

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

**A HERMENÊUTICA NA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS
JURÍDICOS**

Orientador: Prof. DJALMA TAVARES DE GOUVEIA NETO

Orientanda: ALINE CARLA MENDONÇA

Goiânia-GO

2007

ALINE CARLA MENDONÇA

**A HERMENÊUTICA NA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS
JURÍDICOS**

Monografia Jurídica apresentada ao Departamento de Ciências Jurídicas, visando à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Goiás, sob a orientação do Professor Djalma Tavares de Gouveia Neto.

Goiânia-GO

2007

Folha de Aprovação

Banca examinadora

Nota para a Monografia Jurídica

Professor orientador

Professor membro

PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO
BRASIL

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

“A Justiça é uma necessidade de todos e de cada instante e assim como deve exigir o respeito, deve inspirar confiança.”

Mirabeau

“Aproveito a ocasião para jurar que jamais fiz um poema ou verso ininteligível para me fingir de profundo sob a especiosa capa de hermetismo. Só não fui claro quando não pude.”

Manuel Bandeira

DEDICATÓRIA

Com exclusividade, à minha mãezinha, exemplo palpável de dedicação, coragem e perseverança.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus professores: Djalma, tanto pela confiança acerca das datas quanto pela amizade que se consolidou ao longo do ano, e Franco: pessoa de notável saber jurídico, não apenas pelo direcionamento científico, sobretudo por ter proposto o desafio, o qual, em momento algum, apesar do cansaço, ousei sentir-me incapaz de superar. Agradeço ainda à minha mãe por ter se entusiasmado comigo pelo provável resultado, à minha família, aos estimados amigos e principalmente ao meu namorado, Adenilson Filho, pela compreensão nas incontáveis horas de minha ausência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A HERMENÊUTICA COMO ARTE DA INTERPRETAÇÃO	
1.1. Conceito e aspectos gerais	16
1.2. Métodos de Interpretação Jurídica.....	21
1.2.1. Método literal, gramatical ou filológico	21
1.2.2. Método lógico ou racional	22
1.2.3. Método sistemático ou orgânico	23
1.2.4. Método histórico ou histórico-evolutivo.....	23
1.2.5. Método teleológico	25
1.2.6. Método sociológico.....	25
1.3. Resultados da interpretação jurídica	26
1.3.1. Interpretação declarativa	26
1.3.2. Interpretação extensiva	27
1.3.3. Interpretação restritiva	27
1.4. Sistemas Interpretativos ou Escolas Hermenêuticas.....	28
1.4.1. Escolas de estrito legalismo ou dogmatismo	28
1.4.1.1 Escola da Exegese	28
1.4.1.2 Escola dos Pandectistas	29
1.4.1.3 Escola Analítica de Jurisprudência.....	29
1.4.2. Escolas de reação ao estrito legalismo.....	30
1.4.2.1 Escola Histórica do Direito	30

1.4.2.2	Escola Teleológica.....	30
1.4.3.	Escolas adeptas a uma interpretação mais livre.....	31
1.4.3.1	Escola da Livre Pesquisa Científica	31
1.4.3.2	Escola do Direito Livre	31
1.4.3.3	Escola Sociológica Americana.....	31
1.4.3.4	Escola da Jurisprudência de Interesses.....	31
1.4.3.5	Escola Realista Americana	32
1.4.3.6	Escola Ecológica	32
1.4.3.7	Escola Vitalista do Direito.....	32
2.	PRINCÍPIOS JURÍDICOS E PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO	
2.1.	Normas jurídicas	33
2.2.	Princípios e Regras.....	35
2.3.	As Funções dos Princípios	39
2.3.1.	Função Explicativa.....	39
2.3.2.	Função Justificadora	39
2.3.3.	Função fundamentadora.....	40
2.3.4.	Função interpretativa.....	40
2.3.5.	Função prospectiva.....	40
2.4.	Princípios Jurídicos e Princípios Gerais de Direito	41
2.5.	Princípios Gerais do Direito.....	42
3.	A FUNÇÃO DO JUIZ NO PÓS-POSITIVISMO	
3.1.	A Segurança Jurídica	46
3.2.	Súmulas Impeditivas de Recurso	47
3.3.	Súmulas Vinculantes.....	47
3.3.1.	Prós e contras	49
3.4.	O Princípio da Verdade Real	55
3.4.1.	A Crescente valorização da Verdade Real.....	56
	CONCLUSÃO	59
	BIBLIOGRAFIA	63

INTRODUÇÃO

O motivo ensejador da escolha do tema é a possibilidade de desenvolvimento da argumentação jurídica na elaboração das decisões judiciais, direcionando-as às expectativas de justiça social reclamadas pela própria sociedade.

Considerando-se que o Direito deve ser interpretado inteligentemente porque ele nasce da sociedade e para a sociedade, preocupa-se a Hermenêutica com o resultado provável de cada interpretação, de forma a buscar aquela que conduza à melhor consequência para a coletividade.

Com vistas ao atendimento dessa finalidade é pertinente a admissão dos princípios jurídicos haja vista provocarem ampliação considerável da capacidade de resposta do ordenamento jurídico, a ponto de possibilitar o seu completamento através das funções que desempenham, logo, operam para aperfeiçoar o ordenamento, mas somente o fazem quando outras normas não se apresentam em condições de exercer, plena ou satisfatoriamente, sua função reguladora.

É o se que almeja quando da proposta da Hermenêutica na aplicação dos Princípios Jurídicos, pois parte-se da premissa de que as leis são formuladas em termos gerais ou abstratos e que, ante o caso concreto urge extrair da abstração a essência que será aplicada ao fato real,

considerando-se dessa essência o seu alcance ou simplesmente, que fatos reais ela consegue ou pretende alcançar.

Nesse contexto, remete-se à investigação dos aspectos dos princípios jurídicos para que seja entendida satisfatoriamente sua importância na construção e aplicação das demais normas jurídicas, uma vez que o pensamento jurídico contemporâneo atribuiu-lhe *status* de autêntica norma jurídica em razão de sua positividade e vinculatividade na solução de casos concretos.

Entretanto, recorrer aos enunciados princípios jurídicos implica em complexa tarefa argumentativa destinada não apenas a precisá-los, mas também a inferir a solução que se propõe ou prescreve, disto decorre a imperatividade da interpretação da norma jurídica a fim de que adquira ela, condição de aplicabilidade, muito embora tal atividade não poder estar ao arbítrio do aplicador, sendo necessário por isso a criação ou estabelecimento de regras ou métodos através dos quais seja buscado esse sentido e alcance normativo.

Encontra-se assim a Hermenêutica como arte ou ciência da interpretação, compondo verdadeiro sistema de regras da atividade exegética já que há bastante tempo, nas diversas áreas do saber, a teoria científica da arte de interpretar norteia os caminhos do intérprete. O que é novo então, são as exigências de justificações racionais pela sociedade, hoje democrática e pluralista, que resulta incompatível com a anterior confiança dogmática na autoridade.

A metodologia tradicional da interpretação jurídica como revelação do sentido prévio e acabado das normas acha-se superada haja vista as características do ordenamento atual já não são conformes à ideologia do positivismo e, ante a presença dos princípios, perturba-se a confiança na ciência e se privilegia a prudência, justamente porque a Constituição

Federal de 1988 inovou sobremaneira nosso ordenamento, muito embora se tenha continuado presos à maneira de interpretá-lo.

Hoje está aumentada a freqüência com que se recorre aos princípios para a solução dos problemas jurídicos, os quais reclamam uma intervenção mais ativa do operador do Direito, transparecendo com isso a necessidade cada vez maior de uma teoria da argumentação jurídica que deve ser por ele desenvolvida uma vez que, ante o caráter conflituoso próprio dos princípios, a tarefa é demasiado exigente.

Neste cenário, tal estudo mostra-se como um dos traços marcantes do pós-positivismo dada sua relevância ímpar, pois cada vez mais a sociedade exige decisões que façam sentido ao cidadão.

Isto posto, pontua-se que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, todavia tenciona abordar, ainda que de maneira simplificada, as linhas mestras da teoria da interpretação no enfoque dos princípios jurídicos almejando despertar, pela forma sintetizada do trabalho, o interesse e a consciência dos novos operadores do Direito para o atendimento dos igualmente novos anseios da sociedade, perspassando, por conseguinte pela argumentação e fundamentação jurídica das decisões judiciais como resultado da busca da verdade real empreendida pelo magistrado por uma “justiça com resultados justos” porque a Justiça deve voltar a ser a finalidade única do Direito.

Acerca do método utilizado na pesquisa, a confecção do desenvolvimento estrutural se deu através do método dedutivo, que se caracteriza por ser uma forma de raciocínio que, independentemente de provas experimentais, se desenvolve, digamos assim, de uma verdade sabida ou admitida a uma nova verdade, apenas graças às regras que presidem à inferência das proposições, ou, por outras palavras, tão somente em virtude das leis que regem o pensamento em sua consequencialidade essencial.

Das duas espécies de dedução, primar-se-á por aquela dita silogística, para a qual, partindo-se de uma premissa maior e perspassando por uma premissa menor, chega-se necessariamente a uma proposição conclusiva cujo efeito é o que esclarece ou particulariza um ponto visto que nada acresce ao já proposto.

Ressalte-se que o processo metodológico ora informado, o qual confere validade à pesquisa, sustentou-se na bibliografia de renomados estudiosos do tema considerando as verdades por eles anteriormente afirmadas para só então defender o posicionamento internalizado como o mais racional e adequado.

O estudo que aqui se empreende foi concebido em três capítulos, dentre os quais o primeiro resgata o conceito de hermenêutica, distinguindo-a da interpretação quando muitos autores utilizam tais vocábulos como sinônimos; também expõe os métodos interpretativos existentes na ciência hermenêutica e os resultados da atividade exegética, colacionando por último as características e síntese das propostas interpretativas das grandes escolas.

O capítulo seguinte enfoca a pacificação da discussão em torno da natureza jurídica dos princípios cujo *status* é o de norma jurídica e aborda a diferenciação entre regras e princípios bem como suas funções no ordenamento; distingue ainda os princípios jurídicos dos princípios gerais do direito e discorre acerca destes últimos. Neste capítulo têm realce os princípios gerais do direito posto que fundantes de todo o sistema jurídico vigente. Ao final, o terceiro capítulo trata a noção primária de segurança jurídica e das súmulas impeditivas de recurso; prima por uma análise detida das súmulas vinculantes haja vista constituirmos uma sociedade dependente de uma estrutura judiciária abarrotada de processos e carente por isso de celeridade nas decisões judiciais, para a qual a proposta apregoada como mais viável face a negligência em admitir-se que a

deficiência é estrutural e saná-la, foi a adoção das súmulas com efeito vinculante, num retrocesso ao estrito legalismo positivista ou manifesta tentativa de coibição das propostas pós-positivistas.

