

ENFRENTANDO O DESCRÉDITO GENERALIZADO À APLICAÇÃO JUDICANTE DE NORMAS PRINCÍPIOS

FACING GENERALIZED DESCRIPTION TO THE JUDICANT APPLICATION OF STANDARDS PRINCIPLES

José Erick Gomes da Silva¹

George Sarmento Lins Júnior²

RESUMO: Este trabalho discorre sobre uma das bases de compreensão dogmática do direito constitucional contemporâneo, qual seja, a do reconhecimento da Constituição enquanto sistema aberto de regras e princípios. Tendo por ponto de partida a distinção doutrinária entre regras e princípios, chama-se a atenção para os riscos de um sistema jurídico que fosse exclusivamente composto por regras ou por princípios. Denota-se, pois, a importância da convivência de ambas as espécies do gênero norma jurídica no cotidiano judicante. Ademais, são enfrentadas críticas recorrentes à aplicação de princípios pelos magistrados(as), tendo por fundamentos teóricos: a atividade criativa do juiz; a compreensão jurídica da teoria deliberativa da democracia; a função constitucional atribuída ao Poder Judiciário; e a responsabilidade social dos juízes na aplicação dos direitos fundamentais. Assim, firma-se uma visão oposta a discursos de descrédito à aplicação de princípios pelos precedentes judiciais. Juristas, inclusive os juízes, possuem o poder-dever de completar o ordenamento jurídico e, cotidianamente, interpretá-lo de modo a assegurar a máxima efetividade à Carta Política, tarefa que imprenscide, muitas vezes, de interpretações principiológicas.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica. Normas-princípios. Neoconstitucionalismo. Atividade Criativa.

ABSTRACT: This work deals with one of the bases of dogmatic understanding of contemporary constitutional law, that is, the recognition of the Constitution as an open system of rules and principles. Taking as its starting point the doctrinal distinction between rules and principles, attention is drawn to the risks of a legal system which is composed exclusively of rules or principles. Therefore, the importance of the coexistence of both species of the juridical

¹ Graduando em Direito (Universidade Federal de Alagoas - UFAL). Assessor de Juiz no Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

² Mestre e Doutor em Direito (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE).



norm gender in the judicial everyday is denoted. In addition, criticisms are recurring to the application of principles by magistrates, having as theoretical foundations the creative activity of the judge; the legal understanding of the deliberative theory of democracy, the constitutional function attributed to the Judiciary; and the social responsibility of judges in the application of fundamental rights. Thus, a vision is opposed to discourses of discredit to the application of principles by judicial precedents. Jurists, including judges, have the power-duty to complete the legal system and, on a daily basis, to interpret it in order to ensure the maximum effectiveness of the Political Charter, a task that often implies a principled interpretation.

KEYWORDS: Hermeneutics. Standards-principles. Neo-constitutionalism. Creative Activity.

INTRODUÇÃO

Com o advento do neoconstitucionalismo, o Direito Constitucional passou a ocupar lugar central nas discussões jurídicas e em toda a sociedade. Seu lugar central justifica-se devido aos pressupostos teóricos que o cercam, notadamente, para além da compreensão kelseniana de que a Constituição seja o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, a Carta Magna também irradia todas as demais normas jurídicas, impondo-lhes conteúdos do mais alto grau de hierarquia para a devida interpretação de leis, decretos, portarias e até instrumentos do direito privado, como é o caso dos contratos em geral. A validade das espécies normativas é condicionada à conformidade das suas interpretações com a Lei Maior.

Nesse enredo, tem se tornado lugar comum constatar que a Constituição é composta por normas jurídicas que se classificam em regras e princípios, sendo, ambas as espécies, integrantes do gênero norma jurídica. Conforme nota Carlos Ayres Britto, existe uma dialeticidade no interior de vários princípios, nos seus sentidos, o que possibilita à Constituição novas valorações fáticas. Os princípios são responsáveis, afinal, por conferir unidade axiológica ou material ao Texto Magno, e “concorrem para impedir que a própria rigidez venha a significar impermeabilidade conceitual de valores de berço constitucional³”.

