A CONCRETIZAÇÃO HERMENÊUTICO-JURISDICIONAL

Eduardo Farias Silva
Bacharel em Direito, Servidor Público, Pós-Graduado em Direito Público.

RESUMO: As reflexões deste artigo centram-se na análise e estudo da atividade exercida pelo Órgão judicante na concretização das normas (princípios e regras) constitucionais, utilizando-se, como instrumento, da hermenêutica jurídica constitucional, para isto, efetuar-se-á uma análise na natureza normativa dos princípios e sua relevância nesse processo de concreção. Ademais, diante da pertinência com o tema e sua importância no cenário jurídico contemporâneo torna-se imperioso discorrer acerca do ativismo judicial como manifestação cristalina da concretização hermenêutico-jurisdicional; e ainda sobre a colisão de princípios constitucionais e sua resolução mediante a ponderação de valores. Assim objetiva-se confeccionar um artigo jurídico que demonstre, com clareza meridiana e solar, a importância desse mecanismo de concreção das normas constitucionais no desiderato de assegurar um dos valores magistrais do direito que é espargir justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica jurídica constitucional; concretização das normas constitucionais; natureza normativa dos princípios; pós-positivismo; ativismo jurisdicional.

ABSTRACT: The reflections of this article are centered in analyze and study the activity exerted for the Judges in the concretion of the constitutional norms (principles and rules), using itself, as instrument, of the constitutional legal hermeneutics, for this, will effect an analysis in the normative nature of the principles and its relevance in this process. Ahead of the relevancy with the subject and its importance in the contemporary legal scene becomes imperious to discourse concerning the role of the Judge as crystalline manifestation of the hermeneutic-jurisdictional concretion; and still on the constitutional collision of principles and its resolution by means of the balance of values. Thus objective to confection a legal article that demonstrates, with meridian and solar clarity, the importance of this mechanism of concretion of

the constitutional ruleses in the desideratum to assure one of the skillful values of the right that is to scatter justice.

KEYWORDS: Constitutional legal hermeneutics; concretion of the constitutional ruleses; normative nature of the principles; after-positivismo; jurisdictional ativismo.

1. INTRODUÇÃO

A Hermenêutica jurídica como ciência norteadora do labor exegético e tendo como finalidade assegurar uma das funções mais significativas do direito que é a realização de justiça, essencialmente nos casos concretos que são submetidos ao crivo do Poder Judiciário, não pode ficar presa aos métodos interpretativos tradicionais, nem à ideia primitiva de aplicação do Direito, que possui como esteio a utilização estrita da legalidade, pregada pelos positivistas.

Hodiernamente a interpretação normativa jurisdicional deve ser de concretização, que se vincula à concepção de que a norma será construída na realidade fático-axiológica. O desenvolvimento do Direito por meio da concretização hermenêutico-jurisdicional consubstancia-se na efetivação das normas (regras e princípios) constitucionais, levando-se em consideração a dinâmica social, ou mutabilidade dos costumes (normas morais que regem as sociedades).

O trabalho em tela visa propiciar aos operadores do direito e, em especial aqueles que pretendem fazer um estudo mais apurado sobre a matéria, o conhecimento necessário para a compreensão dos mecanismos de efetividade da hermenêutica jurídica constitucional.

Visando a consecução da referida finalidade efetuar-se-á comentários acerca da concretização hermenêutica, momento em que o interlocutor perceberá que o intérprete da norma, no direito atual, não está adstrito exclusivamente ao texto frio da Lei, como pretendia os legalistas, mas, deverá aplicar a norma tomando como base a realidade vivenciada no caso em concreto.

Em seguida será feita uma explanação cuja finalidade é trazer à baila a conceituação do instituto denominado "Princípio", para somente após, ter condições de mensurar a influência destes no labor exegético

e, para isto, entendeu-se pertinente apresentar no presente trabalho a relevância do ativismo judicial nesse processo de concreção das normas constitucionais.

2. CONCRETIZAÇÃO HERMENÊUTICO JURISDICIONAL

Na seara jurídica a ideia de concretização judicial está visceralmente vinculada à concepção de que a norma será construída na realidade[1]. A hermenêutica jurídica não pode permanecer limitada ao emprego dos cânones interpretativos, que tem por base a letra pura da lei, consoante pretendiam os legalistas, porque o direito não pode ser reduzido, de forma alguma, a um psicologismo (*mens legislatori*) ou a um objetivismo (*mens legis*) puro, baseando-se unicamente em uma orientação da teoria dogmática positivista (SILVA, 2000, p. 349).

