

ARGUIÇÃO OBJETIVA E SÉRIA DA NULIDADE. FALTA DE PROVAS SOBRE O CARÁTER DE BEM DE FAMÍLIA DO IMÓVEL PENHORADO E DO MATRIMÔNIO DO EMBARGANTE. EXCESSO DE PENHORA. QUESTÃO QUE NÃO PODE SER CONHECIDA EM EMBARGOS DO DEVEDOR. EXCESSO DE DÍVIDA RECONHECIDA. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE (TJPR. Apelação cível nº 0704367-0. Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível. Relator: Albino Jacomel Guerios. Revisor: Domingos José Perfetto. Julgamento: 07/10/2010) (grifamos)²⁹¹

Apesar de auxiliarem no desenvolvimento do processo rumo à decisão judicial, observa-se na simples leitura dos acórdãos acima citados que esses postulados são meros critérios, frágeis standards que não representam imperativos de moral, apresentando-se como meras diretrizes de amparo da centralização do processo na figura do juiz da causa e em sua decisão.

E, juntamente com Adalberto, “chega o momento de fazermos a primeira pergunta: será que chamar de ‘princípio’ a liberdade das formas é algo que se poderia dizer ‘adequado’? [...] A liberdade da forma é um princípio ou é apenas um permissivo legal a impedir eventual obstáculo à efetividade do processo? Se princípios são imperativos de justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade, como nos ensina, por exemplo, Ronald Dworkin, como se referir à liberdade da forma como ‘princípio’?”²⁹².

Outro aspecto a ser salientado é que, caso tomemos por princípio a confiança no juiz da causa, o não prejuízo, então estes teriam de ter normatividade. E se teriam normatividade, cabe-nos os seguintes questionamentos: ele seria aplicado em todos os casos? comprovado o prejuízo afastaria a incidência do princípio, ou seria ele submetido a julgamento pelo tribunal revisor? Aliás, qual seria, então, a função do tribunal revisor? Ou ainda, com a união desses princípios estaria o juiz possibilitado de julgar a demanda improcedente de plano em razão do julgamento anterior de causa similar? Poderia o juiz,

²⁹¹ Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/web/guest/consultas_processuais>. Acesso em: 14 abr 2011.

²⁹² HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do pan-principiologismo processual*. In: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira (Org.). *Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização*. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

nesse caso, celerizar os julgamentos abreviando a fase de instrução, compreensão e interpretação²⁹³?

São por estes aspectos que os ditos *princípios da instrumentalidade e confiança no juiz da causa* não podem ser considerados princípios, pois seus conteúdos de base rompem com a necessária moral objetivada no Estado Democrático de Direito, o que, para o Lenio Streck “é herança antiga do paradigma da filosofia da consciência”²⁹⁴.

3.4 Os princípios da afetividade e da paternidade responsável: princípios ou standards retóricos?

Os *princípios* da afetividade e da paternidade responsável também são utilizados nas decisões judiciais como argumentos retóricos decorrentes do ponto de vista do julgador. Corresponderiam a critérios subsidiários de juízos morais, que estabelecem um ponto de vista sobre afetividade e paternidade.

A Desembargadora Maria Berenice Dias é uma das defensoras da aplicação do *princípio da paternidade responsável*, sendo da lavra dela a maioria dos argumentos de utilização do aludido princípio. Refere a Desembargadora que “é preciso dar efetividade ao princípio da paternidade responsável que a Constituição procurou realçar quando elegeu como prioridade absoluta a proteção integral a crianças e adolescentes (CF, art. 227), delegando não só à família, mas também à sociedade e ao próprio Estado, o compromisso pela formação do cidadão de amanhã”²⁹⁵.

Afirma também que “o pai é pai desde a concepção do filho. A partir daí, nascem todos os ônus, encargos e deveres decorrentes do poder familiar. O simples fato de

²⁹³ Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 483/5.

²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 483

²⁹⁵ Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/25_-_alimentos_e_paternidade_respons%E1vel.pdf>. Acesso em: 12 abr 2011.

não assumir a responsabilidade parental não o desonera, porém isso acontece diuturnamente.”²⁹⁶.

A utilização destes princípios na jurisprudência não é muito diferente do preconizado pela Desembargadora, pautando-se em critério subjetivo da afetividade que as partes sentem uma pelas outras e igualmente em critério subjetivo de como deve ser a relação dos pais com os filhos, vejamos:

APELAÇÃO. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. NECESSIDADE. POSSIBILIDADE RAZOABILIDADE. MAIORIDADE CIVIL. DEVER ALIMENTAR. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1 - O dever de prestar alimentos é regido pelo princípio da solidariedade familiar. Relação de parentesco que une Alimentante/ Alimentado restou incontroversa nos autos, considerando a certidão de nascimento acostada. A obrigação de prestar alimentos, além do caráter solidário, deve respeitar ao trinômio necessidade-possibilidade-razoabilidade; 2 Maioridade civil, por si, não é causa bastante para a cessação da obrigação alimentícia. Manutenção do pagamento de pensão alimentícia após a maioridade, até 24 (vinte e quatro) anos de idade, presumindo-se a sua dependência econômica caso ainda esteja cursando ensino médio ou superior; - 3 - Necessidade da parte Apelada restou evidenciada às fls. 56/57, pois esta, apesar de atingida a maioridade, ainda está cursando o ensino médio, encontrando-se devidamente matriculada junto à instituição oficial de ensino, pelo que se justifica a manutenção da obrigação alimentar com a fim de garantir a parte alimentada a conclusão de seus estudos e a sua conseqüente inclusão no mercado de trabalho; 4 - Quanto à situação financeira do Recorrente, infere-se dos argumentos expostos e dos documentos arrolados a manifesta possibilidade deste obrigar-se a prestar-lhe os alimentos outrora fixados. Verba alimentícia se mostra plenamente razoável ao benefício percebido pelo Apelante, acrescentando que a simples desoneração deste em relação a sua ex-cônjuge já colabora para melhora da sua situação econômica financeira, de modo a compatibilizá-la aos alimentos que lhe são impostos; 5 - **Ponderação entre o princípio da paternidade responsável e a igualdade entre os filhos a fim de proporcionar um tratamento paritário entre todos, nos termos do art. 227, §6º da CF.** Precedentes desta Corte e da Corte Superior. Sentença mantida. Recurso a que se nega seguimento, na forma do art. 557, caput do CPC. (TJRJ. Apelação nº 0003164-38.2009.8.19.0006 – Rel. Des. TERESA CASTRO NEVES - Julgamento: 16/02/2011 - DECIMA SEXTA CAMARA CIVEL)²⁹⁷ (grifamos)

O princípio da afetividade também foi critério de julgamento do Agravo de Instrumento nº 70015865413, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para subverter as listas de adoção determinadas no Estatuto da Criança e do Adolescente²⁹⁸,

²⁹⁶ Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/31_a_exigibilidade_da_obriga%E7%E3o_alimentar.pdf>. Acesso em: 12 abr 2011.