A título de distinção, de acordo com Gilmar Mendes⁴, os princípios seriam aquelas normas com teor mais aberto do que as regras, que “carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do juiz ou da Administração”. Já as regras seriam, diversamente, espécies de normas jurídicas suscetíveis de aplicação imediata. As regras aplicar-se-iam mediante a

³ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 170.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.



subsunção do fato à norma; os princípios, por via da ponderação, da influência de cada um em determinado caso concreto.

Não obstante tal reconhecimento de que regras e princípios integram o gênero norma jurídica, tem sido cada vez mais frequentes críticas realizadas ou difundidas no ambiente acadêmico em relação à aplicação dos princípios jurídicos para a solução de controvérsias, especialmente quando por parte do Poder Judiciário brasileiro. Virgílio Afonso⁵, por exemplo, cita a crítica de Böckenförde, magistrado do Tribunal Constitucional Alemão, quando, em determinado julgamento, proferiu a afirmação de que o sopesamento de princípios rebaixa a Constituição a mero material de sopesamento do juiz.

Isto posto, procedeu-se, metodologicamente, a um levantamento bibliográfico, a partir do qual foram lidos e interconectados os textos selecionados. Utiliza-se o método dialético e a técnica de pesquisa bibliográfica para a construção do presente trabalho. Após apresentar o panorama do Direito Constitucional contemporâneo, reconhecendo a normatividade dos princípios e os colocando enquanto espécie do gênero norma jurídica, passa-se a elencar críticas à aplicação judicante das normas-princípio que resulta no descrédito da sua utilização. Em seguida, são apresentadas contribuições doutrinárias que tornam possível firmar uma posição contrária à aferição de desabono ao uso de princípios. São elencados quatro argumentos teóricos, na introdução. Por fim, chega-se a uma síntese do esforço teórico empregado, após o enfrentamento dos argumentos trazidos à baila. Obras renomadas fundamentam este trabalho.

O presente trabalho tem por objetivo contribuir para o reconhecimento da Constituição enquanto sistema aberto de regras e princípios, firmando uma visão oposta a discursos de descrédito à aplicação de princípios pela jurisprudência. Tal posição tem por fundamentos teóricos:

- a) a atividade criativa do juiz;
- b) a compreensão jurídica da teoria deliberativa da democracia;
- c) a função constitucional atribuída ao Poder Judiciário;
- d) a responsabilidade social dos juízes na aplicação dos direitos fundamentais, desenvolvidos a seguir.

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.), **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 365.



1 A ATIVIDADE CRIATIVA DO JUIZ ENQUANTO FUNDAMENTO QUE CONVALIDA A UTILIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Contemporaneamente, tornou-se abordagem imperativa na comunidade jurídica a ideia de que o juiz exerce atividade criativa. Nem sempre foi dessa maneira. Afinal, a convivência instável é inerente ao Direito a começar pelo próprio termo, por possuir acepções diversas e aplicáveis a contextos igualmente diferentes. É o que alguns doutrinadores ressaltam como sendo a existência de conceitos essencialmente controvertidos, ou seja, valorativos, de estrutura complexa e que apresentam casos que são paradigmas de aplicação do conceito. Até mesmo a emotividade é um dos contextos que envolvem o fenômeno jurídico, desde as definições do que seja o Direito⁶.

Ora, a interpretação não é monopólio de uma visão de mundo. Conforme observou Eni Orlandi, “as palavras não são só nossas. Elas significam pela história, pela língua⁷”. É nesse mesmo enredo, pois, que se situa a discussão sobre a atividade criativa exercida pelo magistrado. Desse modo, é mister afirmar que a jurisdição é vista, atualmente, enquanto âmbito da atividade criativa do juiz.