O encerramento prescreve a instigação da busca da verdade real pelo magistrado, registrando-a em suas decisões numa nova visão do que deve ser a Justiça: uma defensora dos princípios morais que a Constituição e o bom senso determinaram como parâmetros para a vida.

CAPÍTULO 1

A HERMENÊUTICA COMO ARTE DA INTERPRETAÇÃO

1.1. Conceito e Aspectos Gerais

A idéia de que a língua dos deuses é inacessível aos homens é antiga. Moisés era capaz de falar com Deus, mas precisava de Aarão para se comunicar com o povo. Hermes, na mitologia grega, era um intermediário entre os deuses e os homens, de onde vem a palavra hermenêutica. A dogmática hermenêutica faz a lei falar.¹

Para Martin Heidegger, a Hermenêutica é sempre uma compreensão de sentido: buscar o ser que me fala e o mundo a partir do qual ele me fala; descobrir atrás da linguagem o sentido radical, ou seja, o discurso.²

Na definição de Deocleciano Torrieri Guimarães em seu Dicionário Técnico Jurídico, é a ciência da interpretação de textos da lei que tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos a serem aplicados para

¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.- 4. ed. – São Paulo, Atlas, 2003.

² HEIDEGGER, Martin *apud* AZEVEDO, Plauto Faraco. Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica – Rio Grande do Sul: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

fixar o sentido e o alcance das normas jurídicas, seu conhecimento adequado, adaptando-as aos fatos sociais.

Schleiermacher e Dilthey fizeram da hermenêutica uma teoria científica da interpretação e o método das ciências do espírito ou culturais, mas somente com Savigny é que a hermenêutica vai entrar no Direito, de modo a elevá-lo à categoria de ciência cultural e é com o próprio Savigny que tem início a hermenêutica jurídica clássica, metodológica e científica, voltada para o Direito privado e para as normas com estrutura de regra.³

A Hermenêutica Jurídica é o sistema de regras para interpretação das leis e sua importância deriva do interesse público.⁴

Considerando-se que deve o Direito ser interpretado inteligentemente porque ele nasce da sociedade e para a sociedade, preocupa-se a Hermenêutica com o resultado provável de cada interpretação, de forma a buscar aquela que conduza a melhor consequência para a coletividade.

Isto posto, tem-se como Hermenêutica Jurídica a ciência da interpretação, pois sendo norma geral e abstrata, tem de ser adequada ao caso concreto. A máxima *in claris non fit interpretatio* tem de ser compreendida considerando que os dispositivos legais não se aplicam automaticamente e que a compreensão da vontade normativa da lei, da *mens legis* é indispensável mesmo quando as leis são claras.⁵

Diverge Paula Baptista, àquela época, meados de 1860, quando a interpretação era a exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosa com relação aos fatos ocorrentes ou

³ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica Jurídica Clássica. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

⁴ PAULA BAPTISTA, Francisco de. Compêndio de Hermenêutica Jurídica – Clássicos do direito brasileiro. V. 3. TOMASETTI JR, Alcides (Org.). São Paulo: Saraiva, 1984.

⁵ LIMA, Hermes. Introdução à Ciência do Direito – 33ª ed. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

silenciosa, e que não tinha lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio fosse clara e precisa.⁶

Interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos. Como se vê, o primeiro cuidado do hermenêuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares. O que se quer atingir é uma correlação coerente entre o todo da lei e as partes representadas por seus artigos e preceitos, à luz dos objetivos visados.⁷

A lei encerra um comando e nele estão contidas possibilidades ordenatórias que à interpretação cabe descobrir e, ainda nas palavras de Hermes Lima, necessitam as leis de interpretação para que suas disposições possam abranger os diversos e variados casos que a complexidade da vida social apresenta. Múltiplos são os objetivos da interpretação: deduzir uma orientação geral de muitos princípios particulares, deduzir de um princípio geral princípios particulares que ao primeiro sempre se hão de referir, ou ainda concordar disposições diversas, indicando o espírito de unidade lógica em que se inspiram.

Assim, a interpretação é, nada mais nada menos, que a aplicação ao caso concreto de enunciados já estabelecidos pela ciência da hermenêutica. Uma coisa é interpretar a norma legal, outra coisa é refletir e criar as formas pelas quais serão feitas as interpretações jurídicas. Interpretar é descobrir o sentido de determinada norma jurídica ao aplicá-la ao caso concreto.

Nesse sentido:

⁶ PAULA BAPTISTA, Francisco de. Ob. cit.

⁷ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito – São Paulo: Saraiva, 2001.

“A necessidade da interpretação é devido a noções elásticas as quais precisam ter seu sentido real apreendido a fim de verificar-se a adequação da hipótese enunciada na regra jurídica ao caso concreto posto a clareza meridiana contida na expressão.”⁸

A vaguidade, ambigüidade do texto, imperfeição, falta da terminologia técnica, má redação, obrigam o operador do direito, a todo instante, interpretar a norma jurídica visando encontrar o seu real significado, antes de aplicá-la a caso *sub judice*. A letra da lei permanece, mas seu sentido deve, sempre, adaptar-se às mudanças que o progresso e a evolução cultural imputam à sociedade. Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado do vocábulo, extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão.⁹

O Deputado Fiúza, por diversas vezes têm repetido:

“A importância que a Hermenêutica Jurídica terá nos tempos que se avizinham, principalmente em razão da velocidade das grandes transformações sociais e políticas. Quaisquer que sejam as dificuldades que a Hermenêutica traga em sua análise, serão sempre menores do que permanecermos engessados neste positivismo individualista incompatível com a prestação jurisdicional atualizada, aplicável a cada caso e, em consequência, socialmente mais justa. É função do intérprete compreender o texto da lei em seu significado e alcance, seu sentido íntimo e sua expressão visível”.¹⁰

O objeto da hermenêutica jurídica é o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito e uma vez que as leis positivas são formuladas em termos gerais, fixando regras, consolidando princípios, estabelecendo normas, em linguagem clara e precisa porém ampla, sem descer às minúcias, é tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso

⁸ CRETILLA JR., José. Primeiras lições de direito. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁹ DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Saraiva 1991.

¹⁰ BRAGA, Jorge Luiz. O sistema adotado pelo novo Código Civil para tornar concretos os seus regramentos e o aumento da liberdade do juiz na sua aplicação. Disponível em: <http://www.escriorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=4291&>. Acesso em 19 ago. 2007.

concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para consegui-lo é necessário um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão.

Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. Do exposto ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra por outra; almejam, ao invés de hermenêutica, interpretação. Esta é aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.¹¹

Embora sejam as leis o objeto principal da interpretação, não são elas apenas que precisam ser interpretadas, mas também os tratados, acordos ou convenções, os decretos, as medidas provisórias, portarias, despachos, sentenças, usos e costumes, contratos, testamentos, etc. Ao que Carlos Maximiliano enquadrou na denominação geral “expressões do direito”.¹²

Cabe ao jurista, na interpretação da lei, estabelecer as diversas possibilidades decisórias. Por conseqüência, a interpretação da lei não tem, necessariamente, que levar a uma única decisão, como se só ela fosse justa ou reta, mas a várias decisões, cada uma das quais, sob o ponto de vista da norma que aplicam, possui um valor idêntico ao das outras, apesar de só uma delas vir a ser Direito Positivo através da sentença judicial.¹³

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹² MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

¹³ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Ajuris*, v. 16, n° 45. mar.1989. Disponível no site www.stj.gov.br. Acesso em 11 nov. 2007.

1.2. Métodos de Interpretação Jurídica

Consoante Sílvio Rodrigues, a classificação é um procedimento lógico, por meio do qual, estabelecido um ângulo de observação, o analista encara um fenômeno determinado, agrupando suas várias espécies conforme se aproximem ou se afastem umas das outras. Sua finalidade é acentuar as semelhanças e dessemelhanças entre as múltiplas espécies, de maneira a facilitar a inteligência do problema em estudo.¹⁴

Os processos de interpretação são também chamados elementos de interpretação, métodos ou modos de interpretação, fases ou momentos da interpretação ou critérios hermenêuticos. Constituem os recursos de que se vale a atividade interpretativa para atingir seus objetivos; são regras técnicas que visam à obtenção de um resultado as quais convergem para solucionar os problemas de decidibilidade dos conflitos.

1.2.1. Método literal, gramatical ou filológico

Para João Baptista Herkenhoff, esse momento ou processo estabelece o sentido objetivo da lei com base em sua letra, no valor das palavras, no exame da linguagem dos textos, na consideração do significado técnico dos termos. Este processo de interpretação deve perseguir o conteúdo ideológico dos vocábulos, descobrir o que de subjacente existe neles, com vistas a uma compreensão semântica das palavras usadas na lei posto que nem sempre a palavra é fiel ao pensamento, afora as impropriedades de redação, freqüentes nas leis.¹⁵

Entretanto, apesar de indubitavelmente, ser o primeiro passo a dar na interpretação de um texto é necessário colocar seus resultados em

¹⁴ RODRIGUES, Sílvio *apud* MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Ob.cit.

¹⁵ HERKENHOFF, João Baptista. Como aplicar o Direito (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política) – Rio de Janeiro: Forense, 2001.

confronto com os elementos das outras espécies de interpretação uma vez que por si só é um critério insuficiente porque não considera a unidade que constitui o ordenamento jurídico e sua adequação à realidade social.

Hermes Lima aduz, em sua designação de método literal, que as palavras são um limite à interpretação, que, por sua vez, não pode substituí-las embora haja, muitas vezes, a necessidade de esclarecê-las pela riqueza ou volubilidade semântica que apresentam.¹⁶

1.2.2. Método lógico ou racional

Tal critério baseia-se na investigação da *ratio legis*, que busca descobrir o sentido e o alcance da lei sem o auxílio de qualquer elemento exterior, aplicando ao dispositivo um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à lógica geral. Funda-se no brocardo – *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou seja, ali onde está o racional está a correta disposição legislativa.