²⁹⁷ Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=CONxWEB&PORTAL=1&PORTAL=1&PGM=WEBPCNU88&N=201000170208&Consulta=&CNJ=0003164-38.2009.8.19.0006>>. Acesso em 12 abr 2011

²⁹⁸ A lei da adoção (12.010/09) trouxe alterações para o ECA, inserindo quatorze parágrafos ao art. 50 regulamentando as listas de adoção. Determinou, basicamente, que a inscrição do adotante na lista será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica da equipe do JIJ; que sempre que possível e recomendável,

conferindo a guarda de uma criança à funcionária de um abrigo de menores. A fundamentação se deu nos seguintes termos:

A recorrente, segundo consta, passou a exercer o papel de mãe do infante quando este tinha 5 meses de idade. Assim, levando-se em conta a data de nascimento da criança (fl. 16) e a data em que a decisão ora agravada foi tomada (fl. 33), percebe-se que a recorrente já havia permanecido 8 meses com Douglas, sendo absolutamente certo que os laços de afetividade já estavam formados. Por outro lado, tendo sido a decisão liminar tomada no mesmo mês em que a decisão agravada, consta-se que a recorrente já permanece com a criança há 10 meses. Dessa forma, conquanto a observância de regras objetivas e pré-determinadas exigida pelo art. 50 do ECA possibilitem a busca do melhor atendimento às necessidades de uma criança em condição de ser adotada, a partir da prévia seleção de adotantes, os quais deverão, antecipadamente, revelar compatibilidade com a medida e oferecer ambiente familiar apropriado, no presente caso não se pode fechar os olhos para o que realmente está em questão: a formação de uma criança que já permaneceu tempo suficiente com a agravante para a reconhecer como mãe. Com efeito, certo é que as peculiaridades do presente caso reclamam solução mais flexível, em nome da preservação dos laços afetivos entre a agravante e a criança. Neste cenário, constituiria verdadeira crueldade o rompimento desses vínculos que propiciam ao infante um desenvolvimento saudável. Assim sendo, levando-se em consideração que a atual decisão tem como pressuposto o princípio constitucional da prioridade absoluta, no contexto atual, nada justifica que os vínculos afetivos formados sejam desconsiderados.²⁹⁹

Como pode ser observado a utilização do *princípio da afetividade* contrariou a previsão legalmente instituída no art. 50 do ECA para burlar as listas de adoção. Com isso, resta o seguinte questionamento acerca da utilização do princípio da afetividade: com esta utilização do princípio não restou subvertido o Direito a um juízo subsidiário do conceito de afetividade? E, da mesma forma que se questionou acerca dos princípios do item 3.2, resta a dúvida: caso tomemos por princípio a afetividade, então este teria de ter normatividade, e, se teria normatividade, ele seria aplicado em todos os casos?

nesse período, haverá o contato com crianças e adolescente da lista de adoção; haverá cadastro distintos para adotantes de fora do país, que somente serão consultados na inexistência de postulantes nacionais habilitados; enquanto não localizada pessoa ou casal interessado em sua adoção, crianças e adolescente serão colocados (sempre que possível e recomendável) sob a guarda de família cadastrada; a inclusão de crianças e adolescentes em listas, bem como de adotantes é obrigação da autoridade judiciária, (em 48h) sob pena de responsabilização; compete a Autoridade Central Federal Estadual alimentar e manter os cadastros estaduais, sob a fiscalização do MP, e ao CNJ compete a implantação e o funcionamento do cadastro nacional (que tem por finalidade unificar os cadastros estaduais).

²⁹⁹ Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70015865413&num_processo=70015865413&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1>. Acesso em: 12 abr 2011.

O referido princípio ainda pode ser questionado por diferentes ângulos, podendo ser indagado: o que pode ser considerado como afetividade? No caso em tela, qual a afetividade que foi considerada? A do pai biológico, que referiu nos autos que “concordou com a adoção depois de conversar com a ora agravante e de verificar que esta seria ‘uma pessoa de bem’, que teria ótimas condições para cuidar do seu filho”³⁰⁰, ou a da mãe adotante, que “já havia permanecido 8 meses com Douglas, sendo absolutamente certo que os laços de afetividade já estavam formados”³⁰¹?

E o leque é amplo, pois poderíamos partir para outras matérias com os mesmos questionamentos: “desde quando a *afetividade* (convenhamos: *afetividade!*) serve para justificar a integração de um julgamento sobre união estável de homossexuais na história institucional do Direito?”³⁰².

Como se constata tais, princípios não podem ser considerados, pois, como bem refere Lenio Streck, “se os princípios constitucionais são deontológicos, como retirar da ‘afetividade’ essa dimensão normativa? Trata-se, na verdade, de mais um alibi para sustentar/justificar decisões pragmatistas”³⁰³.

3.5 Os princípios da não surpresa, da imparcialidade, da segurança e da confiança jurídica: afinal de contas, algum deles pode ser considerado princípio?

O *princípio* da não surpresa configura a garantia de segurança aos cidadãos contra surpresas processuais inesperadas. O *princípio* da confiança traduz-se no dever-poder de segurança jurídica e do Estado de Direito. O *princípio* da segurança jurídica autoriza o magistrado a atuar de forma a garantir que o processo seja meio seguro. Já o *princípio* da

³⁰⁰

Disponível

em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70015865413&num_processo=70015865413&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1>. Acesso em: 12 abr 2011.

³⁰¹ Idem. Ibidem.

³⁰² HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 12.

³⁰³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 480.

imparcialidade determina que o juiz da causa não deve ter interesse pessoal com relação ao litígio por ele dirimido, ou ainda retirar proveito econômico deste.

Como se vê, tais princípios referem-se à segurança processual, razão pela qual são analisados em conjunto. De igual modo, podemos verificar preliminarmente já em suas delimitações de sentido que os princípios da *confiança*, da *não surpresa*, da *imparcialidade* e da *segurança jurídica* são *princípios* sem transcendentalidade histórica, aparecendo como cláusulas permissivas de um projeto livre no momento da decisão judicial³⁰⁴.

São princípios que logram êxito de atuação no campo performático da argumentação jurídica, como vem sendo utilizado nas decisões proferidas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA - PODER PÚBLICO - POSSIBILIDADE - SUPRESSÃO DE QÜINQUÊNIOS - AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE - DECURSO DE RAZOÁVEL LAPSO TEMPORAL - VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO - CRÉDITO ALIMENTAR - FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL - ARTIGO 273, DO CPC - REQUISITOS PRESENTES - RECURSO PROVIDO. - A antecipação dos efeitos da tutela não é incompatível com as demandas propostas em desfavor do Poder Público, servindo o referido instituto processual como garantia de efetividade da prestação jurisdicional, desde que atendidos os requisitos legais. - Embora não se olvide do poder-dever da Administração em rever seus próprios atos, certo é que deverá fazê-lo em conformidade com os cânones constitucionais, entre os quais se encontram a ampla defesa e o contraditório, sendo certo, ainda, que **a retificação dos atos não deve aguardar expressivo lapso temporal, em atenção ao basilar princípio da segurança jurídica.** - A natureza alimentar do objeto da lide traduz, só por si, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. (TJMG. Processo nº: 1.0079.09.968409-8/001(1). Relator: Des.(a) SILAS VIEIRA. Data da Publicação: 26/01/2010)³⁰⁵ (grifamos)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. LEI ESPECÍFICA PARA CADA OBRA. NECESSIDADE. ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA FISCAL. No caso dos autos, deixou o Município de instituir por lei, a cobrança da contribuição de melhoria relativa à obra pública em questão, ferindo o disposto no art. 150, III, letra `a, da Constituição Federal. **É ilegal a cobrança de tributo por simples ato administrativo da autoridade competente, ferindo o princípio da anterioridade, ou não-surpresa.** Precedente do STJ. Além disto, descumpridos os requisitos do art. 5º do Decreto-Lei n. 195/67. Desta forma, é indevida a cobrança do tributo. Vencida a Fazenda Pública, os honorários devem ser arbitrados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas do parágrafo 3º do art. 20 do CPC, na espécie, bem analisadas,

³⁰⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 205.