Em realidade, ao lado da criação de normas gerais e abstratas por parte do Poder Legislativo - em regra, isto é, como sendo a sua função típica, há, por outro lado, a criação de uma norma jurídica individualizada e concreta na situação em que o juiz faculta, determina, emite comandos jurídicos por via de suas determinações, através de despachos, decisões ou sentenças. O procedimento perante os tribunais não são meras operações naturais, uma vez que dotadas de uma carga de juridicidade que desemboca na emanação de atos jurídicos que produzem efeitos no mundo jurídico e na vida social. Do movimento de individualização de normas gerais e abstratas até a emissão de juízos de incidência de uma norma a um fato, bem como de outras análises jurídicas de validade/invalidade, aplicabilidade/inaplicabilidade, torna-se onipresente determinado grau de liberdade ou de *práxis* criativa no labor exercido pelos membros do Poder Judiciário.

Igualmente destacável é a constatação de que a Escola da Exegese confundia lei e norma jurídica, enquanto a doutrina contemporânea considera haver diferenças claras e precisas em relação a tais conceitos. A norma jurídica não se confunde com o texto normativo à medida que

⁶ SGARBI, Adrian. **Introdução à teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 33-34.

⁷ ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de discurso: princípios e procedimentos**. 5. ed. Campinas: Pontes, 2003, p. 32.



resulta de um processamento em que aquela é decorrência de um processo interpretativo que visa atribuir sentido e alcance ao texto normativo. Nesse esforço de extrair sentido, o juiz acaba por não ser imune a seu conjunto de saberes e experiências que propiciam uma inevitável pré-compreensão.

Ao escrever sobre o problema da consciência histórica, Hans-Georg Gadamer bem observa que "o conhecimento objetivista é uma ilusão⁸". O referido pensador enfatiza a indispensabilidade de que a interpretação seja efetivamente liberta de ideias ultrapassadas e de que seja, decididamente, contrária a hábitos inconscientes do pensamento. Se o ser humano é um ser finito, permeado pelas condições do tempo, pondo-se como elemento da história e influenciado por ela mesma, esse ser também é um ser hermenêutico, sendo marcado, então, pela sua experiência no mundo. Por isso, pode-se inferir que somente é possível entender o objeto da interpretação a partir da pré-compreensão, isto é, intrepreta-se com aquilo que já se sabe.

Defende-se haver uma circularidade na compreensão, e, ainda que seja esta uma realidade da qual se deva tentar fugir, é o que se constata na vida social. A norma jurídica, definitivamente, não tem um sentido pronto e acabado. Esse sentido é, em suma, construído pela comunidade jurídica, pleiteado por diversos atores desse cenário – e por atores políticos, religiosos, econômicos etc., para além do juiz, mas que também o envolve e a sua atuação, perpassando sua atividade criativa.

Conforme o ensinamento de Gomes Canotilho⁹, todo discurso emanado de um texto possui um segredo às escondidas, passíveis de revelação por parte daqueles que estejam dispostos a fortalecer a busca por um Direito Constitucional de base principalista - pois baseada em normas princípios.

Esse é um primeiro argumento, somado a outros, para firmar a defesa de que a crítica à prolação de uma decisão judicial amparada em princípios há de ser feita estando consciente de que não é anormal ou indevido que o juiz atue, no desempenho de suas funções, com determinado grau de criatividade. Afinal, embora se possa discutir limites e possibilidades desse exercício criativo, explica-se a seguir, é extremamente deseável e juridicamente cogente que, em determinados casos, os princípios decidam a lide.

⁸ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução: Paulo César Duarte Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 57.

⁹ GOMES CANOTILHO, José J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1164.



2 A PRESENTE ABORDAGEM À LUZ DE REFLEXÕES PROVENIENTES DA TEORIA DELIBERATIVA DA DEMOCRACIA

O problema a ser analisado quanto à utilização dos princípios também pode ser posto à luz da teoria deliberativa da democracia, isto é, quanto à concepção de que o ideal de democarcia implica na preocupação quanto à aceitação ou não, quanto ao convencimento ou não, das decisões perante todos os atores sociais, que, em termos práticos, transcende o círculo da comunidade jurídica. Na República Federativa do Brasil, entrega-se o poder de decidir os conflitos de interesses com definitividade ao Poder Judiciário. Essa é a regra.