Em outra parte de sua doutrina, intitulada – *Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial* –, Kelly Susane Alflen da Silva adentra de forma inexpugnável no âmago da temática ao enfatizar que:

> Na realização da tarefa hermenêutica, o intérprete deverá estar vinculado diretamente aos princípios constitucionais, especialmente, o princípio do Estado de Direito, porque deste decorrem preceitos jurídicos como o da certeza jurídica e o da justiça no caso concreto, dos quais decorre, por sua vez, o encargo dos tribunais, que consiste, por uma parte, em encontrar o resultado constitucionalmente exato em um procedimento racional e controlável da interpretação, e deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade e por outra parte, em recuperar a própria formação da norma bem como recuperar a própria formação da norma. Por outra parte, resultado constitucionalmente exato não significa, todavia, resultado obtido pela noção de precisão e certeza metódica tal qual é concebida a tarefa hermenêutica por um positivismo jurídico acrítico e inconsequente, que conduz à insegurança jurídica, na medida em que propaga uma metodologia das Geisteswissenschaften, nas

> regras de interpretação tradicionais, pelas quais o intérprete procura averiguar o sentido dado pela mens legis ou pela mens legislatori, ao recorrer ao texto da lei. Por outra parte, observar na realização da tarefa hermenêutica o princípio do Estado de Direito não quer dizer tomar distância da realidade, porque Estado e sociedade não podem mais ser concebidos segundo uma compreensão tradicional (2000, p. 351).

Notem, entretanto, que encabeçando uma minoria doutrinária, Alexandre de Moraes e Canotilho, esclarecem *"que a interpretação conforme a Constituição somente será possível quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não"* (2008, p. 17).

A função do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito[2] é, inegavelmente, a de concretizar os direitos fundamentais epigrafados na Lei Republicana Federativa, utilizando-se, como instrumento, da hermenêutica jurídica constitucional. Com fulcro nesse arcabouço de informações, pode-se concluir que para um perfeito estudo da ciência jurídica, qualquer que seja o seu ramo, há a necessidade de indagação do papel do Poder Judiciário sob o crivo do novo paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo-se obrigatoriamente que se fazer uma releitura de todos os institutos jurídicos à luz da legalidade, da principiologia ou postulados constitucionais.

Consubstanciando tais assertivas Lenio Luiz Streck afirma que:

> [...] a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformara a interpretação do restante do sistema jurídico, não podendo ser entendida como um ente disperso no mundo. Tampouco pode ser entendida como uma espécie de topos conformador / subsuntivo da atividade interpretativa, o que realmente seria resvalar em direção à metafísica, ocultando a diferença ontológica. A Constituição é assim a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para a

> concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico. Por isto, as Constituições Sociais devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais. O plus normativo representado pelo Estado Democrático de Direito resulta como um marco definidor de um constitucionalismo que soma a regulação social com o resgate das promessas da modernidade (STRECK, 2009, p.254).

3. A NATUREZA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Alguns doutrinadores asseveram que os princípios correspondem a normas de Direito Natural, verdades universais e imutáveis, inspiradas no sentido de equidade. Paulo Bonavides, valendo-se dos ensinamentos da Corte Constitucional Italiana, informa que:

> [...] se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico (BONAVIDES, 2009, p. 256-257).

Já Maria Helena Diniz, assegura que:

> [...] os princípios gerais de direito não são preceitos de ordem ética, política, sociológica ou técnica, mas elementos componentes do direito. São normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua explicação e integração, sendo que algumas são de tamanha importância que são expressamente contidas em lei (DINIZ, 1991, p. 198).

Em sua doutrina, Celso Antônio Bandeira de Melo concebe o princípio como:

> Um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe 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 a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (BANDEIRA DE MELO, 2001, p. 771-772).