Procura a idéia legal que se encontra *sub litteris*, partindo do pressuposto de que a razão da lei pode fornecer elementos para a compreensão de seu conteúdo, sentido e finalidade haja vista que numa lei, o que interessa não é o seu texto, mas o alvo fixado pelo legislador. A *ratio legis* consagra, necessariamente, os valores jurídicos dominantes e deve prevalecer sobre o sentido literal da lei, quando em oposição a este.

O processo lógico permite que a interpretação alcance elevado padrão de rigor e segurança, entretanto, consoante Flóscolo da Nóbrega “[...] o processo tem o grave inconveniente de esvaziar a lei de todo o conteúdo humano, de tratá-la em termos de precisão matemática, como se fosse um teorema de geometria”.¹⁷

¹⁶ HERKENHOFF, João Baptista. Ob. cit.

¹⁷ NÓBREGA, J. Flóscolo da. *apud* HERKENHOFF, João Baptista. Ob. cit.

Também Carlos Maximiliano censura o processo afirmando que, da preocupação de reduzir toda a Hermenêutica a brocardos, a consequência é multiplicarem-se as regras de interpretação, gerando a sutileza, incompatível com a segurança jurídica pretendida.¹⁸

1.2.3. Método sistemático ou orgânico

A interpretação sistemática é responsável pela unidade e coerência do ordenamento jurídico porque interpreta a norma à luz de outras normas e do espírito do ordenamento jurídico, o qual não é a soma de suas partes, mas uma síntese delas, procurando por isto, compatibilizar as partes entre si e as partes com o todo.¹⁹

Esse método considera o caráter estrutural do Direito, pelo que não se interpreta isoladamente as normas. Recorre-se ao Direito Comparado, ou seja, confronta-se o texto sujeito a exegese, com leis congêneres de outros países, especialmente daqueles que exerceram influência na construção do instituto jurídico que se investiga.²⁰

1.2.4 Método histórico ou histórico-evolutivo

A interpretação histórica, proposta como método primeiramente por Savigny, é a que se faz à luz da *occasio legis* – circunstância histórica da regra interpretanda – e da *origo legis* – origem da lei, remontando às primeiras manifestações da instituição regulada, sendo feita pelo exame da evolução temporal de determinada instituição ou instituto, até que se chegue à compreensão da norma que o regule na atualidade.²¹

¹⁸ MAXIMILIANO, Carlos *apud* HERKENHOFF, João Baptista. Ob. cit.

¹⁹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Ob. cit.

²⁰ HERKENHOFF, João Baptista. Ob. cit.

²¹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Ob. cit.

Baseia-se este processo na investigação dos antecedentes da norma; pode referir-se ao histórico do processo legislativo ou aos antecedentes históricos e condições que a precederam e nessa interpretação entra também o estudo da legislação comparada para determinar se as legislações estrangeiras tiveram influência direta ou indireta sobre a legislação que se deve interpretar.²²

Esclarece Herkenhoff que aqui leva-se em conta as idéias, os sentimentos e os interesses dominantes ao tempo da elaboração da lei porque a lei representa uma realidade cultural que se situa na progressão do tempo: uma lei nasce obedecendo determinadas aspirações da sociedade ou da classe dominante da sociedade, traduzidas pelos que a elaboraram, mas o seu significado não é imutável, por isso é necessário verificar como a lei disporia se, no tempo de sua feitura, houvesse os fenômenos que se encontram presentes no momento em que se interpreta ou aplica a lei.

O processo histórico-evolutivo considera que a lei não tem conteúdo fixo, invariável, não pode viver para sempre imobilizada dentro de sua fórmula verbal, de todo impermeável às ações do meio, às mutações da vida. Tem de ceder às imposições do progresso, de entregar-se ao fluxo existencial, de ir evoluindo paralela à sociedade e adquirindo significação nova, à base das novas valorações.”²³

O intérprete busca descobrir a vontade atual da lei e não a vontade pretérita do legislador, vontade que deve sempre corresponder às necessidades e condições sociais.

²² MONTORO, André Franco. Ob. cit.

²³ NÓBREGA, J. Flóscolo da. *apud* HERKENHOFF, João Baptista. Ob. cit.

1.2.5. Método teleológico

Esse processo funda-se na interpretação da norma a partir do fim social a que ela se destina. Por isso também a denominação por alguns autores como interpretação finalística uma vez que visa a descoberta dos valores a que a lei tenciona servir.

A lei não explicita os interesses que defende, nem as valorações que a fundamentam. Cabe ao hermenauta pesquisá-los com vistas a descobrir a finalidade da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática, assegurando a tutela do interesse, para a qual foi estabelecida, ou de outro que deva substituí-lo.

Na concepção do mestre Miguel Reale, toda interpretação jurídica é teleológica: funda-se na consistência axiológica do Direito. Nessa perspectiva oferecida pela teoria do valor e da cultura, com brilhantismo ele diz que:

“Fim da lei é sempre um valor, cuja preservação ou atualização o legislador teve em vista garantir, armando-o de sanções, assim como também pode ser fim da lei impedir que ocorra um desvalor. Ora, os valores não se explicam segundo nexos de causalidade, mas só podem ser objeto de um processo compreensivo que se realiza através do confronto das partes com o todo e vice-versa, iluminando-se e esclarecendo-se reciprocamente, como é próprio do estudo de qualquer estrutura social.”²⁴

1.2.6. Método sociológico

Para Glauco Barreira Magalhães Filho, a interpretação sociológica abre o ordenamento jurídico para a realidade social através de três objetivos: eficaz, atualizador e transformador, sendo que por intermédio do seu primeiro objetivo, a interpretação sociológica confere aplicabilidade à norma em relação aos fatos sociais por ela previstos, dando-lhe eficácia.

²⁴ REALE, Miguel. Ob. cit.

O segundo objetivo é aquele ligado à atualização da interpretação o que seria uma interpretação histórico-evolutiva dotando de elasticidade a norma, permitindo que ela abranja situações novas que não puderam ser previstas pelo legislador.

Por fim, o objetivo transformador da interpretação sociológica refere-se às reformas sociais, à satisfação dos anseios de justiça, ao atendimento das exigências do bem comum.

Na opinião de C. H. Porto Carreiro, para que a interpretação sociológica alcance seus resultados deve indagar os motivos primários que ditaram a feitura da lei, os interesses protegidos pela norma, a forma que se deu a essa proteção e a maneira pela qual deve ela funcionar. Tal processo visa perscrutar a lei como um produto orgânico que tem capacidade de evoluir por si mesma, segundo a possibilidade de evolução da própria sociedade e precisa ser reformulado em termos de uma Sociologia integral e completa, à base de uma realidade dialética.²⁵

1.3. Resultados da Interpretação Jurídica

1.3.1. Interpretação declarativa

Hermes Lima postula que a interpretação declarativa é resultado das interpretações lógica e gramatical e que nela se procura fixar o sentido da lei e ainda, que ela pode ser restrita ou lata, conforme se entender o sentido das expressões, mas na dúvida deve-se preferir a que menos se desvie do direito regular.

Enquanto que para Glauco Barreira Magalhães Filho é aquela na qual há uma identificação entre o espírito da lei e a letra da lei. O sentido

²⁵ CARREIRO, C. H. Porto *apud* MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Ob. cit.

gramatical primário da lei coincide com o sentido condicionado por outros fatores. Nesta, o legislador prescreveu textualmente, com exatidão, aquilo que tencionava.

1.3.2. Interpretação extensiva

A interpretação é extensiva quando o intérprete conclui que o alcance da norma é mais amplo do que indicam os seus termos e então diz-se que o legislador escreveu menos do que queria dizer, por isso o intérprete terá que ampliar o sentido da norma.

Esta se distingue da analogia em razão de ela ser uma espécie de interpretação e a analogia ser meio de integração do ordenamento jurídico. A interpretação extensiva parte de norma existente enquanto a analogia parte da inexistência de norma. A primeira resolve um problema de insuficiência verbal e a última, um problema de lacuna do ordenamento jurídico.

1.3.3. Interpretação restritiva

Aqui o intérprete vê-se forçado a restringir o sentido da lei a fim de dar-lhe aplicação razoável e justa posto que o legislador escreveu mais do que realmente pretendia.

A interpretação restritiva ocorre toda vez que se limita o sentido da norma, não obstante a amplitude de sua expressão literal.²⁶

²⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Ob. cit.

1.4. Sistemas Interpretativos ou Escolas Hermenêuticas

Um sistema interpretativo é uma organização dos procedimentos do intérprete ligados à interpretação, aplicação e integração do Direito, segundo uma ideologia político-jurídica que o orienta.

Todas as escolas de hermenêutica propuseram um sistema interpretativo e são escolas jurídicas que se distinguem justamente pelo posicionamento em face de questões interpretativas.

Antes do século XIX diversas escolas cuidaram de problemas hermenêuticos, mas surgiram somente a partir dos códigos de Napoleão e só o fizeram incidentalmente. Aqui, o critério classificatório adotado é o de maior ou menor aprisionamento do intérprete à lei.

1.4.1. Escolas de estrito legalismo ou dogmatismo

São elas: a Escola da Exegese, a Escola dos Pandectistas e a Escola Analítica de Jurisprudência, todas surgidas no século XIX, na França, Alemanha e Inglaterra, respectivamente.

1.4.1.1 Escola da Exegese

Era constituída pelos comentadores dos códigos de Napoleão e fundava-se na concepção da perfeição do sistema normativo, na idéia de que a legislação era completa e de que, na generalidade da lei, encontrava-se solução para todas as situações jurídicas.

Adotava como método de interpretação o literal, orientado para encontrar na pesquisa do texto a vontade ou intenção do legislador, somente quando a linguagem fosse obscura ou incompleta o intérprete se

valeria do método lógico. A função do jurista consistia em extrair plenamente o sentido dos textos legais para apreender o significado deles.

Negava valor aos costumes e repudiava a atividade criativa, mínima que fosse, da jurisprudência, tanto que seus representantes mais radicais entendiam que, em face de situações não previstas pelo legislador, deveria o juiz abster-se de julgar.

1.4.1.2 Escola dos Pandectistas

Esta escola foi também manifestação do positivismo jurídico do século XIX e considerava o Direito como um corpo de normas positivas; conferia primazia à norma legal e às respectivas técnicas de interpretação. Negava qualquer fundamento absoluto ou abstrato à idéia do Direito.