No entanto, existem meios próprios para discutir e rediscutir os enunciados jurídicos tidos como parâmetros ou pontos de partida para a decisão judicial. Nesse enredo, são comuns as discussões acerca de duas questões:

- a) se as decisões estão ou não compatíveis com os enunciados dispostos na forma de norma jurídica;
 - b) se as normas jurídicas são justas ou consoantes aos interesses sociais mais valorosos.
- Restringe-se a abordagem desta seção à primeira preocupação, de ordem dogmática, na qual é dominante o princípio da inegabilidade do ponto de partida.

Em tese, todas as normas jurídicas ostentam justeza, apenas cabendo verificar se são juridicamente dotadas de validade, qual a sua relação hierárquica e qual norma, entre várias, prevalece no caso concreto quando diante de uma relação conflitual. Nesse sentido, é recorrente que membros da magistratura verifiquem que determinada regra jurídica está em descompasso com princípios jurídicos, optando-se pela prevalência destes, especialmente quando ostentem índole constitucional.

Como intérpretes do Direito que são os juízes, é próprio da sua atividade primordial – a judicante - que se realize a ação cognoscitiva e humana de se extrair sentido e alcance dos enunciados normativos, uma operação capaz de gerar dissensos. Lidar com esses dissensos é o problema que se chama a atenção neste tópico. Entende-se que o dissenso e as discordâncias, no Estado Democrático de Direito, necessitam de uma compleição igualmente democrática.

Conforme bem observa Ana Paula de Barcellos sobre a concepção deliberativa da democracia, a ideia que une seus diversos teóricos “é a tese de que as decisões em uma democracia demandam a apresentação de razões pelos participantes – isto é: a justificação de



suas posições –, debate e deliberação¹⁰”. Estar em um Estado Democrático de Direito também impõe um horizonte sobre como a sociedade em geral e os grupos em específico devem proceder com as deliberações que lhes são inerentes. Com as decisões jurídicas, de acordo com o ponto de vista aqui difundido, faz-se necessário que o processo de deliberação seja comunicativo, dialógico e de criação de consensos norteadores.

A proposta não consiste no aceitar passivamente toda e qualquer decisão, mas a de preferir a busca de meios procedimentais hábeis ao enfrentamento de cada uma delas, ou seja, portar-se de modo a agir com novos argumentos, a fim de convencer o auditório a mudar de posição, ao invés de desprestigi. Esse percurso deve ser trilhado com a plena ciência de que tal convencimento pode ocorrer ou não, que nem todas as tentativas de fazer prevalecer o próprio entendimento serão exitosas.

(...) numa sociedade secularizada, que aprendeu a enfrentar conscientemente a sua complexidade, a solução comunicativa desses conflitos forma a única fonte possível para uma solidariedade entre estranhos – entre estranhos que renunciam à violência e que, ao regularem cooperativamente sua convivência, também se reconhecem mutuamente o direito de permanecer estranhos entre si¹¹.

Por tais razões, comprehende-se que, ao se desprezar todas as decisões fundamentada única ou complementarmente por princípios jurídicos, corre-se o risco de distorcer a comunicação e, por conseguinte, dificultar a deliberação e o desenvolvimento democrático de uma decisão. Compreenda-se, obviamente, que decisões criticáveis existem, talvez todas o sejam, no entanto, elas o são por outros fundamentos, por outras formatações lógico-sistemáticas que se comprehendem, por outros atores sociais, enquanto sendo as mais adequadas como razões de decidir ao caso concreto. Não obstante as aparências de fixidez do pensamento dogmático, trata-se de uma realidade que possui, indubitavelmente, “um movimento para ir mais longe¹²”, possuidor de liberdade para ir além das verdades outrora tidas como estáticas.

No fundo, diariamente são revistas decisões de juízes de primeiro grau por juízes de segundo grau e estas por tribunais superiores. Não é incomum nem antidemocrático que assim seja, mas é perigoso o desprestígio generalizado à aplicação de princípios pelas decisões judiciais porque estes são de utilidade e de necessidade tal que devem ter preservadas a sua reputação e a sua aplicabilidade. Afinal, até mesmo aquelas regras jurídicas ditas claras e

¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 135.