Já Dirley da Cunha, em sua obra *Curso de Direito Administrativo*, sem divergir dos conceitos acima, pontifica que:

> Os princípios jurídicos são normas jurídicas fundamentais de um sistema jurídico, dotadas de intensa carga valorativa, e por isso mesmo superiores a todas as outras, que se espraiam, explícita ou implicitamente, por todo o sistema, dando-lhe o fundamento e uma ordenação lógica, coerente e harmoniosa. Em razão de sua força normativa e da elevada carga axiológica, os princípios determinam o conteúdo das demais normas e condicionam a compreensão e aplicação destas à efetivação dos valores que eles consagram. São, em síntese apertada, as fundações normativas vinculantes de um dado sistema jurídico (JÚNIOR, 2009, p. 36).

Finalizando a fase conceitual, Lenio Streck assevera que:

> [...] com o advento do constitucionalismo principiológico, não há mais que falar em princípios gerais do direito, pela simples razão de que foram introduzidas no direito como um critério positivista de fechamento do sistema, visando a preservar, assim a pureza e a integridade do mundo das regras (STRECK, 2009, p. 109).

Os princípios gerais do direito inegavelmente constituem o alicerce e as vigas-mestras do Edifício Jurídico, são dotados de normatividade, ou seja, possuem efeito vinculante e constituem regras jurídicas efetivas. Existe uma tendência moderna no Direito Constitucional denominada pós-positivismo adotada por Paulo Bonavides e Ruy Espíndola em que há valorização política e jurídica dos princípios enunciados nos textos legais. A importância da natureza normativa dos princípios repercute em todo ordenamento jurídico. Nessa linha de evolução, Lenio Luiz Streck sustenta que:

> Os princípios medem-se normativamente, e a importância vital que assumem para os ordenamentos jurídicos torna-se cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e a presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional (STRECK, 2009, p.253).

No mesmo diapasão, o Professor Paulo Bonavides citado por Dirley Cunha destaca que:

> Na qualidade de princípios constitucionais, postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmo, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeado do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em norma normarum, ou seja, normas das normas (Bonavides apud Cunha Júnior, 2009, p. 36).

Em outra passagem de sua obra, Bonavides ainda ressalta a total hegemonia e preeminência dos princípios constitucionais ao proclamar que:

> Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fontes das fontes. São qualitativamente as vigas-mestras do sistema, o esteio de legitimidade constitucionalidade das regras de uma Constituição (Bonavides apud Cunha Júnior, 2009, p. 36).

Na esteira desse entendimento, Dirley da Cunha Júnior considera imprescindível ressaltar que: "os princípios constitucionais, portanto, são pautas normativas máximas de uma Constituição que refletem sua ideologia e o modo de ser compreendida e aplicada" (2009, p. 36). Ressaltando ainda que:

> Os princípios constitucionais que compõem o regime jurídico-administrativo vinculam diretamente a Administração Pública direta e indireta de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, gozando de força jurídica imediata, não dependendo, por conseguinte, da edição de lei formal. Nesse sentido vem entendendo o Supremo Tribunal Federal, que vem garantindo a incidência direta dos princípios da moralidade e impessoalidade, entre outros. Assim, por exemplo, o STF consolidou a sua posição segundo a qual a vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal (JÚNIOR, 2009, p. 36).

Noutra parte, Kelly Susane Alflen (2000, p. 368) enfatiza que

"os princípios da interpretação constitucional não são princípios normativos no sentido de que impõem obrigatoriedade ao fenômeno da interpretação".

Diante dessa afirmativa torna-se fundamental que o intérprete efetue uma distinção entre os princípios que têm natureza de norma jurídica, dos princípios hermenêuticos constitucionais, que são pressupostos para uma interpretação válida, desempenhando uma função argumentativa. Estes, denominados de postulados, não são propriamente originários da Constituição, mas da experiência, da lógica, da evolução histórica, do surgimento e desenvolvimento do próprio constitucionalismo.

Os princípios que expressam regras de interpretação constitucional são denominados por José Joaquim Gomes Canotilho de princípios tópicos de interpretação constitucional, ressalta o autor *"que na distinção das regras jurídicas com os princípios jurídicos não estão abrangidos os princípios hermenêuticos, que desempenham uma função argumentativa"* (CANOTILHO, 2003, p. 1161).