Dedicaram-se ao estudo do Corpus Juris Civilis, de Justiniano, especialmente à segunda parte desse trabalho, as Pandectas, onde apareciam as normas de Direito Civil e as respostas dos jurisconsultos às questões que lhes haviam sido formuladas. O nome da escola advém desse interesse pelas Pandectas.

1.4.1.3 Escola Analítica de Jurisprudência

Essa escola entendia que o Direito tinha por objeto apenas as leis positivas, não lhe interessando os valores ou conteúdo ético das normas legais.

O jurista ocupa-se das leis positivas, somente ao legislador ou ao filósofo é que interessam os aspectos morais das normas, portanto, não há como confundir o “direito positivo”, estudado pelos juristas, e o “direito justo ou ideal”, objeto das reflexões do legislador ou filósofo.

Entendia que o conceito nada mais era que a representação intelectual da realidade. Assim, a realidade poderia ser integralmente conhecida através da análise dos conceitos que a representavam. A única fonte do Direito eram os costumes acolhidos e chancelados pelos tribunais.

1.4.2. Escolas de reação ao estrito legalismo ou dogmatismo

Foram escolas que reagiram ao legalismo arraigado da época abrindo com isso novos horizontes.

1.4.2.1 Escola Histórica do Direito

Seus postulados básicos resumem-se no Direito como produto histórico e não o resultado das circunstâncias ou acaso ou vontade arbitrária dos homens, surgindo como consciência nacional, do espírito do povo, das convicções da comunidade pela tradição, formando-se e desenvolvendo-se por isso espontaneamente como a linguagem e não pode ser imposto em nome de princípios racionais e abstratos; sua expressão inconsciente está no costume e esta é sua fonte principal; o povo que cria o seu Direito, entendido como povo não apenas a geração presente, mas as gerações que se sucedem e o legislador deve ser o intérprete das regras consuetudinárias, completando-as e garantindo-as através das leis.

Esta escola foi ainda desdobrada em duas outras: Escola Histórico-Dogmática e Escola Histórico-Evolutiva.

1.4.2.2 Escola Teleológica

Seu fundador foi Rudolph Von Ihering para quem a finalidade do Direito é a proteção de interesses que, sendo opostos, cabe ao Direito

conciliá-los, com a predominância dos interesses sociais e altruístas, mas para essa subordinação dos interesses individuais aos sociais é necessária a coação exercida pelo Estado.

1.4.3. Escolas que se abrem a uma interpretação mais livre

Alinham-se nesses critérios:

1.4.3.1 Escola da Livre Pesquisa Científica

Surgiu sob a inspiração de François Gény. Derrubou o mito da plenitude lógica da lei e demonstrou a supremacia da livre pesquisa científica do Direito sobre o método então vigente, de rebuscar na abstração dos conceitos a resposta para os silêncios da lei, pois esta apesar de ser a mais importante fonte do Direito não era a única.

1.4.3.2 Escola do Direito Livre

Abalou a certeza em que se imaginava estar alicerçada a ordem jurídica positiva, demonstrou que a aplicação do Direito é informada por uma pauta axiológica e realçou o papel criador e inovador da função judicial.

1.4.3.3 Escola Sociológica Americana

Demonstrou que o Direito é mais produto da evolução dos fatos sociais, na precariedade do humano, do que a materialização de arquétipos eternos, mais experiência do que lógica e mais utilitarismo que racionalismo.

1.4.3.4 Escola da Jurisprudência de Interesses

Sublinhou que a investigação dos interesses em jogo, e não a lógica, é que deve orientar a Hermenêutica.

1.4.3.5 Escola Realista Americana

Contribuiu para demonstrar a existência de um abismo entre a concepção teórica de uma justiça impessoal e inflexível e a realidade de uma justiça feita de homens, na qual o juiz, com suas idéias e personalidade, é a figura decisiva.

1.4.3.6 Escola Ecológica

Ressaltou de modo inequívoco a essência da decisão judicial, que opera um conhecimento por compreensão, onde os sujeitos do processo compartilham algo em comum e onde está presente a intuição emocional do julgador. Desvendou o mecanismo dos julgamentos, onde o objeto da interpretação não é a norma, e sim a conduta humana.

1.4.3.7 Escola Vitalista do Direito

Confere ao juiz grande responsabilidade e inova ao conceituar o método da aplicação do Direito, demonstrando que não se deve guiar pela lógica formal uma vez que o trato dos problemas humanos reclama uma lógica própria.

CAPÍTULO 2

PRINCÍPIOS JURÍDICOS E PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

2.1 Normas jurídicas

No Iluminismo se assentou a idéia de que as normas deveriam ser estabelecidas com clareza e segurança jurídica absoluta, por intermédio de uma elaboração rigorosa, a fim de garantir, especialmente, uma irrestrita univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos, devendo ser o juiz o escravo da lei. Neste contexto, a segurança jurídica se confundia com a noção de justiça. Contudo, a partir do século XIX esta concepção começou a vacilar.

É importante assinalar, logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também são referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou

simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.⁵³

A norma jurídica por natureza é geral, abstrata, fixa tipos, referindo-se a uma série de casos indefinidos e não a casos concretos e só se movimenta ante um fato concreto, pela ação do aplicador do direito que é o intermediário entre a norma e os fatos da vida. A aplicação do direito, dessa forma concebida, denomina-se subsunção.

A subsunção revela a tenacidade do aplicador do direito em se aproximar mais da realidade fática, completando a idéia abstrativa contida na norma, vez que a norma de direito é um modelo funcional. A lacuna constitui um estado incompleto ou imperfeito do sistema, que deve ser preenchido ou corrigido utilizando-se do princípio da plenitude do ordenamento jurídico e da unidade da ordem jurídica.

Pode-se definir sistema jurídico como uma ordem teleológica de princípios gerais de direito e um sistema aberto. Aberto no sentido de incompleto, que evolui posto que é histórico e cultural, e se modifica decorrente da provisoriedade do conhecimento científico. Cada norma é parte de um todo, de modo que não podemos conhecer a norma sem conhecer o sistema, o todo no qual estão ligados.

Regras surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros.

⁵³BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. – 4. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2001.

2.2 Princípios e Regras

O sistema jurídico brasileiro é composto também e principalmente por regras e princípios haja vista a insuficiência de um sistema composto apenas por um ou outro.

Prima-se pela pertinência dos conceitos princípios e regras dentro do gênero próximo normas e por uma posição moderada quanto à distinção entre tais.

O sistema que o direito é compõe-se de princípios explícitos – recolhidos no texto da Constituição ou da lei; implícitos – inferidos como resultado da análise de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional; e princípios gerais de direito, também implícitos, coletados no direito pressuposto.⁵⁴

Ainda no que tange à diferenciação entre regras e princípios tem-se que princípio é motivo conceitual sobre o qual se funda uma dada teoria e está no lugar do antes, do anterior ao primeiro momento, fundamentando a ordem num sentido amplo. O que a ordem jurídica faz é tornar princípios anteriores a ela, jurídicos, pois eles estão no seio da sociedade que determinou o surgimento de sua ordem jurídica, constituindo uma espécie de reserva histórica, que permite que não haja retrocesso na caminhada social que os condensou, pelos valores eleitos como basilares.

A dogmática mais tradicional da processualística brasileira tem insistido na tese de que todo e qualquer litígio jurisdicional tem de ser gestado a partir dos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais que informam nosso sistema jurídico.⁵⁵

⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. A Ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 10ª ed., 2005.

⁵⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Coisa julgada inconstitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

A maioria dos autores ao conceituar regras o fazem como sinônimo de norma jurídica, o que leva a uma confusão aparente entre ambas. Aparente porque, em verdade, ocasionada ou pelo pensamento jusnaturalista ou pelo pensamento juspositivista, nos quais os princípios não tinham um papel que representasse com fidelidade a sua importância de forma que o único elemento de decisão na ordem jurídica seria a regra e somando esta conclusão com a impossibilidade de criação do Direito a partir da interpretação, não havia mesmo possibilidade de qualquer das escolas diferenciarem tais institutos.⁵⁶

Alexy instituiu a distinção entre regras e princípios, a qual na essência é a mesma de Dworkin, para isso abordou vários critérios de diferenciação, mas pontuou que o mais freqüente é o da generalidade onde os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras também são normas, que têm, contudo, um grau relativamente baixo de generalidade.⁵⁷

Habermas acentuou a diferenciação normativa de Dworkin entre regras e princípios alegando que não é a Constituição uma ordem concreta de valores, mas um conjunto coerente de princípios, que são abertos e precisam ser densificados com os elementos do discurso de aplicação e de regras as quais contêm em si, na maioria das vezes, os elementos suficientes de sua aplicação.

Acerca da juridicidade ou normatividade dos princípios, afirma o professor Paulo Bonavides que foram três fases distintas. A primeira delas chamada jusnaturalista, posiciona os princípios jurídicos em esfera abstrata e metafísica, inspirada num ideal de justiça, cuja eficácia se cinge a uma dimensão ética valorativa do Direito; concebe os princípios gerais do direito em forma de axiomas jurídicos, ou normas estabelecidas pela reta

⁵⁶ BERBERI, Marco Antonio Lima. Os princípios na teoria do direito. Rio de Janeiro. Renovar, 2003.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit.

razão. São assim, normas universais de bem obrar. São os princípios de justiça, constitutivos de um direito ideal; são, em definitivo, um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana.

Na outra, intitulada juspositivista, os princípios entram nos códigos como fonte normativa subsidiária da inteireza dos textos legais. São válvulas de segurança que garantem o reinado absoluto da lei. Não são encarados como superiores às leis, mas delas deduzidos, para suprirem os vazios normativos que elas não podem prever. Aqui o valor dos princípios está no fato de derivarem das leis, e não de um ideal de justiça. São fontes de integração do direito, quando ocorrerem vazios legais.

A última dessas fases é a que se chama de pós-positivista, inaugurada nas últimas décadas deste século, com a hegemonia axiológico-normativa dos princípios, que agora, positivados nos textos constitucionais, assentam os principais padrões pelos quais se investiga a compatibilidade da ordem jurídica aos princípios fundamentais de escalão constitucional, os princípios que dão fundamento axiológico e normativo ao ordenamento jurídico. Nesta fase, os princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito.⁵⁸

Ainda acerca da juridicidade dos princípios, toma-se a existência de dois grupos onde no mais antigo deles não se destaca a força normativa principiológica e no outro, por conseguinte, destaca-se sua normatividade e fazendo-o, Crisafulli ensina:

“Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”.⁵⁹

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit.