¹¹ HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e norma, Tradução: Flávio Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997, p 33.

¹² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 156.



cristalinas, com baixo grau de abstração, também podem ser objeto de críticas, recursos judiciais ou reformas legiferantes.

3 FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

São órgãos do Poder Judiciário brasileiro, de acordo com o artigo 92 da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais e juízes federais, os Tribunais e juízes do Trabalho, os Tribunais e juízes eleitorais, os Tribunais e juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Todos esses órgãos possuem estrutura e competências definidas na própria Constituição, sobre as quais não discorreremos no presente trabalho, haja vista que tal escorço extrapolaria seus objetivos.

De início, convém mencionar que, embora seja usado o termo função no singular, conforme expresso no título desta seção, cumpre esclarecer que o Poder Judiciário Brasileiro tem um conjunto de funções sociais, e não somente uma. Noutras palavras, pode-se dizer que este Poder não é dotado de unifuncionalidade, mas de multifuncionalidade, de várias funções, sobre as quais se fez comentar exaustivamente em trabalhos específicos. Neste, a abordagem será contida a citar a principal dessas funções sociais do Poder Judiciário.

É lugar comum afirmar que é a atividade jurisdicional do Estado a função típica do Poder Judiciário. Assim, na organização dos poderes, a atividade de julgar incumbe, prioritariamente, aos membros desse Poder, observados pressupostos como o da inércia da jurisdição, já que o juiz não pode agir de ofício, mas somente decidir sobre o que lhe é demandado, mediante provocação. Ademais, a Constituição Federal de 1988¹³ estabelece, em seu artigo 93, inciso IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Sabe-se que, no que tange à publicidade dos julgamentos, pode esta ser mitigada em favor de causar que tramitem em segredo de justiça, para proteger interesses sociais ou de parte incapaz. No entanto, a fundamentação das decisões é uma regra que bem aproxima os ideais constitucionais de um processo comunicativo em que não se importe, tão somente, com o extrato resumido do *decisum*, com a sua ementa, mas, também, e sobretudo, com as razões que levaram a

¹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Brasília: Casa Civil, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomposto.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.



determinado magistrado(a) a decidir de certa maneira.

Por outro lado, dispõe o Código de Processo Civil brasileiro – CPC¹⁴, em seu artigo 489, § 1º, que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocatória, sentença ou acórdão, que empregar conceitos jurídicos indeterminados, isto é, sem explicar o motivo concreto da incidência de tais conceitos ao caso ou que invocar motivos que prestariam a justificar qualquer outra decisão. Essa limitação expressa no referido Código torna claro que não se considera fundamentada qualquer decisão, que não basta invocar qualquer conceito com alto grau de generalidade, sem interconectá-lo com o teor do ato decisório, pois, nessas condições, não restariam fundamentadas as decisões judiciais.

Evidencia-se, com isso, que o dever de fundamentar as decisões judiciais torna a função constitucional do Poder Judiciário mais consonante aos anseios de que se estabeleça, na sociedade, um processo comunicativo, o que é inerente às democracias que se almejam minimamente desenvolvidas. Caso a decisão não justifique determinada principiologia invocada, o problema, certamente, não haverá de estar, essencialmente, na natureza principiológica dos argumentos aludidos, mas na ausência de fundamentação, vício de invalidade que pode resultar na nulidade da decisão. Dessarte, nos casos em comento, soaria mais coerente apontar a ausência de fundamentação do que menosprezar o papel dos princípios jurídicos para a *práxis* forense, dada a indispensabilidade das normas princípios para completar o sistema jurídico e a sua efetiva utilização para a salvaguarda de interesses constitucionalmente protegidos.

4 RESPONSABILIDADE SOCIAL DOS JUÍZES

Conforme defende Ferraz Júnior¹⁵, a função social da hermenêutica existe quando o Direito permite o controle das suas consequências possíveis de incidência, noutras palavras, a função social da hermenêutica está em “fazer a lei falar”. Diante disso, convém observar que estar diante de um sistema aberto de regras e princípios é, em certa medida, conviver com sentidos possíveis. Nesse sentido, Peter Häberle¹⁶ defende uma teoria constitucional

¹⁴ BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: Secretaria Geral, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 230.