4. O ATIVISMO JUDICIAL COMO MANIFESTAÇÃO DA CONCRETIZAÇÃO JURISDICIONAL

Luís Roberto Barroso, em seu Artigo sobre "Judicialização, Ativismo, e Legitimidade Democrática" assevera que:

> A ideia de ativismo está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos princípios, valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição Federal a situações não expressamente contempladas em seu texto, independentemente da manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador; (iii) a imposições de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas

(BARROSO, <http:// www.oab.br/oabeditora/ users/revista/pdf, p. 6).

É mister incrementar que, segundo Luís Flávio Gomes, há duas formas de ativismo judicial: o inovador, que se materializa quando o juiz cria uma norma de concreção a fim de solucionar um caso concreto; e o ativismo revelador, que ocorre quando o juiz, a partir de paradigmas principiológicos e axiológicos, ou ainda diante de uma regra lacunosa, cria um direito calcado na realidade fático-valorativa. Nesta última modalidade o Órgão Judicante chega a inovar o Arcabouço Jurídico, não no sentido de criar uma nova norma, mas no de complementar o entendimento de um princípio, de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa (GOMES, 2009).

Hodiernamente temos vivenciado a Suprema Corte proferir várias decisões de natureza nitidamente ativista-concretista dando total preponderância aos princípios, implícitos ou explícitos, espraiados na Lei Magna, a título de exemplo pode-se citar a recente decisão sobre a vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, que deu origem à Súmula Vinculante nº 13, não obstante a ausência de decisões reiteradas. Neste caso percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, lastreando-se nos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, criou uma vedação que não estava explicitada em qualquer mandamento constitucional ou infraconstitucional.

O posicionamento ativista do Pretório Excelso também foi materializado na decisão proferida no julgamento de Mandado de Segurança interposto por partidos políticos acerca da fidelidade partidária. Em tal decisão o STF, dando preeminência ao princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Assim procedendo, a Suprema Corte criou uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar além das que se encontram expressamente catalogadas no bojo do texto constitucional (BARROSO, p. 8.). Isso é, sem dúvida, manifestação cristalina do ativismo judicial no Ordenamento Jurídico Pátrio, além de caracterizar autêntica interpretação Hermenêutico-jurisdicional, haja vista a atitude do Poder Judiciário em dar maior efetividade às normas (princípios e regras) constitucionais.

Outra hipótese de ativismo judicial se vislumbra, segundo Luís Roberto Barroso, na "imposição de condutas ou de abstenções ao Poder

Público, notadamente em matérias de Políticas Públicas, o exemplo mais notório é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisões judiciais" (BARROSO, p. 8-9). No Judiciário brasileiro proliferam-se decisões que condenam a União, o Estado, o Município, ou, em alguns casos, os três solidariamente, a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais ou Municipais. Nesse sentido já se manifestou o STF (Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada, nº 175/CE), ao proferir decisão condenando a União a fornecer a paciente, portador de raríssima doença neurodegenerativa, o medicamento identificado como Zavesca, malgrado este, por seu alto custo, não tenha contemplado pela Política Farmacêutica da Rede Pública. Trata-se de decisão que deu efetividade a preceitos fundamentais da Constituição Federal (artigos 5º, caput, e 196), concretizando o direito à saúde como consequência indissociável do direito à vida, e com preponderância em relação ao interesse financeiro do Estado (juízo de razoabilidade).

Na mesma linha de raciocínio, a Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, ao exigir as razões por escrito da excepcionalidade do uso de algemas, inovou no Ordenamento Jurídico, tendo em vista a inexistência de lei prevendo tal situação. A exigência de uma motivação por escrito, justificadora do uso de algemas, caracteriza claramente a decisão ativista-concretista da Suprema Corte. No julgamento do HC 91.952/SP, que impulsionou a criação do aludido preceito sumular, o STF reconheceu que o uso indiscriminado de algemas viola os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e o da não-culpabilidade. Ademais é necessário ressaltar que tal regramento sumular foi criado não obstante a inexistência de decisões reiteradas.

Malgrado tenha sido fortemente criticado e considerado como uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na atividade legiferante do Poder Legislativo, a atitude ativista-concretista do Poder Judiciário contemporâneo, especificamente do STF, dentro do novo modelo instaurado a partir do pós-positivismo, é induvidosamente, proporcional, adequada e necessária como meio eficaz de garantir a efetividade de direitos fundamentais e atender aos reclamos sociais.