³⁰⁵ Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=96840981520098130079>. Acesso em 14 abr 2011.

considerando o diminuto trabalho desenvolvido no feito e o valor da causa. Apelação desprovida. Recurso adesivo desprovido. (Apelação Cível Nº 70040047318, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 02/03/2011)³⁰⁶

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DAS SITUAÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 535, I E II, DO CPC. PECULIARIDADE NO CASO CONCRETO. ERRO NO SITE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE INDUZIU O APELANTE EM ERRO. DEVOLUÇÃO DAS CUSTAS RECOLHIDAS NO APELO. Em que pese inexistir omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada, situação peculiar implica o acolhimento dos embargos declaratórios. Não se desconhece o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as informações processuais prestadas pelo site do Tribunal possuem caráter meramente informativo. Entretanto, no caso concreto, inegável que a disponibilização de uma sentença de procedência, com relatório, fundamentação e dispositivo perfeitamente adequados à controvérsia em debate, induziu em erro o embargante a interpor o recurso de apelação que, posteriormente, não foi conhecido por ausência de interesse recursal. **Mostra-se inviável que a parte seja prejudicada por equívocos do próprio órgão judiciário, tudo em atenção ao princípio da proteção da confiança, decorrência da segurança jurídica e da boa-fé objetiva aplicável ao processo.** EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, À UNANIMIDADE. (Embargos de Declaração Nº 70036627461, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria José Schmitt Sant Anna, Julgado em 04/10/2010)

Os questionamentos que ficam, amparados nos doutrinamentos de Streck³⁰⁷, é: antes da violação do princípio da não-surpresa não haveria violação de uma determinada regra processual? Ainda, será que é possível falar de *confiança* como princípio? O aludido *princípio da confiança* estaria ligado aos princípios da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito. “Na verdade, como ensina Lenio, apesar de traduzir um poder-dever de cuidar da estabilidade decorrente das relações de confiança mútua, no plano institucional, ele é a possibilidade de o Direito manter o seu dever ser, sua força deontológica. Ora, o problema é que a própria historicidade do direito já demonstra que o Direito se fragiliza quando deixa de impor limites à prática dos atos políticos”³⁰⁸

³⁰⁶

Disponível

em:

<http://google4.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70040047318%26num_processo%3D70040047318%26codEmenta%3D4046405+surpresa&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70040047318&comarca=Comarca+de+Passo+Fundo&dtJulg=02-03-2011&relator=Marco+Aur%9lio+Heinz>. Acesso em 14 abr 2011.

³⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 479.

³⁰⁸ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do pan-principiologismo processual*. In: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA,

Na verdade, como leciona Streck³⁰⁹, tais princípios, apesar de configurarem-se no poder-dever de estabilidade decorrente das relações de confiança mútua, no plano institucional, em verdade, tratam da possibilidade de o direito manter ou não o seu dever ser, sua força deontológica. Consoante Lenio, “os Tribunais o adotam para expressar a ameaça da tomada de decisões que possam provocar danos graves ou irreversíveis. Ora, será que isso – o questionamento é de Lenio - não seria a própria e velha “prudência”?”³¹⁰. Mais uma vez se está diante do problema da historicidade do direito, que demonstra que o Direito se fragiliza quando deixa de impor limites à livre prática dos atos políticos.

3.6 Os princípios da eficácia e/ou efetividade da Constituição e do processo: o decisionismo como consequência do tratamento dado

O significado de eficácia e de efetividade definidos, por exemplo, em um dicionário³¹¹ corresponde ao que produz o efeito desejado, eficiente, eficaz, um efeito real e positivo. Igualmente, os princípios que giram em torno da efetividade ou eficácia, sejam elas do processo ou da Constituição Federal, determinam que os atos processuais devem ser considerados em sua plenitude positiva, objetivando a máxima eficácia da tutela jurisdicional a ser obtida e da aplicação do texto constitucional.

Na verdade são princípios no mínimo tautológicos, pois, conseqüentemente, não há como se pensar em uma decisão que deixe de lado a efetividade tanto da tutela

Angela Araujo da Silveira (Org.). Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

³⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 479.

³¹⁰ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do pan-principiologismo processual*. In: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira (Org.). Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

³¹¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2008, p. 205.

jurisdicional quanto das normas constitucionais. E, mais, o texto constitucional sempre terá eficácia, já que não existe norma constitucional sem perspectiva de eficácia³¹².

Vejamos como jurisprudencialmente vêm sendo utilizados tais *princípios*:

Execução. Ausência da parte ao ato de recolhimento de bens penhorados. Prosseguimento normal da execução. A alegação do impetrante de que estaria no exterior justamente no período em que seria cumprido o mandado de recolhimento dos bens penhorados não tem o condão de paralisar a execução, máxime em virtude dos outros incidentes ocorridos na tramitação do feito, como descritos na peça informativa de fls. 87/89. A Justiça não pode ficar à mercê da agenda do reclamado/devedor e seus compromissos externos para dar prosseguimento ao processo e cumprir aquilo que foi assegurado ao reclamante/credor. **Em consideração aos princípios superiores de respeito à coisa julgada e de efetividade do processo, o Juiz tem o dever de impulsionar a execução tomando as providências necessárias à satisfação do crédito daquele que venceu a demanda.** Segurança denegada. (TRFRJ MS-00310-2007-000-01-00-3, SEDI, DOERJ, P. III, S. II, Federal de 4-10-2007. Relator: Des. Jorge Fernando Gonçalves da Fonte)³¹³. (grifamos)

ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - LIMINAR EM DESFAVOR DO PODER PÚBLICO - DEFERIMENTO 'INAUDITA ALTERA PARS' - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO - ESBULHO POSSESSÓRIO - AMPLIAÇÃO DE RODOVIA ATINGINDO ÁREA PARTICULAR - VIABILIDADE DA TUTELA POSSESSÓRIA. 1- A restrição imposta pelo art. 928, parágrafo único do CPC não é de caráter absoluto, podendo ser relevada a regra da audiência prévia do Poder Público em circunstâncias especiais, como nos casos de justificada urgência, em prol da garantia da efetividade. 2- A desapropriação indireta caracteriza esbulho na propriedade do particular, o qual poderá a ela se opor, valendo-se da ação de reintegração de posse, desde que ainda não consumada a integração do bem no domínio público. (TJMG. Processo nº: 1.0005.08.027271-8/001(1). Relator: Des.(a) ELIAS CAMILO. Data da Publicação: 16/09/2009)³¹⁴

O dever de eficiência, por sua vez, é o argumento da fundamentação da utilização do *princípio* da efetividade:

³¹² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 478.