¹⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.



democrática. Segundo ele, a situação de possibilidade e de realidade de que tanto indivíduos quanto grupos possam discutir livremente acerca das normas constitucionais e seus efeitos viabilizam ao esforço interpretativo uma natureza multifacetada.

Nesse caminhar, defende Habermas que “a sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato¹⁷”, o que evidencia a defesa inequívoca por uma interpretação constitucional desprendida de sectarismos e de visões de mundo antidivisionistas. Ora, as universidades e a *práxis* forense não devem abarcar estados de espírito que reduzam o raciocínio jurídico a seitas, corredores estreitos do pensar o Direito.

Essa sociedade aberta dos intérpretes da constituição, tal como deseja Peter Häberle, em muito se relaciona com o ponto de partida da reflexão de Canotilho, quem considera a existência da Constituição enquanto um sistema aberto de regras e princípios. Os próprios princípios, afirma ele, contribui para que a Constituição seja realizada de forma gradativa, consoante cada época e status em que se encontre o sistema jurídico vigente. Por isso, não há que se falar no desejo de que os princípios nunca sejam utilizados pela jurisprudência, quando, de fato, existem casos que só podem ser resolvidos pela sua interpretação e aplicação. Ora,

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. [...] um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução de conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional¹⁸.

Todo e qualquer juiz exerce atividade criativa, que diz respeito à aplicação do direito posto ao caso concreto, na emanação de uma norma individualizadora. Para além dessa função criativa do juiz, existe, identicamente, a função constitucional do Poder Judiciário “de assumir a posição de defensor dos valores democráticos esculpidos na Constituição, mediante uma atuação que busque preservar esses ideais¹⁹”. Como defende Sergio Moro, a posição preferencial de determinados direitos torna “o juiz constitucional autorizado – e mesmo obrigado – a adotar postura ativa em sua proteção ou promoção”²⁰. O juiz, portanto, tem o dever

¹⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 39-40.

¹⁸ GOMES CANOTILHO, José J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1162.

¹⁹ CORDEIRO, Paulo Machado. **A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais:** perspectivas para um sistema de responsabilidade social do juiz a partir da instrumentalização da defesa dos direitos fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 39.

²⁰ MORO, Sérgio. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 224.



constitucional de agir na tutela de interesses constitucional, dever esse que é mais importante do que a adstricção a lei, dada a hierarquia da Constituição no ordenamento jurídico. Trata-se de questão resolvida.

Voltando a citar Paulo Machado Cordeiro, concorda-se, ainda, com a crítica feita e por ele citada de Ruy Rosado de Aguiar à construção kelseniana, para quem, embora a Teoria Pura do Direito seja detentora de grande utilidade ao compreender próprio do Direito, traduzindo científicidade, esta mesma teoria é revestida de insuficiência para a interpretação judicante, isso porque, no seu trabalho, o juiz depara-se, muitas vezes, com “uma estrutura formal que pode ser preenchida por norma jurídica justa ou injusta, fascista ou democrática²¹”. Acrescenta Paulo Machado Cordeiro que se necessita de elementos para além do formalismo puro para a aplicação do direito verdadeiramente comprometida com os ideais de Estado Constitucional Democrático e seus enunciados.

Note-se, ainda, que a figura do juiz ganha, no atual estágio dos movimentos constitucionais, a possibilidade de fazer o controle constitucional difuso, concreto e incidental, ou seja, numa determinada lide que lhe é dada a conhecer e a decidir, é possível declarar a compatibilidade de determinada norma jurídica de direito público ou de direito privado em relação à Constituição Federal. Desse modo, não é somente os tribunais superiores ou o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) quem possui tal tarefa, mas juízes de todas as instâncias e roupagens de todo o País. A preservação dos ideais consagrados na Lei Maior passa a ser uma tarefa de todos e todas, e não de um único Tribunal, embora os efeitos possam ser diferentes por questões igualmente relevantes. Sabe-se que o controle de constitucionalidade de caráter difuso, concreto e incidental tem, em regra, efeitos adstritos às partes processuais, enquanto o controle concentrado, abstrato e principal, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, tem efeitos gerais e *erga omnes* como normalidade.