É inegável que o Direito é uma realidade dinâmica que abarca normas, fatos e valores, isomórficos entre si, devendo haver correlação entre eles,

mas com suscetibilidade de surgir vaguidades jurídicas devido à quebra da isomorfia entre tais elementos. Assim, partindo da ideia de que o Direito é uma realidade fático-axiológico-normativa, mas com possibilidade de apresentar lacunas de várias espécies (normativa, axiológica, ontológica, de colisão, etc.) devido a incessante mutabilidade social (DINIZ, 2003, p. 68), é que exsurge a necessidade jurídica do Órgão judicante, diante da crise de funcionalidade do Poder Legiferante e em atenção ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, de decidir o caso sub judice concretizando os paradigmas principiológicos espraiados na Lei Magna. Luís Roberto Barroso tecendo comentário sobre as razões do ativismo judicial no Brasil, invocou duas causas, ao asseverar que:

> A nova composição do STF, por Ministros bastante preocupados com a concretização dos valores e princípios constitucionais; e a crise de funcionalidade do Poder Legislativo, que estimula tanto a emissão de Medidas Provisórias pelo Executivo como o ativismo judicial do Judiciário. Todo poder quando não exercido (ou quando não bem exercido) deixa vácuo e sempre existe alguém pronto para preencher esse espaço vazio por ele deixado (O Globo, 22.03.09, p.4) - (BARROSO, 2009, p. 4).

O Professor Ricardo Maurício Freire Soares, em sua obra - *Hermenêutica e Interpretação Jurídica* – sintetiza que:

> Sobre os princípios jurídicos, sustenta Alexy (2001, p. 248) que a sua formulação forma uma classe final. Princípios são proposições normativas de um tão alto nível de generalidade que podem, via de regra, não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas, e habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios (2010, p. 62).

Percebe-se que os princípios, nortes ou postulados preconizados na Constituição gozam de relevância no Ordenamento Jurídico. Alexy sustenta que a materialização das normas constitucionais deve ser feita de forma cautelosa, haja vista que referidos princípios não são auto-

aplicáveis, asseverando-se isto em decorrência de sua generalidade, razão pela qual, prevê a necessidade de cumulá-los, quando da sua aplicação, aos textos infraconstitucionais.

Não obstante o entendimento esposado por alguns juristas, rejeitando a idéia de aplicação direta dos princípios constitucionais sem lastro normativo ordinário ou regulamentador, e ainda, devido o seu elevadíssimo grau de generalidade, ousamos dissentir de tais asserções justamente porque a crise de funcionalidade do Poder Legiferante não pode impedir a dinâmica do Direito. Diante das vaguidades jurídicas sejam elas de natureza ontológica, axiológica, ou até mesmo normativa, o Órgão Judicante tem o dever de formular uma norma de concreção balizando-se na realidade fático-valorativa para dar efetividade aos direitos fundamentais epigrafados na Constituição Federal. É imperioso concebermos o Ordenamento Jurídico como um arcabouço de normas composto de três subsistemas, o normativo, o fático e o axiológico em perfeita sintonia e compatibilidade.

5. DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E REGRAS

Antes de adentrarmos no âmago da dicotomia acerca dos elementos distintivos relativamente a regras e princípios, é mister registrar que o Ordenamento Jurídico consiste no sistema de legalidade do Estado formado pela totalidade das normas **(regras e princípios)** vigentes, cuja finalidade é atuar como norma de conduta ou de organização social. Assim percebe-se claramente que as normas do sistema jurídico se manifestam sob a forma de regras ou de princípios. Agora, feitas tais observações é necessário esclarecer que os princípios, estruturalmente, revelam-se diferentes das regras.

A respeito da aludida distinção, o Professor Ricardo Maurício Freire Soares pontifica que:

> Segundo Alexy, as regras têm caráter de obrigação definitiva, enquanto os princípios são mandados de otimização do sistema jurídico. Como mandados de otimização, do sistema jurídico os princípios não requerem a realização integral de

> seu dispositivo. Podem ser assim, aplicados em diferentes graus, dependendo do contexto fático em que a aplicação é requerida, bem como dos limites jurídicos relativos ao caso concreto por sua estrutura axiológica, a aplicação dos princípios se caracteriza pela necessidade de ponderação, enquanto as regras jurídicas são aplicadas por subsunção. Quando há contradição há condição entre regras, uma delas será invalidada e, pois, eliminada do sistema jurídico. De outro lado, a colisão entre princípios não resulta na sua exclusão da ordem. A ponderação consiste, assim, na determinação de uma relação de prioridade concreta, de modo que o princípio jurídico recusado continue a fazer parte do direito (2010, p. 62).