⁵⁹ CRISAFULLI *apud* BONAVIDES Paulo. Ob. cit.

A importância dispensada aos princípios jurídicos pelo jusnaturalismo como elemento vital na construção da ordem jurídica, com o *plus* de serem tidos como institutos em integração com o contexto social em que habitam e no qual foram forjados e a possibilidade de seu ingresso na ordem jurídica positiva desde que tidos como elementos de decisão.

Os princípios formam, na verdade, uma categoria especial de normas jurídicas, que se distinguem das demais por um conjunto de características próprias, a saber: maior amplitude de seu campo de incidência; maior força jurídica; permanência em vigor em caso de conflito normativo.

A força normativa dos princípios é muito maior que a das simples regras de direito, porque estas vigem na exata medida em que não colidem com aqueles. A função própria dos princípios consiste, justamente, em dar unidade ao sistema jurídico, direcionando a interpretação e a aplicação de suas normas e gerando novas regras em caso de lacunas.

Ademais, é certo que o princípio tem, na configuração do sistema jurídico, papel de extrema importância, sendo seu fundamento, tendo em vista que é por ele que o conjunto de temas jurídicos é costurado. Com isso tem-se a demonstração da relevância dos princípios, seja em sua característica de fundamento do sistema, seja naquela relativa à vinculação jurídica, como elemento de decisão.

Finalmente, a vigência dos princípios jurídicos, em virtude da amplitude de seu campo de incidência, não é afetada na hipótese de conflito normativo, tal como sucede com as regras de direito, as quais se revogam por normas posteriores, que contra elas venham a colidir.

A solução de um conflito entre princípios jurídicos no caso concreto faz-se, não pela revogação de um pelo outro, mas sim pela escolha do mais adequado ou pertinente para a justa composição da lide, segundo o método

do sopesamento ou balanceamento de valores e nesta situação não há que se falar em discricionariedade pelo prisma do juízo de oportunidade e conveniência da decisão judicial, mas sim da margem de liberdade de escolha que o julgador tem, colocada aqui tão somente como liberdade de interpretação.

2.3 As Funções dos Princípios

As funções permitem aos princípios assegurar a unidade da ordem jurídica, permitindo a integração e harmonia, bem como a atualização permanente do sistema jurídico positivo.

Duas são as funções tradicionalmente desempenhadas pelos princípios: explicativa e justificadora, entretanto, alguns doutrinadores elegem ainda outras funções.

2.3.1 Função explicativa

Por permitir a síntese de grande quantidade de informações, possibilitando descrição de setores do Direito de forma sintética e econômica, os princípios possibilitam a compreensão do Direito de forma sistêmica, como conjunto ordenado e dotado de sentido.⁶⁰

Ainda nessa perspectiva explicativa, mas com ênfase pragmática, o conhecimento dos princípios possibilita encontrar soluções para problemas jurídicos, porquanto, ao se conhecer os princípios que fundamentam determinada instituição, torna-se mais acessível a resposta para conflitos que sejam abrangidos pelo instituto.

⁶⁰ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz *apud* DANTAS, David Diniz. Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos – 2. ed. – São Paulo: Madras, 2005.

2.3.2 Função justificadora

Acerca de tal função Atienza diz que esta se evidencia pelo fato de os princípios atingirem sua função social mais importante que é propiciar critérios para a aplicação, interpretação e modificação do Direito. Em suma, o que caracteriza a dogmática não é tanto sua função explicativa, porém sua função de justificação.

2.3.3 Função fundamentadora

Consiste na capacidade de servir de base ao ordenamento jurídico, haja vista representarem os valores supremos da sociedade, pois tanto fundam a ordem jurídica como excluem dela toda norma que lhes seja contrária.

2.3.4 Função interpretativa

Os princípios servem de orientação ao operador jurídico na interpretação das normas, para adequá-las aos valores fundamentais; supletiva, que incumbe aos princípios a tarefa de integrar a ordem jurídica quando constatada a inexistência de norma jurídica regulando o caso em apreciação.

2.3.5 Função prospectiva

Dada a finalidade de impedir o retrocesso social, no sentido de evitar que as normas jurídicas sejam substituídas por outras políticas e socialmente retrógradas.

2.4 Princípios Jurídicos e Princípios Gerais de Direito

Importa aqui pontuar que o debate nacional envolvendo o tema dos princípios jurídicos viu-se ampliado a partir da Constituição de 1988, proliferando estudos voltados ao aprofundamento da abordagem dos seus significados semânticos e pragmáticos.

Na dicção de Eros Grau, por exemplo, um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras, pois nele se encontram, também, princípios jurídicos ou princípios do Direito. Assim, no Direito enquanto ordem jurídica, os princípios jurídicos podem ser tomados, basicamente, em dois sentidos: no primeiro, como princípios positivos do direito e, no segundo, como princípios gerais do Direito.⁶¹

A noção de princípio jurídico conhece atualmente notável desenvolvimento e precisão técnica. Até a pouco, falava-se em princípios gerais de direito, atribuindo-se-lhes mera função de fonte supletiva do direito positivo. Hoje, como reconhece a quase unanimidade dos autores, os princípios situam-se no mais elevado nível hierárquico do ordenamento jurídico.

Verdross é ainda mais enfático na defesa deste paralelo, quando afirma que "não só é possível, como freqüente, que um princípio que começou sendo um princípio geral do direito se converta mais tarde também em norma de Direito convencional ou consuetudinário".⁶²

⁶¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto. Ob. cit.

⁶² VERDROSS, Alfred *apud* CAVALCANTI, Andrew Patrício; PIMENTEL, Caroline Carvalho. A problemática da auto-suficiência x subsidiariedade dos princípios gerais do direito como fonte jurídica. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6275>> Acesso em 19 ago. 2007.

2.5 Princípios Gerais do Direito

A importância dos princípios não é medida pelo fato de estarem positivados, pois há princípios que não estão expressos e ainda assim são de grande relevância e constituem, nas palavras de Marco A. L. Berberi, em sua maioria, não só o arcabouço do sistema jurídico como também do sistema político de um Estado.

Sabidamente defendeu Eros Roberto Grau que os princípios gerais de um determinado direito são encontrados no direito pressuposto que a ele corresponda. Neste direito pressuposto, os encontramos ou não os encontramos; De lá os resgatamos.”⁶³ “O que ora importa enfatizarmos é que o direito pressuposto é a sede dos princípios, definindo-se o sistema jurídico como uma ordem teleológica de princípios gerais de direito.”⁶⁴

É nesse sentido que se afirma que os princípios gerais devem nortear toda a utilização das demais fontes do direito, tanto em caso de lacuna jurídica, como na hipótese da própria formação das normas que irão reger determinado sistema de direito. São posições descritivas e não normativas, através das quais os juristas referem de maneira sintética o conteúdo as grandes tendências do direito positivo.⁶⁵

Devidamente reconhecidos como fonte pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça bem como no nosso ordenamento jurídico interno, tais princípios constituem as normas primeiras e fundamentais que orientarão tanto lógico como moralmente, a posterior elaboração legislativa. Os princípios podem ser encarados como veículo dimensionador da compreensão e da aplicação do direito, tendo a doutrina

⁶³ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁶⁴ CANARIS *apud* GRAU, Eros Roberto. Ob. cit.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit.

contemporânea, de modo ascendente, se preocupado em destacar a sua importância.⁶⁶

Frize-se que:

“Os princípios gerais de direito, observados em determinado Estado, contêm, em seu seio, valores prezados pela comunidade. Os princípios mais relevantes são denominados de fundamentais, na medida em que traduzem os valores mais importantes introduzidos na consciência popular. De tais princípios, basilares, decorrem outros tantos que os complementam, pois, através de sua função normogênica, permitem que sejam elaboradas outras normas (regras e princípios) que auxiliem sua observância na maior escala possível. Os princípios, nessa medida, não necessitam estar expressos em textos legais. Ainda que o legislador os tenha tentado expressar, mas, por equívoco, não tenha logrado, através das palavras, oferecer a verdadeira dimensão de sua importância, mesmo assim os princípios permanecem presentes com toda sua exuberância. Ao operador caberá, através da confrontação com os demais elementos do sistema, relativizar a interpretação da norma escrita, amoldando-a às exigências do espírito do sistema. Os princípios traduzem os verdadeiros e momentâneos sentimentos de justiça e equidade de uma comunidade que permanentemente evolui, superando conceitos com a velocidade que o fogo se propaga no palheiro. Os princípios, assim, são deduzidos a partir de todos esses fatores: a sociedade, a cultura, as normas, etc.”⁶⁷

Portanto, os princípios gerais de direito podem ser entendidos como os princípios fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias, são eles dotados de validade positiva e não se reportam a um fato específico, mas atuam como indicadores de uma opção pelo favorecimento de um determinado valor.”⁶⁸

Humberto Theodoro Júnior salienta que para vencer o longo espaço que se mete entre a generalidade da lei e a concretude da aplicação em juízo, cabe ao magistrado estabelecer um confronto entre aquilo que o legislador programou e aquilo que realmente aconteceu na experiência concreta da vida. Cada ser humano, no dizer de Recasens Siches, insere-se

⁶⁶ CAVALCANTI, Andrew Patrício; PIMENTEL, Caroline Carvalho. Ob. cit.

⁶⁷ USTÁRROZ, Daniel *apud* BRAGA, Jorge Luiz. O sistema adotado pelo novo Código Civil para tornar concretos os seus regramentos e o aumento da liberdade do juiz na sua aplicação. Disponível em: <http://www.escriitoronline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=4291&>. Acesso em 19 ago.2007.

⁶⁸ PEREIRA, Tânia da Silva *apud* BRAGA, Jorge Luiz. Ob.cit.

em novas objetivações da vida, que lhes interfere profundamente na consciência e na conduta que põe em prática. Assim, os homens re-vivem a experiência vivida pelo legislador já, então, sob nova ótica dos objetos culturais. O lastro valorativo, embora perene, sofre o impacto da realidade de um novo homem dentro de um novo contexto social. Daí porque o juiz não pode restringir seu conhecimento ao plano da regra legal, ignorando as mudanças do contexto social renovado. Assim como a sociedade se altera e seus valores são reavaliados, igualmente as regras jurídicas terão de ser revistas e reavaliadas em seu sentido prático e valorativo. Terão, em uma palavra, de ser revividas, por obra e engenho do juiz.⁶⁹

Carlos Maximiliano em sua clássica obra *Hermenêutica e aplicação do direito* no capítulo referente aos princípios gerais de direito inaugura-o com a seguinte lavra:

"Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *substratum* de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as diretivas idéias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica."