³¹³ Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=5&ano=8&txt_processo=27271&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=princípioefetividade&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em 14 abr 2011.

³¹⁴ Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=5&ano=8&txt_processo=27271&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=princípioefetividade&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em 14 abr 2011.

Ora, **os novos rumos do Direito Processual Civil impõem aos magistrados, cada vez mais, o dever de efetividade**, de direcionar o processo ao resultado pretendido pelas partes. Nesses termos, sacrificar a prolação de uma decisão imediata mesmo quando a tutela reclamada exija essa urgência, apenas pelo fato de que a medida é em desfavor do Poder Público, e, em sendo assim, deveria observar a sua prévia oitiva, seria prestar culto extremo ao formalismo quando, sabidamente, o dogma da plenitude da norma, onipotente e inflexível, já se encontra superado no modo de pensar o processo civil contemporâneo, cujas regras, sempre instrumentais à realização do direito material, comportam flexibilização frente ao fim último de atingir-se a justiça.³¹⁵ (grifamos)

O que se observa é que a eficácia, quando utilizada objetivando conteúdo finalístico, não deve ser considerada princípio. É que devem ser evitados os decisionismos judiciais. Para Lenio Luiz Streck, o princípio da eficácia é algo tão-somente tautológico, pois não há norma constitucional sem perspectiva de eficácia. Assim, não há como se pensar em uma decisão que deixe de lado a efetividade das normas constitucionais. Melhor dito em suas próprias palavras: “reconhecer-lhe efetividade não auxiliaria na resolução do conflito normativo, muito menos na ‘colisão’ entre princípios”³¹⁶, pois como já referido é por meio da utilização dos princípios como padrões morais e normativos que se devolve o mundo prático para o Direito, fechando-se o círculo hermenêutico, resguardando a autonomia do Direito.

Como lecionado por Adalberto, “Por certo que não é o fato de alguém (seja um doutrinador, um juiz ou um legislador), por exemplo, chamar algo de ‘efetividade’ ou de ‘princípio da efetividade’ que irá fazer com que esse algo possa ser considerado um princípio. Na verdade, a maioria desses princípios padece de uma ‘anemia de sentido’.”³¹⁷

³¹⁵

Disponível

em:

<

http://portal2.trttrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/EMENT%C3%81RIO%202004-2007.PDF>. Acesso em 15 abr 2011.

³¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 478.

³¹⁷ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do pan-principiologismo processual*. In: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira (Org.). *Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização*. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

3.7 Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

A proporcionalidade e a razoabilidade podem ser lidas como a necessidade de correção prática das omissões legislativas. Assim, os *princípios* da proporcionalidade e da razoabilidade se identificam na medida em que encerram a mesma idéia de sopesamento, motivo pelo qual também serão analisados conjuntamente.

Gregório Assagra de Almeida, fazendo a ressalva de que a Constituição não faz menção expressa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, entende que estes são o fundamento do Estado Democrático de Direito, já que trazem consigo a idéia de justa solução ao caso concreto, de transformação positiva da realidade social, da ponderação entre bens e valores, podendo, inclusive, sua leitura ser realizada em subprincípios, como os da adequação, da idoneidade, da conformidade, da exigibilidade, da necessidade ou da indispensabilidade³¹⁸.

Igualmente entendendo que o *princípio* da proporcionalidade desdobra-se em uma estrutura trifásica, podendo ser lido com critérios como adequação, necessidade e indispensabilidade, Eros Roberto Grau³¹⁹ faz ressalva no sentido de que o aludido *princípio*, em verdade, consubstancia um postulado normativo aplicativo:

A proporcionalidade não consubstancia princípio, dado que [...] adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas em relação a algo diferente; não se passa que algumas vezes tenham precedência, outras não; o que se pergunta é se essas exigências são satisfeitas ou não e se sua não satisfação traz como consequência a ilegalidade; daí por que essas três exigências, nas quais se desdobra a proporcionalidade em sentido amplo, são classificadas como regras.

Isso porque, ao ver do citado autor, as omissões legislativas deveriam conter o mesmo rito da produção legislativa, ou seja, deveriam ter uma condição de sentido que, sem ela a aplicação do direito seria impossível, o que condiz com a condição normativa, como referido:

Pois agora sabemos – repita-se – não apenas que a *norma* é o resultado da interpretação, cujo objeto é o *texto*, mas também que o interprete não interprete não

³¹⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 450/1.

³¹⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. 2006, p. 188/9.

interpreta apenas os *textos*, porém, em conjunto com os textos, os *atos*. E, mais, ao contrário do que pensam muitos, imaginando que basta o saber ler para que se possa interpretar corretamente o direito, sabemos ainda que não se interpretam simplesmente os *textos* ou um *texto*. Interpretamos o *direito*, todo ele, na sua totalidade, desde a Constituição até os atos normativos menos importantes na hierarquia das fontes de direito. Proporcionalidade e razoabilidade são, destarte, postulados normativos da interpretação/aplicação do direito – um novo nome dado aos velhos e desprezados cânones da interpretação -, e não princípios.³²⁰

Em pensar semelhante³²¹, Lenio Streck afirma que a proporcionalidade e a razoabilidade não podem ser levadas à plenipotenciariade principiológica, como se fossem uma meta-regra apta a resolver os problemas que escapariam a resolução dos demais princípios³²².

Como Lenio Streck refere, qualquer decisão deve obedecer a uma equanimidade, pois:

Isolado o enunciado “proporcionalidade” ou “princípio da proporcionalidade” carece de significatividade. O sentido da proporcionalidade se manifestará de dois modos: ou a lei contraria a Constituição porque o Estado se excedeu, ocasião em que se estará diante da proibição de excesso (*Übermassverbot*) ou a lei poderá ser inconstitucional porque o Estado protegeu de forma insuficiente determinado Direito, hipótese que se poderá invocar a *Untermassverbot*. Não há um *locus* privilegiado para a aplicação da “devida/necessária proporcionalidade”. Necessariamente ela estará relacionada à igualdade na proteção dos direitos.³²³

Consoante pode ser verificado na jurisprudência pátria, no entanto, é no sentido de meta-regra que os *princípios* da proporcionalidade e da razoabilidade vêm sendo utilizados:

PLANO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA. PREVISÃO CONTRATUAL DE REAJUSTE EM RAZÃO DA IDADE. AUMENTO DA MENSALIDADE DESPORPORCINOAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO

³²⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. 2006, p. 191.

³²¹ Falamos semelhante pelo fato de que Eros Roberto Grau parte sua diferenciação estrutural da distinção entre princípios e regras, e com isso Eros e Lenio assemelham-se apenas quanto ao entendimento de que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não são princípios, mas sim postulados. A ressalva é feita pelo próprio Lenio. Para tanto consultar: *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 490, nota 83.

³²² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 490.

³²³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 490.