A respeito da aludida distinção, Canotilho textualiza que:

> A doutrina sugere os seguintes critérios para diferenciar regras de princípios: a) grau de abstração, segundo o qual os princípios possuem grau de abstração mais elevado do que as regras; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, pelo qual os princípios necessitam de atividade concretizadora, por serem vagos e indeterminados, ao passo que as regras são suscetíveis de aplicação imediata; c) caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes de direito por parte dos princípios, os quais ocupam posição hierárquica superior em relação às regras, em razão de sua natureza estruturante no ordenamento jurídico; d) proximidade da ideia de direito, pelo que os princípios são normas juridicamente vinculantes radicadas nas exigências da justiça/ideia de direito, enquanto que as regras podem ter conteúdo meramente funcional; e, e) natureza normogenética dos princípios por constituírem o fundamento das regras (2003, p. 1160-1161).

Ainda, com espeque em Canotilho, há de se esclarecer que:

> Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização/aperfeiçoamento, que podem ser cumpridas em diversos graus de concretização, consoante as possibilidades fático-jurídicas. E, na hipótese de uma colisão entre princípios, aquele que tem menos peso/valor deve recuar, o que não significa que deva ser declarado nulo nem que uma cláusula de exceção nele deva ser introduzida.
>
> Já as regras são normas jurídicas precisas, que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) e devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições, de modo que, verificado os fatos que descrevem o que preceituam deve ser aplicado. Se duas regras entrarem em conflito, uma delas deve ser declarada nula ou uma cláusula de exceção deve ser inserida para remover o conflito. O conflito pode ser solucionado através de outras regras estabelecidas no sistema jurídico, as quais podem dar procedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à promulgada mais recentemente, à mais específica ou preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.
>
> Desse modo, nada obstante a complexidade que gira em torno da distinção entre essas duas espécies de normas, vê-se que a doutrina tem conseguido traçar os seus elementos diferenciadores (CANOTILHO, 2003, p. 1161-1162).

6. COLISÃO DE PRINCÍPIOS E PONDERAÇÃO DE VALORES

O Direito é um acervo de regras que interdisciplinam a conduta humana em interferência intersubjetiva na seara social, prescrevendo sanção em caso de violação do preceito normativo. É concebido como

um sistema de normas harmonicamente articuladas e em perfeita conexão e unidade**.** Todavia, em decorrência de uma anormalidade do sistema é possível a ocorrência de antinomias normativas, cuja solução requer a correção do direito mediante a utilização dos três critérios tradicionais para dirimir as lacunas de colisão, são eles: o da hierarquia, o cronológico e o da especialização (DINIZ, 2003, p.87). Esses critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre princípios constitucionais, categoria da qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais. Assim, na hipótese de ocorrer colisão de princípios constitucionais, o hermeneuta dirimirá o conflito utilizando o mecanismo da ponderação.

Na visão de Luís Roberto Barroso, a denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses pode ser definida nos seguintes termos:

> É a técnica pela qual se procura estabelecer um peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seu balizamento deve ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há aqui superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende ao ideário constitucional na situação apreciada (BARROSO, 2006, p. 330).

Assim diante das considerações expendidas por grandes expoentes do direito constitucional, a exemplo de Luís Roberto Barroso, Bonavides e outros cujas teses já foram ou ainda serão disseminadas neste Artigo,

é necessário reconhecer que a nova exegese hermenêutico-jurisdicional assenta-se na concreção dos princípios constitucionais, aplicáveis mediante um raciocínio ponderativo, sob o crivo do postulado da proporcionalidade, mediante o sopesamento de valores em caso de colisão.