Assim, os princípios gerais de direito são os cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico e não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém descobertos no seu interior.⁷⁰

⁶⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. O Juiz e a Revelação do Direito in concreto. *Juris Síntese*, nº. 31 - set/out. de 2001.

⁷⁰ PEDRA, Anderson Sant'Ana. Os fins sociais da norma e os princípios gerais de direito. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3762>>. Acesso em 19 ago. 2007.

CAPÍTULO 3

A FUNÇÃO DO JUIZ NO PÓS-POSITIVISMO

3.1 A Segurança Jurídica

A segurança jurídica é sempre invocada, quando se fala em largar a missão criativa do juiz e a lei traduziria essa segurança, logo, o afastamento da lei colocaria em perigo tal valor. Indubitavelmente uma das funções do Direito é preservar a segurança, entretanto a Justiça deve ser, como de fato é, um valor superior a este sendo inconcebível consagrar a segurança jurídica em detrimento da justiça ainda que não se possa negar a necessidade daquele.⁸⁹

O instituto da segurança jurídica apresenta-se como a confirmação do respeito aos direitos comungados pela sociedade. É a confirmação de que a decisão proferida judicialmente será justa nos limites da lei, ou seja, trata-se da adequação do Direito à realidade social, e não o contrário, de maneira que se alguém faz algo que vai de encontro com uma norma jurídica, será punido, e se fez algo que vai ao encontro da mesma norma

⁸⁹ KELSEN, Hans *apud* HERKENHOFF, João Baptista. Ob. cit.

jurídica, será gratificado. A punição e a gratificação são faces da segurança jurídica.⁹⁰

3.2 Súmulas Impeditivas de Recurso

Ao lado das denominadas súmulas vinculantes, as quais se destinam a fundamentar as decisões sobre temas que a elas se sujeitam, estão as súmulas impeditivas de recursos, as quais sumulam o entendimento sobre determinadas matérias que interpretam o direito material ou mesmo o direito processual, destinadas a impedir o conhecimento de recursos que as contrariem. Assim, além das súmulas empregadas como o fundamento de decidir estão aquelas que são invocadas para que recursos não sejam conhecidos, porque já é conhecida a interpretação do direito neles combatido.⁹¹

3.3 Súmulas Vinculantes

Em atendimento ao preceito do inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Carta Magna a Emenda Constitucional nº. 45 de dezembro de 2004 introduziu a súmula vinculante no texto constitucional, no artigo 103-A, com o intuito de assegurar duas garantias fundamentais: a segurança jurídica e a celeridade processual.

⁹⁰ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Súmula impeditiva de recurso. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9419>>. Acesso em: 6 out. 2007.

⁹¹ VIGLIAR, José Marcelo. Súmulas para fundamentar – súmulas para conhecer. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=24424&vigliar=S>. Acesso em 09 out. 2007.

A palavra vem do latim: *summula* e significa resumo, epítome breve, tem o sentido de sumário, ou índice de alguma coisa e que, sucintamente, explica o teor ou o conteúdo integral de alguma coisa.

Assim, a súmula de uma sentença, de um acórdão, é o resumo, ou a própria ementa da sentença ou do acórdão. São as decisões reiteradas dos Tribunais Superiores acerca de temas que se repetem freqüentemente em seus julgamentos.

Atribuir um efeito vinculante às súmulas significa dizer que as mesmas terão força obrigatória sobre as demais decisões de juízes e tribunais, proibindo esses magistrados de julgarem questões do mesmo teor de maneira contrária ao regido pela súmula, então, a súmula vinculante é instrumento que subordina imperativamente instâncias inferiores da magistratura a adotar decisões das instâncias superiores.

Tal instituto se apresenta para firmar um entendimento sobre determinada matéria por aquele órgão que a proferiu e determina que as decisões proferidas por, no mínimo, dois terços dos onze membros do Supremo, isto é, as que formam súmulas, tornar-se-ão obrigatórias para a primeira instância.

Ateste-se que a solução de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida passa pela formação do convencimento do julgador, mediante a procura pela verdade real, compreendendo os fatos que caracterizam a demanda ajuizada.

A utilização da súmula não é novidade em nosso mundo jurídico, já o efeito vinculante é. A súmula tornou-se essencial como aparelho persuasivo e indicativo do entendimento predominante advindo do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, a súmula vinculante, por imperativo constitucional, é aquela que emerge do Supremo, a partir de reiteradas decisões no mesmo sentido sobre a matéria constitucional envolvendo normas acerca das quais haja

atual controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, situação essa capaz de acarretar grave insegurança jurídica. Contudo, não basta apenas aos órgãos judiciários ou à administração pública proferirem uma decisão que repita a súmula editada pelo Supremo, necessário é, e isso é uma exigência do Estado Democrático de Direito, que a decisão seja devidamente fundamentada.

Essa recente novidade em nosso sistema jurídico foi concebida como a esperança maior para a resolução de um dos mais graves problemas existentes atualmente em nossa justiça: a lentidão processual. A pretensão é desafogar o poder judiciário.

São pretensões precárias já que o diagnóstico sobre a lentidão da Justiça é bem conhecido, apontando para a insuficiência de recursos humanos e materiais, as deficiências do ordenamento jurídico, o formalismo processual exagerado, a ineficiência administrativa, o precário funcionamento dos cartórios e o despreparo de parcela significativa dos operadores do direito – questões que não serão resolvidas, nem mesmo diminuídas com as súmulas vinculantes.⁹²

3.3.3. Prós e contras

As opiniões são as mais divergentes possíveis.

Os que a defendem alegam principalmente, será notória a diminuição na morosidade processual, porque haverá: considerável redução no número de recursos que chegam aos Tribunais Superiores, evitando a apreciação de litígios semelhantes, amplamente discutidos e sumulados; redução no número de processos idênticos com conseqüente melhora na qualidade e celeridade da prestação jurisdicional, haja vista que a decisão

⁹² D'URSO, Luiz Flávio Borges. Rompendo os eixos da legalidade. Boletim AdvoCEF. Brasília, n.º. 052, jun. 2007.

sumulada valeria para todos; maior segurança jurídica para a sociedade, por evitar a contradição de julgamentos em casos idênticos já decididos.

Alegam outros que a súmula vinculante, tal como está instituída no Brasil, fere princípios constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito, como o da tripartição dos poderes, do contraditório e da ampla defesa, do livre convencimento do juiz e do duplo grau de jurisdição, além de afetar o acesso à justiça, contrariando o princípio da inafastabilidade do controle judicial, e de ser um perigoso instrumento contrário à evolução do Direito; aponta-se também o engessamento do judiciário, pois restringem a independência de juízes de instâncias inferiores e aprisionam a jurisprudência e há ainda a possibilidade de inconstitucionalidade em sua aplicação.

Pronunciando-se em desfavor do efeito vinculante das súmulas, Álvaro Melo Filho afirma que:

“É incontestável que a justiça está sofrendo grave crise, sobretudo em face do volumoso número de processos decorrentes dos problemas sociais, políticos e econômicos do país. Constata-se, ainda, um insuficiente número de juízes para atender a uma população geometricamente crescente e, cada vez mais, carente de “resguardo de direitos lesados na órbita da sociedade e Estado”, a par do excessivo formalismo das regras processuais. Por outro lado, é de evidência palmar que a atividade judicial enfrenta dois problemas recorrentes: a multiplicação de demandas com a mesma causa petendi e a quantidade absurda de recursos interpostos para os tribunais versando sobre temas reiteradamente decididos no mesmo sentido. Estes problemas são os responsáveis maiores pelo estrangulamento do Poder judiciário, conduzindo a uma vexatória situação onde os magistrados reclamam, os advogados lamentam e o povo desacredita na justiça”.⁹³

A súmula vinculante não se justifica ante a expressão maior do direito. Aplicar uma norma a um caso concreto não é uma tarefa mecânica, pois a norma é geral e abstrata e sua aplicação a um caso concreto significa interpretá-la, o que significa repensar, recriar e adequar essa norma geral e

⁹³ MELO FILHO, Álvaro *apud* PINHEIRO NETO, Francisco Miranda. Um estudo acerca da utilização da súmula vinculante no direito brasileiro. Disponível em: <<http://r2.direito.com.br/doutrina/texto.asp?id=6962>>. Acesso em 19 ago. 2007.

abstrata a uma realidade em contínua mutação, como é a concreta realidade da vida.

A base do direito é a interpretação e as súmulas inibem tal princípio, suprimem a liberdade de questionar a lei e com isso a jurisprudência, despreza as peculiaridades de cada caso, retrocede por tornar o magistrado apenas “a boca da lei” preconizada por Montesquieu.

Os fatos não se adequam às normas com perfeição. Torna-se função do intérprete fazer um juízo axiológico, de subsunção, entre o fato concreto e a previsão normativa, portanto não é o juiz, mero aplicador do Direito, indicando passivamente a sentença.

Luiz Flávio Gomes posicionou-se dessa maneira:

“Ninguém pode impor ao Juiz qualquer orientação sobre qual deve ser a interpretação mais correta. Aliás, é muito comum que um texto legal, pela sua literalidade confusa, permita mais de uma interpretação. De todas, deve prevalecer a que mais se coaduna com os princípios constitucionais, sobretudo o da razoabilidade. Mas o juiz sempre tem a liberdade de escolha, dentre todas as interpretações possíveis. O instituto da súmula vinculante pertence à velha metodologia do Direito, que era visto como um sistema jurídico coeso, compacto e seguro. Esse modelo de Direito e metodologia, típico de Estados autoritários, não levava em conta duas coisas: a) a pluralidade de pensamento dentro do Estado de Direito; b) a justiça do caso concreto. Preocupava-se mais com a beleza do palácio do Direito, que a justiça do caso concreto. A súmula vinculante é o instrumento do Direito do segundo milênio. Não serve para guiar a justiça do terceiro milênio. Institutos da era analógica não são úteis para a justiça da era digital. É um atraso e grave retrocesso. Faz parte de uma ética tendencialmente autoritária, de uma sociedade militarizada, hierarquizada. A justiça de cada caso concreto não se obtém com métodos de cima para baixo”.⁹⁴

A súmula pressupõe a extinção de instâncias e isso representa uma estratificação muito forte, uma centralização muito grande de poder.