CONSUMIDOR. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AO PERCENTUAL DE 30%. SÚMULA 20 DAS TURMAS RECURSAIS. DIREITO À RESTITUIÇÃO SIMPLES PELO QUE FOI PAGO A MAIOR. A possibilidade de apuração do quantum debeat por mero cálculo aritmético afasta a alegação de iliquidez do título. Ausência de nulidade. Prescindível a realização de perícia atuarial para a resolução do mérito do pedido vez que a matéria debatida diz unicamente com relação à possibilidade de reajuste em razão do implemento de idade da autora, 60 anos, e eventual abusividade da referida cláusula, matérias eminentemente de direito. Contrato celebrado posteriormente à vigência do CODECON e anteriormente do advento da Lei n. 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde). **Possibilidade de limitação do reajuste a 30% pelo implemento de idade. Aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade.** Precedentes destas Turmas. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71002904670, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 31/03/2011)³²⁴

APELAÇÕES. LOCAÇÃO. CARÊNCIA DE AÇÃO. INOCORRÊNCIA. EXONERAÇÃO DA FIANÇA POR DIMINUIÇÃO DO OBJETO CONTRATADO E POR PRORROGAÇÃO DO CONTRATO EM TEMPO INDETERMINADO. INOCORRÊNCIA. BENEFÍCIO DE ORDEM RENUNCIADO. A entrega de parte do objeto de locação não exonera os fiadores, pois quem anui com o mais, anui com o menos. **Aplicação do princípio da razoabilidade.** A prorrogação do contrato locatício por prazo indeterminado não extingue a fiança. POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS (Apelação Cível Nº 70038853818, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angelo Maraninchi Giannakos, Julgado em 30/03/2011)³²⁵ (grifamos)

NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. LIMITAÇÃO DE DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. PENSIONISTA DO IPE. 1. Legitimidade das rés para compor o pólo passivo da ação, que busca tão-somente a limitação dos descontos em folha de pagamento, visto que é função das mesmas operacionalizá-los, repassando os respectivos valores à instituição financeira credora. Preliminar rejeitada. 2. Sentença que não se configura extra petita, porquanto não desbordou o juízo da causa do pedido formulado na inicial da ação. Prefacial rejeitada. 3. Caso em que a decisão recorrida limitou os descontos a 70% dos rendimentos brutos da autora. **Aplicação do princípio da razoabilidade, para limitar os descontos a 30% do salário/venimento bruto da devedora, descontados os abatimentos obrigatórios** (I. Renda e Previdência). PRELIMINARES REJEITADAS. NEGADO PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES DAS RÉ. PROVIDA A APELAÇÃO DA AUTORA. (Apelação Cível Nº 70038869210, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal

324

Disponível em:
<http://google4.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71002904670%26num_processo%3D71002904670%26codEmenta%3D4063197+%22princ%C3%ADpio+da+razoabilidade%22&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF&numProc=71002904670&comarca=Comarca+de+Flores+da+Cunha&dtJulg=31-03-2011&relator=Carlos+Eduardo+Richinitti>. Acesso em 15 abr 2011.

325

Disponível em:
<http://google4.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70038853818%26num_processo%3D70038853818%26codEmenta%3D4049889+%22princ%C3%ADpio+da+razoabilidade%22&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF&numProc=70038853818&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=30-03-2011&relator=Angelo+Maraninchi+Giannakos>. Acesso em 15 abr 2011.

de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 29/03/2011)³²⁶
(grifamos)

Com isso, para que os ditos *princípios* fossem assim considerados, deveriam encerrar as omissões legislativas violadoras da isonomia e da igualdade como padrões morais e normativos, vinculando a legitimidade do exercício das prerrogativas do Poder Público e não configurando a discricionariedade deste Poder. Isso implica afirmar que “o ‘princípio da proporcionalidade’ não é instrumento para decisionismos”³²⁷, porquanto a integridade do direito tem que ser protegida na seguinte medida: ou a regra restará adequada ou será nulificada.

Como se viu no decorrer do presente estudo é este o objetivo primordial dos princípios: conferir a integridade do direito. Noutras palavras, como refere Rafael Oliveira, os princípios devem ser pensados segundo os postulados da equidade e da integridade, uma vez que eles nunca ocorram isoladamente, manifestando-se sempre numa *comum-unicidade*³²⁸.

E considerando o volumoso número de princípios, abordados no primeiro capítulo do presente trabalho, ficam alguns questionamentos: os princípios lá nominados podem ser considerados princípios? Se optarmos pela resposta positiva, questionamos: por que podem ser considerados princípios? Pelo simples fato de os autores assim os nominarem? Por que Moacyr Amaral, Assagra de Almeida, Portanova ou Nery Jr. assim o querem?³²⁹ Eles conferem a devida integridade ao sistema jurídico?

Será que os princípios da iniciativa das partes, do contraditório, do impulso processual, do dispositivo, da livre convicção do juiz, da publicidade, da lealdade processual e

³²⁶

Disponível

em:

<http://google4.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70038869210%26num_processo%3D70038869210%26codEmenta%3D4063762+%22princ%C3%ADpio+da+razoabilidade%22&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTFnumProc=70038869210&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=29-03-2011&relator=Mylene+Maria+Michel>. Acesso em 15 abr 2011.

³²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 491.

³²⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 177/8.

³²⁹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do pan-principiologismo processual*. In: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira (Org.). *Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização*. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

da oralidade listados por Moacyr Amaral Santos, ou os princípios derivados do princípio do devido processo legal de Nelson Nery Júnior ou, também, as dezenas de princípios de Rui Portanova não são apenas standards retóricos que não constituem fundamentação e com isso propiciam que se instaure a discricionariedade judicial? Aliás, o cerne da problemática dos princípios, ou melhor, da panprincipiologia é justamente evitar decisionismos³³⁰!

E, ainda, os princípios coletivos de Gregório Assagra de Almeida: proporcionalidade, democrático, solidariedade coletiva, devido processo legal coletivo substancial, proibição do retrocesso do Direito Coletivo, aplicabilidade imediata do Direito Coletivo, priorização da proteção coletiva preventiva, não-taxatividade ou não-limitação do Direito Coletivo, universalidade da proteção e da efetivação do Direito Coletivo, imprescritibilidade e indecadenciabilidade do Direito Coletivo, conformação do procedimento e do provimento conforme o Direito Coletivo, nos questionamos porque motivo devemos priorizar o direito coletivo em detrimento do direito individual? Na proposta de princípios coletivos de Assagra de Almeida fica a impressão de que só há interesse jurídico individual, ou ainda que, se não fosse por estes *princípios* não se teria como proteger o direito ou interesse transindividual³³¹.

Como bem refere Adalberto³³²

Os exemplos trazidos servem para demonstrar o quão distante estamos de efetivar um Devido Processo Constitucional com respostas corretas, fundamentadas, que atenda(m) aos argumentos das partes; com decisões que atendam a integridade e a coerência do direito. *Standards* retóricos não constituem fundamentação. Nesse sentido, o pan-principiologismo processual proporciona-nos uma “falsa saída”. É a saída do positivismo: aposta em subsunções de ementas, escorregando para a discricionariedade judicial, com o esquecimento da faticidade. Quando, em nossas peças jurídicas, sejam elas petições, pareceres, ou decisões judiciais, fazemos menção a princípios que, na verdade, não passam de meros *standards* (“coagulações hermenêuticas de sentido”, “objetificações interpretativas”), deixamos de ir ao “encontro do mundo”, olvidando a faticidade e a temporalidade dos casos. O apego à retórica das ementas e ao caráter sintático/semântico do Direito faz com que

³³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009, p. 12.