7. DO POSITIVISMO LEGALISTA AO PÓS-POSITIVISMO PRINCIPIOLÓGICO

No decorrer de seu transcurso histórico, a evolução do pensamento positivista da modernidade promoveu um reducionismo do fenômeno jurídico, identificando o Direito com a lei, divorciando a ciência jurídica da realidade fático-valorativa, bem como dos preceitos ético-morais. Entendia-se que o Poder Legiferante, mediante a elaboração de regras legislativas, poderia disciplinar pormenorizadamente, o pluralismo dinâmico das relações sociais. Defendia a concepção de que o Sistema Jurídico era composto tão somente de um subsistema, o normativo, desvinculado dos subsistemas fático e axiológico. Atrelados a esse entendimento, os positivistas asseveram que a única interpretação capaz de assegurar uma das funções mais significativas do Direito que é espargir justiça, seria a interpretação filológica, literal também chamada de gramatical, por reproduzir puramente o pensamento do legislador. Por conseguinte, a aplicação da norma jurídica aos casos concretos se limitaria a uma neutra operação lógico-formal - a subsunção – e, como tal refratária aos valores sociais (SOARES, 2010, p. 56).

A superação histórica do jusnaturalismo e o declínio político do positivismo desencadearam na seara jurídica, o processo de projeção de uma nova corrente epistemológico-jurídica que propôs reflexões substanciais acerca do Direito, sua função social e sua interpretação (BARROSO, 2006, p. 349). Assim, abriu-se margem para que fossem oferecidos novos tratamentos cognitivos ao fenômeno jurídico, de molde a conceber o Ordenamento Jurídico como um sistema plural e, portanto, aberto aos influxos dos fatos e valores sociais da realidade cambiante. Nessa nova ambientação foi se erguendo um novo paradigma de reflexão jurídica – o Pós-Positivismo (SOARES, 2010, p. 56).

A teoria pós-positivista, consubstanciada no constitucionalismo, promoveu uma modificação de paradigma, evidenciando a força

normativa da Constituição além de um novo mecanismo de encarar e interpretar o direito, na busca de um processo legítimo, eficaz e apto à efetiva tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Luís Roberto Barroso, relativamente ao tema, preleciona em sua doutrina que o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate de valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética (Barroso, 2006, p. 385).

Acerca dos elementos que caracterizam essa nova corrente epistemológico-jurídica, o constitucionalista Marcelo Novelino (2008, p. 64) ressalta que:

> Dentre as principais características do neopositivismo ou pós-modernismo destacam-se a importância atribuída aos valores; a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, considerada o valor constitucional supremo, por meio da consagração e respeito aos direitos fundamentais; o caráter normativo conferido aos princípios. Influenciado por essa nova dogmática o Direito Constitucional vem adquirindo novos contornos. Os sinais mais evidentes do constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo) são sintetizados por Luís Prieto Sanchís em sua obra - "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial" - nos seguintes termos:
> mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentária; onipotência judicial em lugar de autonomia de legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios (Sanchís, p. 131-132).

Na esteira do pensamento pós-positivista, o Professor Ricardo Maurício Freire Soares, em sua Obra, colaciona juristas, cujas concepções contribuíram de forma extraordinária para a propagação dessa nova dogmática, ao pronunciar que:

> Nessa nova constelação do pensamento jurídico, de concepção pós-positivista, destacam-se, sem embargo de outros representantes, expoentes como Chaïm Perelman, Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujas concepções destacam a relevante função dos princípios gerais do Direito nos Ordenamentos Jurídicos Contemporâneos (2010, p. 57).
>
> Para a teoria da argumentação de Perelman, os princípios são considerados como topoi, os quais o magistrado pode recorrer como pontos de partida para a fundamentação da decisão, vale dizer, lugares-comuns do Direito, que podem servir de premissas, compartilhada pela comunidade jurídica, para o processo argumentativo de fundamentação das decisões judiciais. Sendo assim a utilização dos princípios no processo de argumentação jurídica implica uma escolha valorativa por parte do hermeneuta, que toma por base o potencial justificador de uma opção hermenêutica. (2010, p. 59)
>
> Dworkin lança mão da hipótese de um magistrado ideal – o Juiz Hércules. Com efeito, o Hércules dworkiano seria um julgador dotado de habilitação ético-intelectual para a leitura integral do sistema jurídico, tendo em vista a melhor solução de um conflito de interesses. A interpretação reconstrutiva do Direito se valeria do recurso conceitual do Juiz Hércules, tomando por base o paradigma prevalecente em dado contexto histórico-social (e.g., Estado de Direito, Welfare State). Eis o pós-positivismo de Ronald Dworkin. Embora acusado de liberal ou, até mesmo, de ultrarracionalista, Dworkin suscita importantes reflexões para a comunidade jurídica,