O fato é que, diante desse rol de poderes-deveres que dispõem e condicionam a atividade judicante, a utilização de princípios para a fundamentação da decisão judicial acaba sendo um imperativo, pois a própria Constituição Federal, lembre-se, a Lei Maior, comporta, no seu interior, regras e princípios como espécies do gênero norma jurídica de índole constitucional. Faz-se necessário, diante de tal contexto, que o juiz se vê, principalmente nos casos em que não há normas infraconstitucionais claras, precisas e compatíveis com o sistema

²¹ CORDEIRO, Paulo Machado. **A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais:** perspectivas para um sistema de responsabilidade social do juiz a partir da instrumentalização da defesa dos direitos fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 14.



jurídica à disposição para decidir determinada controvérsia.

Do exposto, percebe-se que, na atualidade, entre outros poderes-deveres, o membro da magistratura tem o poder-dever de efetivar direitos fundamentais. Quando demadado, portanto, o Poder Judiciário não só pode agir para efetivar a Constituição violada, como também possui o dever de fazê-lo, seja baseando-se em regras jurídicas válidas e compatíveis ao caso concreto e à Constituição, seja na aplicação de princípios jurídicos constitucionais, atendendo, em ambos os casos, ao imperativo dever de fundamentação das desíssões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, a partir das reflexões ambientadas, que interpretações judiciais criticáveis podem ser enfrentadas com outras interpretações, que se reputem detentoras da logicidade almejada, a ser acolhida ou não em grau recursal, se cabível, ou pela sociedade em geral e suas vias revisoras. No entanto, acredita-se que se deve evitar o descrédito generalizado à aplicação dos princípios, pois tal postura associa-se à antidialogicidade e a uma visão monodimensional da dogmática jurídica, posturas atualmente superadas por uma ciência do direito aberta a chances de argumentação e de deliberação. Em que pese a dificuldade de conviver com múltiplas compreensões dos fenômenos da vida, a racionalidade já não é império de uma corrente teórico-doutrinária.

Muito embora os casos concretos possam e devam ser rediscutidos, a figura do juiz ou da juíza que se utilize de princípios para decidir um ponto controvertido não deve, por si só, ser tomada como uma inadequação. Essa generalidade distorce o processo comunicativo e ofende a democracia. Outrossim, nem mesmo é elogável as narrativas de que magistrados(as) devem exercer atividade acriativa porque não são eleitos pelo voto dos cidadãos, isso por duas razões: a primeira, porque a função da magistratura já fora eleita pela pia batismal do Poder Constituinte; e a segunda, porque o provimento efetivo do cargo de juiz dá-se, em regra, por concurso público ou por escolhas igualmente levadas a efeito em observância ao sistema jurídico, o que é tão democrático quanto à disputa eleitoral protagonizada pelos entes políticos.

Conclui-se, pois, que a concretização dos direitos fundamentais exige uma hermenêutica mais compromissada com a realização das tarefas constitucionais do que com o exegesitismo lógico-subsuntivo de regras insuficientes para resolução de casos submetidos à jurisdição pátria. Juristas, inclusive os juízes, possuem o poder-dever de completar o ordenamento jurídico e, cotidianamente, interpretá-lo de modo a assegurar a máxima efetividade à Carta Política, tarefa



que imprenscide, muitas vezes, de interpretações principiológicas.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Brasília: Casa Civil, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Secretaria Geral, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CORDEIRO, Paulo Machado. **A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais**: perspectivas para um sistema de responsabilidade social do juiz a partir da instrumentalização da defesa dos direitos fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução: Paulo César Duarte Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

GOMES CANOTILHO, José J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.



HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e norma, Tradução: Flávio Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como Democracia**. 2002. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

MORO, Sérgio. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de discurso**: princípios e procedimentos. 5. ed. Campinas: Pontes, 2003.

SGARBI, Adrian. **Introdução à teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.