Dworkin, após criticar a corrente conservadora quando chamou os que adotam de maus juízes, usurpadores e destruidores da democracia, discorre acerca da corrente progressiva asseverando:

⁹⁴ GOMES, Luiz Flávio *apud* PINHEIRO NETO, Francisco Miranda. Ob. cit.

"Algumas pessoas sustentam o ponto de vista contrário, de que os juízes devem tentar melhorar a lei sempre que possível, que devem ser sempre políticos, no sentido deplorado pela primeira resposta. Na opinião da minoria, o mau juiz é o juiz rígido e 'mecânico', que faz cumprir a lei pela lei, sem se preocupar com o sofrimento, a injustiça ou a ineficiência que se seguem. O bom juiz prefere a justiça à lei."⁹⁵

Destarte, aufere-se que o instituto da súmula vinculante não pode ter a propriedade de estabelecer direito adquirido, para determinar um ato jurídico dotado de perfeição e para realizar coisa julgada. Tal dispositivo é inconstitucional posto que revoga todas as prerrogativas de direitos e garantias dos cidadãos conquistados com a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, o qual dispõe que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

No caso, a súmula de efeito vinculante, não pode negar esses direitos. A emenda constitucional que instituiu a súmula vinculante é inconstitucional, por desrespeitar limitação expressa material à reforma da Magna Carta, previsto no § 4º de seu artigo 60: "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais".

Fere ainda cláusulas pétreas de nossa Constituição uma vez que seu artigo 5º, inciso II, dispõe que "ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

"Não pode um povo imobilizar-se dentro de uma fórmula hierática por ele próprio promulgada; ela indicará de modo geral o caminho, a senda, a diretriz; valerá como um guia, jamais como um laço que prenda, um grilhão que encadeie. Dilata-se a regra severa, com imprimir elasticidade relativa por meio de interpretação. Os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter um cunho prático e humano; revelar a existência de bons sentimentos, tato, conhecimento exato das realidades duras da vida".⁹⁶

⁹⁵ DWORKIN, Ronald *apud* HERKENHOFF, João Baptista. Ob. cit.

⁹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit.

O direito não é estático, é fruto da evolução da sociedade, devendo espelhar seus avanços e não seus retrocessos. Por isso, muitas súmulas e enunciados são reformulados com base nas novas realidades exigidas pelos cotidianos presentes na sedimentação das conclusões atualizadas das sentenças dos juízes de primeiro grau, em contato direto e permanente com os jurisdicionados. A súmula vinculante pode tornar a solução mais rápida, mas engessa a evolução do direito em prejuízo da sociedade.

Ao advogar a adoção da súmula vinculante, sustentam os seus defensores que a implantação de tal instituto traria maior agilidade e rapidez na efetivação da tutela jurisdicional, pois evitaria manobras protelatórias e morosidade processual. Os opositores à adoção desse mecanismo, por outro lado, sustentam que o princípio da celeridade processual deve, como qualquer outro preceito, ser analisado em conjunto com os outros princípios, haja vista a necessidade de proporcionar uma correta prestação jurisdicional de mérito, não se apegando ao formalismo para negar o direito.

A adoção deste princípio tem em vista impossibilitar aplicação de mecanismos jurídicos prejudiciais à busca da verdade real e contrários aos preceitos norteadores da veracidade e da utilidade, sob pena da prestação jurisdicional trilhar o defeituoso caminho da ética de resultados em detrimento da ética de princípios. A celeridade processual é por demais importante e deve sempre ser perseguida, sem prejuízo aos demais princípios jurídicos. No entanto, a conclusão que se tem é que se houver maior celeridade isso não decorrerá da entrega do direito, como função estatal da garantia da prestação jurisdicional, mas da inibição do próprio direito constitucional de ação e aqui o exemplo só poderá ser o da entrega negativa do direito e não da positiva, desejada e necessária.

O problema da lentidão da justiça não é um fenômeno brasileiro apenas, é globalizado. É decorrente do exercício pleno do direito de

cidadania cada vez mais de reconhecida dimensão e amplitude, acompanhando o crescimento e o desenvolvimento da própria civilização.⁹⁷

Para juiz Ari Ferreira de Queiroz, da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Goiânia, as súmulas não podem se sobrepor a certos dogmas do Estado Democrático de Direito.

"O direito à ampla defesa e ao contraditório não podem ser esquecidos porque uma súmula definiu uma situação generalizada. As súmulas surgiram há cerca de 50 anos e de lá para cá atingiram um status muito grande. Há juízes que, por preguiça - e isso tem de ser dito - recorrem às súmulas para não analisarem o caso específico. Fazem uma sentença de oito páginas, citam a súmula e caso encerrado. Isso é uma afronta aos princípios do Direito. E, embora tidas como o resultado da pacificação do entendimento acerca de um determinado assunto, as súmulas ainda são objeto de diferenças de opiniões no meio jurídico".⁹⁸

Ressalte-se por final, que a restrição à liberdade do magistrado quer significar ainda, o encolhimento do devido processo legal. Sob essa moldura, os caminhos mais largos para alcançar a tão almejada celeridade na administração da Justiça estão na ampliação da estrutura do Judiciário (comarcas, varas, juízes, tribunais), além de ampla reforma processual e preparação mais adequada, inclusive nos quadros da advocacia. Se a questão é evitar a litigância desnecessária, com a interposição de recursos sucessivos de uma instância para a outra, que se alerte o próprio Estado, este sim, o maior litigante do país.⁹⁹

⁹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. Artigo Barreira no Judiciário: Súmula vinculante não é compatível com a cidadania. Disponível em: < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/22441,1>>. Acesso em 19 set. 2007.

⁹⁸ PAPINI, Patrícia. Entrevista concedida à assessoria de imprensa do Centro de Comunicação Social do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (CCS/TJ-GO). Disponível no site: www.tj.go.gov.br. Acesso em: 11 Jun. 2007.

⁹⁹ D'URSO, Luiz Flávio Borges. Ob. cit.

3.4 O Princípio da Verdade Real

Na dicção acertada de José Delgado, a luta pelo direito não é hoje uma reivindicação individual, mas uma exigência a ser alcançada pelas massas, a fim de plantar uma efetiva estabilidade nas relações jurídicas quando desarticuladas pelo conflito. Disto resulta que o processo civil, por exemplo, deixou de ser assunto particular entre as partes para se transformar em uma das tarefas mais eminentes do Estado, obrigando o Juiz a dirigir ativamente o processo, tendo em vista alcançar os princípios impostos pelo direito público e que se dirigem a garantir proteção jurídica.¹⁰⁰

Ressalte-se que na década de cinquenta as preocupações com as metas políticas e sociais do processo eram diminutas e a ciência jurídica via na jurisdição o instrumento voltado, quase que exclusivamente, para realizar a vontade da lei. O natural e desejável era o juiz neutro, imparcial, equidistante do drama das partes e, por isso, alheio à formação do objeto do processo e à atividade probatória tendente a demonstrar a causa do pedido do autor e da resistência do réu. Sob a dominação dessa postura antiga e arraigada, inspirada em acentuado critério dispositivo, o comportamento do magistrado resumia-se a julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, de sorte que lhe era vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tivesse sido postulada pelas partes.

Na segunda metade de nosso século, porém, a doutrina processual em todo o mundo começou a reclamar por uma urgente e profunda mudança de rumos, para compatibilizar-se com o moderno Estado Democrático e Social implantado e desenvolvido após a Segunda Guerra Mundial.

¹⁰⁰ NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto. Ob. cit.

A tônica da nova ciência processual centrou-se na idéia de acesso à justiça. O direito de ação passou a ser visto não mais apenas como o direito ao processo, mas como a garantia cívica de justiça. O direito processual assumiu, por isso, a missão de assegurar resultados práticos e efetivos que não só permitissem a realização da vontade da lei, mas que dessem a essa vontade o melhor sentido, aquele que pudesse se aproximar ao máximo da aspiração de justiça.

O processo, assim entendido, assumia o compromisso de ultrapassar a noção de devido processo legal e atingir o plano do processo justo. Esse tipo de processo comprometido com desígnios Sociais e políticos, obviamente não poderia ser dirigido por um juiz neutro e insensível. Não pode fazer a real e efetiva justiça quem não se interessa pelo resultado da demanda e deixa o destino do direito subjetivo do litigante à sorte e ao azar do jogo da técnica formal e da maior agilidade ou esperteza dos contendores, ou de um deles.

3.4.1. A Crescente valorização da Verdade Real

Durante muitos séculos o processo foi visto como um jogo em que as partes eram os protagonistas e o juiz o expectador. Dentro desse torneio a vitória caberia àquele que, segundo a observação do juiz, tivesse apresentado a melhor prova. E a qualificação dos valores atribuídos os meios probatórios era totalmente aleatória e preconceituosa. Consagrava uma tarifação que nada tinha de lógico e se recobria de superstições e outros critérios instituídos à base de privilégios hoje intoleráveis e inadmissíveis.

O juiz não se preocupava em pesquisar a verdade propriamente dita, mas apenas em apurar qual o litigante que conseguiria se sair melhor nos complicados jogos processuais. O resultado era o estabelecimento de uma

verdade puramente formal, o que, como é óbvio, impregnava o julgamento de alta dose de injustiça, na grande maioria das demandas.

Do Século XVIII até o atual, principalmente depois da vitória da razão e do Iluminismo na Revolução Francesa, a atividade judicante alterou completamente seus objetivos. A disputa entre os litigantes passou a ser um debate lógico e o juiz se tornou um participante ativo na evolução do processo, de modo a formar seu julgamento à base de um racional convencimento diante das provas carreadas para os autos.