> especialmente, nestes tempos em que os direitos individuais – corporificados nos princípios – são constantemente violados por inúmeros governantes, ante a falta de compromisso com os valores fundantes da sociedade civil (2010, p. 61).
>
> Ademais, cumpre mencionar o contributo de Robert Alexy. Segundo este pensador, o direito não pode prescindir de uma teoria do discurso, embasada numa racionalidade prática. Para tanto, Alexy procura conjugar três níveis de composição do sistema jurídico: as regras, os princípios e os procedimentos (2010, p. 62).
>
> Deste modo, como se infere dos contributos de Perelman, Dworkin e Alexy, a difusão deste novo paradigma pós-positivista, na esteira da crise da modernidade, pode oferecer um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento das ordens jurídicas atuais, sobretudo, no sentido de viabilizar uma interpretação/aplicação do Direito preocupada com a realização dos valores enunciados pelos princípios jurídicos (2010, p. 62).

8. CONCLUSÃO

Com sustentáculo no conteúdo explicitado neste artigo é possível inferir que os postulados da hermenêutica jurídica clássica, de cunho notadamente reprodutivo, não se coadunam com a compreensão contemporânea de construção e otimização do arcabouço normativo, pois, como demonstrado, o direito deve acompanhar a mutabilidade social.

A concretização desta exegese constitucional abre margem para o surgimento do neopositivismo, onde os intérpretes do direito (advogados, juízes, promotores, acadêmicos e doutrinadores), não se encontram presos unicamente ao texto de lei, agora, pode-se interpretar o direito com fulcro na realidade vivenciada por cada comunidade, fazendo valer a máxima do Estado Democrático de Direito.

Hodiernamente, conforme dito, em razão do novo sopro que oxigena a ciência jurídica contemporânea, denominado pós-

positivismo é indispensável dar prevalência e concreção aos paradigmas principiológicos previstos na Constituição mesmo na ausência de previsão normativa ordinária ou regulamentária, pois a inércia do Poder Legislativo não pode atravancar os avanços da Ciência jurídica. Por conseguinte, não laborou em erro a Suprema Corte ao proferir decisões de natureza ativista, objetivando tutelar direitos fundamentais em demandas da sociedade que não foram satisfatoriamente disciplinadas ou regulamentadas pelo Congresso Nacional, consoante as hipóteses aventadas neste trabalho científico, e ainda quanto ao exercício do direito de greve. Assim podemos asseverar que o Poder Judiciário ao assumir uma posição ativista de concretização de princípios constitucionais está assegurando, induvidosamente, a realização de justiça no caso concreto, e assim, cristalizando a função social do direito.

Notas

1 Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho afirma que "o direito tem que evoluir junto com a sociedade, por isso o direito não pode ter uma estrutura estática, e, sim, ter uma estrutura dinâmica e autopoiética, que se cria e recria sempre, auto regulando-
se, auto reproduzindo-se e retro alimentando-se constantemente" (2009).

2 Para Alexandre de Moraes nada mais é que "a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais". (p.43)

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____.Judicialização, Ativismo e Legitimidade democrática. Disponível em < http: //www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/123506667017421818190 1.pdf. Acesso em 05 jul.2010

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. *Importância social da abertura dinâmica do direito*. Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/ salvador/ morgana_bellazzi _de_oliveira_carvalho-1.pdf>. Acesso em 10 ago. 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito*

civil. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, vol 1, 68 e 69 p.
GOMES, Luís Flávio, Jus2.uol.com.br/doutrina/texto asp?id=12921. Acesso em 05 jul.2010.
JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
KONRAD, Hesse. *A força normativa da constituição*: Die normative Kraf der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de. *Postulados da hermenêutica jurídica constitucional e o direito do trabalho.* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.
MEDEIROS, Vera Maria Alécio Brasil. *Da jurisdição constitucional:* Uma Análise da Concretização dos Direitos Fundamentais à luz da Hermenêutica Constitucional. Dissertação de Mestrado. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006, Disponível em: http://bdtd.bczm.ufrn.br/tedesimplificado//tde_busca/arquivo.php?codAruivo=716,
MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.
REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. CC: Sérgio Antônio Fabbris (SAFE), 2000.
SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.
STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.