³³¹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do pan-principiologismo processual*. In: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira (Org.). Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

³³² HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do pan-principiologismo processual*. In: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira (Org.). Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

“hiperdimensionemos” a conceitualização em prejuízo da argumentação principiológica, esquecendo, assim, a historicidade e a moralidade institucionalizada, aumentando o risco de vermos rachada a coerência e a integridade do Direito. E o Direito Fundamental ao Devido Processo Legal/Constitucional que se “dane”!

É por isso que, o modo como a doutrina processual vem tratando dos princípios propicia a abertura interpretativa do direito, o que fere a democracia, propulsionando arbitrariedades. Isso porque, como afirma Lenio Streck, a jurisprudência que se forma em torno das *teses principiológicas* não significa simplesmente um conjunto de casos julgados, pois, “um caso isolado, que tenha ‘quebrado’ a seqüência de decisões e que não tenha sido seguido provavelmente terá sido fruto de decisão arbitrária, do mesmo modo, a quebra seqüencial, sem fundamentação, apenas com o dizer ‘neste caso não sigo a jurisprudência’ tem *validade hermenêutica* ‘zero’”³³³

Nesse panorama podemos dizer que, tal como a tese defendida por Dworkin (que distingue discricionariedade fraca e discricionariedade forte³³⁴) os princípios igualmente comportam uma definição *fraca*, com conceitos doutrinários vagos, utilizações jurisprudenciais retóricas e tautológicas, e uma definição *forte*, quando utilizados como padrões morais e normativos, configurando-se em imperativos da moralidade, justiça ou equidade, propiciando o resgate do mundo prático para o Direito.

E, por isso, a juridicidade do princípio somente pode ser determinada efetivamente no momento de sua interpretação, ou seja, é na decisão judicial que os princípios devem ser analisados, pois quando os princípios são utilizados no sentido *forte*, operariam o fechamento do círculo de interpretação, restaurando o vínculo existente entre Direito e moral. Aí é que podem realmente ser nominados como princípio. Quando utilizados no sentido *fraco*, é possível afirmar que não estamos diante de princípios, mas de simples critérios ou

³³³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p.09/10.

³³⁴ Dworkin fala em três sentidos para o termo discricionariedade: fraco, forte e limitado. A principal diferença entre os sentidos fraco e forte pode ser resumida no sentido de que, em seu sentido forte, a discricionariedade implica em incontrolabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido. Dworkin refere: “os padrões jurídicos que não são regras e que são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes” (p.55) e nestes casos os padrões que os juízes tipicamente empregam são na verdade princípios que os guiam em suas decisões e que obrigam no momento de determinar qual das partes possui direitos. Consultar: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50/63.

standards. Para que um princípio tenha juridicidade ele não pode se desvencilhar da democracia.

Os princípios, como leciona Rafael Oliveira³³⁵, em tradução ao pensar de Ronald Dworkin,

[...] não são padrões de condutas reconhecidos por terem sido expedidos por decisões das autoridades instituídas tomadas no passado, mas fazem parte do contexto moral e político que atravessa uma determinada comunidade. Em sua teoria do direito como integridade [...] Dworkin não desconsidera a importância das decisões institucionais tomadas pelas autoridades estatais. Como dito, a justificação da fundamentação das decisões só terá lugar caso respeite a integridade, entendida como um compromisso das autoridades públicas – inclusive os juízes – de tratar os particulares de maneira consistente com princípios de moralidade política plasmados em instituições da comunidade, como o são a Constituição, as leis e os precedentes. Todavia, a noção do direito como prática interpretativa produz um conceito alargado de normatividade, que passa a reconhecer como normativos também padrões de conduta desenvolvidos a partir da convivência sempre mediada por uma consciência histórica que se desenvolve numa determinada comunidade.

E é por isso que é preciso ter cuidado para não subverter os princípios jurídicos em *capas de sentido* ou meros standards lingüísticos, como bem asseveram Adalberto e Francisco: “princípios jurídicos servem para aniquilar o poder discricionário, não para fomentá-lo. Não *velemos* o *ser*, portanto”³³⁶.

Para que se possa articular um conceito de princípio é preciso alargar a racionalidade do Direito, de forma a comportar um modelo histórico-concreto de pensamento, em detrimento do modelo matemático-abstrato que vem permeando o senso comum teórico dos juristas. É que princípios não são estruturas ou meros enunciados previamente dados e interpretados pelos juristas, mas, sim, “significados conceituais que acontecem num horizonte de sentido dado pela história”³³⁷. E bem por isso os princípios são sempre uma “possibilidade que nunca chega a se efetivar por inteiro”³³⁸, para repetir o já afirmado.

³³⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 178/9.

³³⁶ HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 12.

³³⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

³³⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

A saída para enfrentar o problema da indeterminabilidade do pós-positivismo no Direito, e com isso a superação do esquema sujeito-objeto³³⁹ positivista, se dá por meio da análise da realização concreta do Direito, a ser feita no momento de sua aplicabilidade. Como bem referido por Adalberto Hommerding e Francisco Motta³⁴⁰:

Para que superemos o positivismo jurídico, devemos estar prontos para lidar com as questões referentes à *legitimidade* das decisões tomadas pelo Poder Judiciário. E a questão da legitimidade [...] envolve uma problemática *moral* e, bem por isso, eminentemente prática (como agir, escolhas, etc.). Daí se percebe a virtuosidade que a argumentação em favor dos princípios (claro: se bem compreendida e, sobretudo, quando *levada a sério*) significa para a prática do Direito. É através da compreensão/interpretação/aplicação dos princípios “como” padrões morais e normativos, vinculados à *legitimidade* do exercício das prerrogativas do Poder Público, que devolvemos o *mundo prático* para o Direito. E que resguardamos a valiosa *autonomia*.

Isso porque, a noção de constitucionalismo compromissório e dirigente teve a função de trazer para dentro da Constituição temáticas que, anteriormente, cingiam-se à esfera privada. Com isso houve a publicização dos espaços reservados aos interesses privados a partir da assunção de uma materialidade, materialidade esta conferida aos princípios. “Com efeito, se a própria Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há, agora, um princípio que não a deixa se ‘desvencilhar’ do mundo prático), *é porque também o*