À verdade formal sucedeu a verdade real ou material, como escopo do processo e como fundamento da sentença. Aboliram-se as tarifações de provas por lei e o conceito jurídico de prova passou a ser o de elemento de convicção. E é, com o espírito de servir à causa da verdade, que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito.¹⁰¹

Por fim, pela pertinência com o tema, segue o brilhantismo no voto proferido pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

"A vida, enfatizam os filósofos e sociólogos, e com razão, é mais rica que nossas teorias. A jurisprudência, com o aval da doutrina, tem refletido as mutações do comportamento humano no campo do Direito de Família Como diria o notável De Page, o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O Direito é uma coisa essencialmente viva Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil. Indo além dos contrafortes dos

¹⁰¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA) in Revista Brasileira de Direito de Família, nº. 3. Belo Horizonte: Síntese Editora, 1999. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos_pdf/Humberto/Prova.pdf>. Acesso em 8 out. 2007.

métodos tradicionais, a hermenêutica dos nossos dias tem buscado novos horizontes, nos quais se descortinam a atualização da lei (Couture) e a interpretação teleológica, que penetra o domínio da valorização, para descobrir os valores que a norma se destina a servir, através de operações da lógica do razoável (Recasens Siches). Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando contra legem, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum. Como afirmou Del Vecchio, a interpretação leva o juiz quase a uma segunda criação da regra a aplicar. Reclama-se, para o juiz moderno, observou Orosimbo Nonato na mesma linha de raciocínio, com a acuidade sempre presente nos seus pronunciamentos, quase que a função de legislador de cada caso, e isso se reclama exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém" (REsp. n.º. 222.445 – PR 1999/0061055-5).¹⁰²

Na processualística moderna o juiz tem o poder de iniciativa probatória, inclusive para determinar a produção das provas que julgar necessárias à solução da lide e tal prerrogativa pode ser utilizada em qualquer fase do processo, assim como também no exercício do poder geral de cautela pode o magistrado adotar providência não requerida e que lhe pareça idônea para a conservação do estado de fato e de direito envolvido na lide, haja vista que a publicização do processo e a socialização do direito implicam cada vez mais na busca da verdade real.

¹⁰² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Acórdão do REsp 222445 (1999/0061055-5 – 29/04/2002). Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199900610555&dt_publicacao=29/4/2002>. Acesso em 10 nov. 2007.

CONCLUSÃO

A generalidade e demasiada abstração das leis as tornam incapazes de abranger uma realidade que traduza o que seja mais conveniente para cada um em particular, pois não conseguem prescrever com exatidão o que seja bom e direito para cada indivíduo de uma sociedade, a um só tempo, seja qual for. Por isso todo processo deve ter sua relatividade e individualidade observadas.

Aufere-se do estudo realizado, a impropriedade e até mesmo o equívoco daqueles que tomam hermenêutica por interpretação como sendo vocábulos sinônimos.

Primou-se pela definição razoável de Hermenêutica Jurídica como um sistema de regras interpretativas dos dispositivos legais e do Direito como um todo ao passo que esta atividade consiste em determinar o sentido de uma norma jurídica a fim de que se possa aplicá-la ao caso concreto haja vista as características de abstração e generalidade das normas.

Desse sistema de regras interpretativas, os critérios de que se vale o hermeneuta na decidibilidade dos conflitos também são chamados de processos, elementos, métodos, momentos, etc. Tanto a nomenclatura quanto a classificação variam consoante a preferência de cada doutrinador.

Dos métodos apresentados, ainda que nenhum deva ser aplicado isoladamente face sua insuficiência técnica, o que parece melhor subsidiar o intérprete em sua pesquisa é o método teleológico porque busca, em

última análise, interpretar as leis objetivando sua melhor aplicação na sociedade a que estão voltadas, de onde decorrerá a possibilidade de decisões mais impregnadas do valor justiça.

Nesse contexto de pluralidade as escolas hermenêuticas surgem como consequência teórica da disputa entre os diversos métodos de interpretação e distinguem-se uma das outras por seu posicionamento acerca das questões interpretativas.

No estudo realizado a classificação foi escalonada em três grandes grupos, de acordo com o maior ou menor aprisionamento do intérprete à lei. O primeiro deles é composto pelas escolas de estrito legalismo ou dogmatismo, destacando-se a Escola da Exegese, dos Pandectistas e a Analítica de Jurisprudência. Reagindo ao estrito legalismo da época compuseram-se outras escolas sendo as que mais representaram esse movimento, a Escola Histórica do Direito e a Teleológica e posterior a estas surgiram outras, adeptas a uma interpretação mais livre, por exemplo, a Escola da Livre Pesquisa Científica, a Realista Americana e a do Direito Livre, dentre outras.

A questão primordial relativa ao tema princípios está na enfática discussão de outrora, hoje superada pela doutrina, acerca de sua normatividade, pacificando-se o entendimento de que, juntamente com as regras jurídicas são espécies do gênero norma e têm em sua composição valores que servem de fundamento e meio de completude para o ordenamento jurídico, atuantes ainda, como critérios de direção na elaboração e aplicação de outras normas jurídicas, de onde resultam suas funções.

Os princípios conferem unidade ao sistema jurídico e caracterizam-se pela maior amplitude de seu campo de incidência, maior força jurídica e plena vigência em caso de conflito normativo, já as regras vigem na exata

medida em que não colidem com aqueles, possuem menor grau de abstração e maior densidade normativa.

Abordando especificamente a temática enunciada pelo título do segundo capítulo, estão os princípios jurídicos a serem tomados basicamente em dois sentidos: como princípios positivados do direito e como princípios gerais do direito referindo-se os últimos aos valores permeados na sociedade e que constituem todo o arcabouço do sistema jurídico e político de um Estado.

No que pertine à atividade do juiz, esta se estabelece em um dos mais valiosos elementos da sociedade e é através dela que os conflitos e lides alcançam alguma solução uma vez que é o magistrado quem restabelece o direito violado e quem protege o cidadão dos desmandos de quaisquer autoridades.

Invocando o princípio da segurança jurídica, o qual ainda é confundido com estrito legalismo, tem-se o surgimento das súmulas para vetar a interposição indiscriminada de recursos

A súmula impeditiva de recurso mantém a liberdade do juiz em julgar de acordo com o seu entendimento, ao contrário da súmula vinculante cujo entendimento vincula o magistrado sob pena de este responder pela desobediência.

A atribuição do efeito vinculante às súmulas faz retroceder à fase já superada do estrito legalismo instituído pelo Positivismo que foi repudiado por uma sociedade que anseia por decisões justas. Nesse cenário o papel do julgador é o de mero repetidor das disposições superiores, sendo-lhe negada qualquer decisão em sentido contrário, sob pena de nulidade da sentença e implicado em crime de responsabilidade. A equidade na sentença não estará mais ao alcance do juiz.

O modelo processual contemporâneo elege novas atribuições ao magistrado ante sua função primária de intérprete da lei, instiga-o na busca

da verdade real objetivando uma prestação jurisdicional qualificada e, por conseguinte justa, balanceando a relação processual considerando inclusive o desequilíbrio econômico-financeiro solução da lide.

Conclui-se que é mais fácil e conveniente a aplicação de um mesmo precedente legal frente a infindáveis processos semelhantes, mas o que não se pode afirmar com segurança, é que em todos os casos, estará o entendimento vinculante dos tribunais consoante com a realidade do momento haja vista as alterações constantes e inevitáveis da sociedade. O ato de realizar justiça implica mais que aplicar um precedente que, em tese, aplica-se ao fato, sem questionar sua verdadeira adequação a este.

Então, a proposta que se faz é de interpretação e aplicação do Direito voltados à satisfação dos anseios de Justiça da sociedade por magistrados mais comprometidos com a sua função de aproximar tanto quanto possível, o direito da vida, sendo necessário para isso trazer a utilização dos princípios jurídicos para o discurso judicial, julgando os processos a partir dos valores que essa mesma sociedade compartilha.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Ajuris*, v. 16, n° 45. Mar. 1989. Disponível no site www.stj.gov.br. Acesso em 11 nov. 2007.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica* – Rio Grande do Sul: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. – 4. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional* – São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro. Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRAGA, Jorge Luiz. *O sistema adotado pelo novo Código Civil para tornar concretos os seus regramentos e o aumento da liberdade do juiz na*

sua aplicação. Disponível em:
<http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=4291&>. Acesso em 19 ago. 2007

CAVALCANTI, Andrew Patrício; PIMENTEL, Caroline Carvalho. A problemática da auto-suficiência x subsidiariedade dos princípios gerais do direito como fonte jurídica. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6275>>. Acesso em 19 ago. 2007.

CRETELLA JR., José. Primeiras lições de direito. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DANTAS, David Diniz. Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos – 2. ed. – São Paulo: Madras, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Saraiva 1991.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Rompendo os eixos da legalidade. Boletim AdvoCEF. Brasília, n°. 052, jun. 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica). – 10. ed. – São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O direito posto e o direito pressuposto. – 3. ed. – São Paulo: Malheiros, 2000.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Técnico Jurídico – São Paulo: Editora Rideel, 2004.

HERKENHOFF, João Baptista. Como aplicar o Direito (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política) – Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIMA, Hermes. Introdução à Ciência do Direito – 33. ed. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica Jurídica Clássica. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Artigo Barreira no Judiciário: Súmula vinculante não é compatível com a cidadania. Disponível em: < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/22441,1>>. Acesso em 19 set. 2007.

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Coisa julgada inconstitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica – Clássicos do direito brasileiro*. V. 3. Tomasetti Jr., Alcides (Org.). São Paulo: Saraiva, 1984.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Os fins sociais da norma e os princípios gerais de direito. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3762>> Acesso em 19 ago. 2007.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, Marcos Antonio da. *Normas para Elaboração e Apresentação de Trabalhos Acadêmicos na UCG*. Goiânia: Editora da UCG, 2002.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Súmula impeditiva de recurso. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9419>>. Acesso em: 06 out. 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Acórdão do REsp 222445 (1999/0061055-5 – 29/04/2002). Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199900610555&dt_publicacao=29/4/2002>. Acesso em 10 nov. 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. O Juiz e a Revelação do Direito in concreto. *Juris Síntese*, nº. 31 - set/out. de 2001.

_____. Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa

julgada nas ações relativas à paternidade (DNA) in Revista Brasileira de Direito de Família, nº. 3. Belo Horizonte: Síntese Editora, 1999. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos_pdf/Humberto/Prova.pdf>. Acesso em 08 out. 2007.

VIGLIAR, José Marcelo. Súmulas para fundamentar – súmulas para conhecer. Disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=24424&vigiar=S>. Acesso em 09/10/2007.

VIGO, Rodolfo Luis. Interpretação Jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.