³³⁹ O arraigamento esquema sujeito-objeto é o traço em comum da mixagem de vários modelos jusfilosóficos. O esquema sujeito-objeto sustenta o modo dedutivo-substutivo de interpretação, e com isso propicia a discricionariedade, uma vez que esta está ligada ao subjetivismo e, portanto, ao esquema sujeito-objeto. Por isso, a discussão acerca de discricionariedade significa discutir a permanência ou superação do esquema sujeito-objeto. “Os defensores da discricionariedade fundamentam o discurso em uma relação sujeito-objeto, em lugar de darem conta da relevante circunstância de que o discurso do sujeito da relação sujeito-objeto funda-se em um elemento que condiciona a possibilidade da ligação entre o sujeito e o objeto, que é o discurso da pré-compreensão, da antecipação, do compreender, que é – e sustenta – o nosso modo prático de ser no mundo, que desde sempre é o fundamento a partir de onde todo discurso (enunciativo assertórico) se fundamenta” (p. 09). Ocorre que, a nova Constituição publiciza os espaços antes reservados aos interesses privados através dos princípios, que vem agora propiciar “uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há, agora, um princípio que não a deixa se ‘desvencilhar’ do mundo prático), *é porque também o modelo de conhecimento substutivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que ceder lugar a um novo paradigma interpretativo*” (p. 9/10). Com isso, o déficit de realidade do esquema sujeito-objeto, vem a ser preenchido pelas posturas interpretativas, especialmente a hermenêutico-ontológica que colocam o modo-de-ser e a faticidade no *lôcus* da compreensão. Assim, salta-se do fundamental para o compreender, “onde o compreender não é mais um agir do sujeito, e sim, um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade” (p. 10). STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.01/16.

³⁴⁰ HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 11.

*modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que ceder lugar a um novo paradigma interpretativo*³⁴¹.

Mas afinal de contas, o que pode então ser considerado princípio processual civil? E esta questão, diga-se de passagem, é de suma importância, na medida em que os princípios institucionalizam o mundo prático no sistema jurídico, configurando-se no modelo pelo qual se institui a normatividade ao Direito, eis que pode detrás de toda a regra há um ou mais princípios que orientam a positivação das regras³⁴².

Lenio Luiz Streck³⁴³ leciona que devem ser considerados princípios aqueles que nitidamente tenham a função de estabelecer padrões hermenêuticos, com fito de:

1) *Preservar a autonomia do direito*. Abarca a necessidade de correção funcional. Assim, serão considerados princípios os que preservem a rigidez do texto constitucional, sua força normativa, e que objetivem a máxima efetividade e eficácia da Constituição.

2) *Estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação judicial*. Considerando que os princípios devem preservar a autonomia do Direito, o meio possível para realização dessa autonomia se dá no controle das decisões judiciais, que são os limites da interpretação do direito. Cuidando das arbitrariedades que possam nelas (decisões) existir, haverá o conseqüente cuidado com a discricionariedade no Direito.

3) *Garantir o respeito, a integridade e à coerência do direito*. A necessidade de fundamentação das decisões judiciais é forma de garantir a integridade e coerência do sistema jurídico, o que não se configurará com o uso dos princípios como standards interpretativos ou retóricos, de caráter persuasivo.

³⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p.09/10.

³⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 539.

³⁴³ Partindo destes 5 requisitos, por assim dizer, Lenio Streck propõe a utilização de cinco princípios (por ele chamados de “princípio turn”), quais sejam: princípio da igualdade, princípio do devido processo legal, princípio da presunção de inocência, princípio da publicidade dos atos no Estado Democrático de Direito e princípio da proibição de discriminação de qualquer espécie. Para tanto consultar: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 539/42.

4) *Estabelecer que a fundamentação das decisões é dever fundamental dos juízes e Tribunais.* Isso, por que a sociedade não pode ser indiferente às razões pela qual um juiz/tribunal decidiu. A fundamentação das decisões é premissa do Estado democrático de Direito, pois o Direito não pode deslegitimar o texto constitucional. Assim, a explicitação das razões que levaram o juiz a decidir a causa é uma responsabilidade política do juiz, albergada pela Constituição Federal no art. 93, IX³⁴⁴, não podendo esta fundamentação ter caráter apodíctico.

5) *Garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição Federal e que haja condições para verificar se a resposta está ou não constitucionalmente adequada.* Reforça a garantia de fundamentação das decisões judiciais, com a blindagem das interpretações legitimadoras, que preservem a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios.

Como se percebe, os princípios não podem ser vistos como meta-regras, que servem para suprir as deficiências ônticas das regras, como vem sendo aplicados. O problema dos princípios, em verdade, relaciona-se mais com o seu conteúdo e menos ou quase nada com a forma pela qual foram produzidas (o que Dworkin chama de *pedigree*³⁴⁵).

Argumentar em favor dos princípios significa argumentar à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, pois os princípios são meio de ingresso da moral no Direito³⁴⁶. Isso fica evidente no exemplo lecionado na obra *Uma questão de princípio* de Dworkin³⁴⁷, vejamos:

³⁴⁴ Determina o art. 93, IX, CF/88: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”

³⁴⁵ Dworkin afirma que as “regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Estes testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como ‘regras morais’) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

³⁴⁶ HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 11.

³⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 107.

Quando uma pessoa recorre á justiça em uma questão civil, ela pede ao tribunal que imponha seus direitos, e o argumento de que a comunidade estaria melhor se esse direito não fosse aplicado não é considerado um bom argumento contra ela. Aqui, devemos tomar cuidado para não cair numa conhecida armadilha. Muitas vezes, quando queixoso expõe seu caso indicando uma lei que lhe concede o direito que ora reivindica, a própria lei, como fato histórico foi aprovada porque o legislativo pensou que o público se beneficiaria como um todo, uma espécie de solução utilitarista, se as pessoas como o réu tivessem um direito jurídico ao que a lei específica. (Ou seja, a lei foi aprovada por razões não de princípios, mas de política.) Não obstante, a reivindicação do queixoso, baseada nessa lei, é uma reivindicação de direito. [...] Contudo, mesmo num caso tão definido, o queixoso está se valendo de um argumento de princípio quando promove a ação no tribunal, não de um argumento de política.

Considerando que o argumento dos princípios busca resgatar a efetividade moral e manter a coerência e integridade do Direito, o modo de se analisar os princípios deve ser entendido sob a ótica pragmático-semântica, não podendo ser determinado pelo seu grau de abstração, sob pena de ser transformado em cláusula geral.

Não se pode partir de um princípio para resolver um caso. Isso, como leciona Lenio Streck, seria fazer raciocínios teleológicos³⁴⁸. Lembremos que o princípio opera como o *fechamento do sistema interpretativo*. Haverá uma regra apta para resolver o caso a partir de uma reconstrução principiológica. E é esse o papel dos princípios. Por isso repetimos com Adalberto e Francisco: “levemos os princípios a sério”³⁴⁹.

³⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p.528.

³⁴⁹ HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 12.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No pós-positivismo os princípios foram elevados à condição de norma, e com isso, no Brasil, isto chegou a níveis crônicos, pois saltamos de um período de negação da normatividade dos princípios para um período onde todos os padrões foram elevados a condição de princípio. Parece haver uma espécie de *proliferação principiológica* por parte dos juristas, no sentido de *invenção* de princípios.

O pan-principiologismo, ou seja, a proliferação principiológica é objeto de críticas, acerca do uso indiscriminado dos princípios, por parte de doutrinadores como Lenio Streck, Eros Grau e Humberto Ávila. Rafael Oliveira também critica outro problema relacionado com a proliferação principiológica, referindo que, o uso indiscriminado do termo princípio e a criação *ad hoc* de novos princípios, também devem ser vistos como critérios que dificultam a conceituação do que seja princípio.

Tanto a proliferação de princípios quanto a indefinição do conceito de princípios, ficou evidenciada nos capítulos iniciais do presente trabalho, quando, apenas na literatura processual analisada no estudo, verificamos a existência de 114 (cento e quatorze!) tipos principiológicos devidamente conceituados nas doutrinas pesquisadas, e não conseguimos objetivar um conceito universal, por assim dizer, do termo princípio.

Como observado, embora boa parte da doutrina processual civil brasileira objetive delimitar o conceito de princípio, ainda não há unanimidade quanto à definição do que realmente seja um princípio, restando apenas uma espécie de *presunção de conhecimento* do que sejam princípios jurídicos, ou mesmo em que medida eles são distintos das regras.

Na doutrina processual brasileira, como pode ser constatado, não há consenso quanto à definição conceitual de princípios, existindo apenas algumas semelhanças de entendimento por parte de alguns processualistas. Alguns entendem que os princípios são critérios avaliativos, classificadores e informativos do ramo do sistema processual a que se destinam. Outros doutrinadores divergem quanto ao conceito de princípio, os vendo sob ótica de orientação hierarquia superior, ou como meios de supressão de lacunas legislativas, ou ainda, inspirações para a aplicação prática das leis formais.

O que se resume da doutrina processual civil citada no capítulo 1 é a clara indefinição do conceito do que realmente seja um princípio jurídico, tendo em vista que parte da doutrina a entende como critérios classificadores do sistema jurídico a que pertencem, enquanto outra parte vê os princípios como formalizadores da aplicação prática do sistema legislativo, havendo, ainda, parcela significativa que considere os princípios como meros standards interpretativos.

Em contraponto às múltiplas definições conceituais de princípio analisadas no primeiro momento, no segundo capítulo do estudo verificamos que no paradigma hermenêutico filosófico o entendimento de que os princípios são o meio concreto para enfrentamento da discricionariedade judicial pós-positivista.

Na hermenêutica filosófica os princípios são pensados segundo os postulados da equidade e da integridade, partindo da premissa de que um princípio nunca ocorre isoladamente, mas sempre numa *comum-unidade*. Assim, a aplicação jurídica de um determinado princípio somente pode ser efetivada no momento de sua interpretação, ou seja, no momento em que a decisão judicial é proferida.

E, partindo disto, os princípios possuem vínculo com a moral; vínculo este que se instaura no momento de sua aplicação, no momento de tomada da decisão no caso prático, quando os princípios configuram-se no meio de demonstrar a legitimidade da tomada da resposta correta. Nesse contexto se infere que não se pode partir do princípio para resolver um caso, mas, sim, de uma regra apta pra resolvê-lo e, caso a porosidade desta regra necessite a aplicação de um princípio, este será utilizado, partindo do caso em concreto, para realizar o fechamento da decisão correta.

É que a determinação do conceito de princípio não pode ser efetuada por meio de uma simples análise do efetivo uso real que os juristas fazem do termo princípio, pois cada significado do conceito de princípio carrega consigo uma carga histórico-filosófica que lhe forma e confere contornos teóricos específicos, impondo ao intérprete a tarefa de interrogar filosoficamente o conceito de princípio. Em outras palavras, não há um conceito que determine antecipadamente o que são princípios, ou, em que medida estes se diferenciam das regras.

Considerando que os princípios instituem as bases para normatividade do Direito, eles não autorizam a criação de novas normas jurídicas, mas, sim, são eles mesmos a normatividade do Direito. O problema na distinção estrutural entre princípios e regras é que, quando feita esta distinção, os princípios acabam adquirindo a função de meta-regras, algo que lhes tira a razão *principiológica*, fazendo com que assumam o papel de suprir as deficiências ônticas das regras.

Com isso concluímos que os *princípios* apresentados no decorrer do texto não podem ser considerados princípios, pois os mesmos configuram-se em standards interpretativos de normas aptas para resolução de casos jurídicos. Assim, os princípios da iniciativa das partes, do contraditório, do impulso processual, do dispositivo, da livre convicção do juiz, da publicidade, da lealdade processual e da oralidade listados por Moacyr Amaral Santos, bem como as dezenas de princípios listados em Rui Portanova e os princípios derivados do devido processo legal de Nery Jr., ou os princípios coletivos de Assagra de Almeida são apenas Standards retóricos que propiciam que se instaure a discricionariedade judicial. E o cerne da problemática dos princípios, ou melhor, da panprincipiologia é justamente evitar decisionismos.

Os exemplos listados neste trabalho servem para demonstrar o quão distante estamos de efetivar um Devido Processo Legal com respostas corretas que atendam a integridade e a coerência do direito. São meros standards retóricos que não constituem fundamentação, escorregando para a discricionariedade judicial.

É por isso que, o modo como a doutrina processual vem tratando dos princípios propicia a abertura interpretativa do direito, o que fere a democracia, propulsionando arbitrariedades. A maximização, e a conseqüente banalização, dos princípios no Direito, faz com que os operadores do Direito terminem por esquecer a importância dos textos legais e a necessidade de *levá-los a sério*.

É que o fenômeno do pan-principiologismo processual fortalece a idéia, diga-se de passagem: incorreta, de que os princípios *abrem* a interpretação do Direito. Ocorre que, em decorrência dessa *abertura*, por meio da aplicação dos princípios, o intérprete pode decidir valendo-se do *bom senso*, apesar dos textos, a justiça material nos casos concretos. Assim, institucionalizado o Direito Processual, o pan-principiologismo, antes de propiciar

decisões constitucionalmente adequadas, passou a se constituir em verdadeiro obstáculo ao Devido Processo Legal.

Concluindo, devemos cuidar a utilização inadequada dos princípios para não subvertermos os princípios jurídicos em meros standards lingüísticos, aptos a servir como *capas de sentido* ao Direito. Princípios jurídicos servem para aniquilar o poder discricionário, não para fomentá-lo. Invocar um princípio na argumentação jurídica é algo importante e necessário para que o Direito possa ser produzido de forma democrática e coerente. O direito ao Devido Processo Legal é um Direito Fundamental que não pode compactuar com o pan-principiologismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. *Teoría Del Discurso y Derechos Cosntitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4º Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)*. In BAROSSO, Luis Roberto (org) *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____, e BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios*. In: LEITE: George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros. 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros 1996.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 11ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jus Didivm. 2009.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martns Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

_____. *Hermenêutica em retrospectiva*. 2ª ed. vol 1: *Heidegger em retrospectiva*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

_____. *Hermenêutica em retrospectiva*. 2ª ed. vol 2: *A virada hermenêutica*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Invalidades Processuais: análise das questões objetivas dos concursos para ingresso na carreira da Magistratura*. Santa Rosa: Editora Coli, 2009.

_____. *O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do pan-principiologismo processual*. In: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira (Org.). Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

_____. e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009.

INWOOD, Michel. *Dicionário de Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil. Volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9ª ed. São Paulo: Millennium, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional Brasileiro*. 2009. Disponível em: <http://bdtd.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1060>. Acesso em: 21 março 11.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Benedito. *Heidegger & Ser e Tempo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. rev. ampl., 2009.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.