



PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A HERMENÊUTICA FRENTE AOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO.

CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND HERMENEUTICS FRONT TO GENERAL LAW PRINCIPLES .

¹Ana Carolina Neves Amaral do Valle

RESUMO

O intuito do artigo é mostrar a evolução do conceito de princípios ao longo da história na finalidade de justificar a supremacia dos princípios constitucionais frente aos princípios gerais do direito. Para tanto, imprescindível as abordagens da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica na finalidade de compreender os conceitos de linguagem, da mudança do Ter para o Ser, inseridos no círculo hermenêutico ontológico, o que proporcionará ao intérprete uma compreensão do todo, para depois interpretar. Ao final, pretende-se com a abordagem pós-positivista, enfatizar os princípios constitucionais e a atuação do intérprete no fechamento hermenêutico tendo como limite a Constituição.

Palavras-chave: Pós-positivismo, Hermenêutica filosófica, Filosofia hermenêutica, Princípios constitucionais

ABSTRACT

The purpose of this article is to show the evolution of the concept of principles throughout history in order to justify the supremacy of constitutional principles face to the general principles of law positivist origin. Therefore, approaches of hermeneutics philosophy and philosophical hermeneutics in order to understand the language concepts, the change from the to have to the be, inserted in the ontological hermeneutic circle, which will provide the interpreter achieve an understanding of the whole, and then interpret. At the end, it is intended to post-positivist approach, emphasizing that the concept of constitutional principles and the interpreter.

Keywords: Postpositivism, Philosophical hermeneutics, Hermeneutics philosophy, Constitutional principles

¹ Mestranda em Direito. E-mail: advrh@hotmail.com



INTRODUÇÃO

O objetivo do artigo é demonstrar a evolução do conceito de princípios para afirmar que, em *era* de Constitucionalismo Contemporâneo prevalece os princípios constitucionais em detrimento dos princípios gerais do direito, fato comprovado com a menção expressa aos princípios constitucionais no Código de Processo Civil de 2015 que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016.

Inicialmente, é mister destacar, as várias acepções do conceito de princípios para compreender o sistema jurídico em que foram erigidos e suas finalidades precípua na tomada de decisões. Assim, serão relevantes as abordagens jusnaturalista, positivista e pós-positivista para justificar a opção pela última vertente, pois é a que compatibiliza com a constitucionalização do direito privado e que influenciou na elaboração do Código de Processo Civil de 2015.

Importante mencionar, que para alcançar o status de princípios constitucionais foi necessário uma ruptura com o modelo tradicional de sistema jurídico, que foi sentido primeiramente na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, com fim de restabelecer a ordem e garantir direitos fundamentais aos cidadãos que vivenciaram situações degradantes no período nazista. É neste cenário, de reconstrução e restabelecimento de valores fundamentais que o Constitucionalismo e os princípios constitucionais ganham força e passam a ser utilizados para garantir a segurança jurídica nas decisões.

No Brasil a modificação de princípios gerais do direito para princípios constitucionais operou expressamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, porém em termos efetivos percebe-se que a mudança é lenta, e que o apego a lei, herança do positivismo, ainda sobrepõem-se aos valores constitucionais. Dessa forma, é preciso retransmitir o teor das normas constitucionais nas leis infraconstitucionais e códigos para dar efetividade aos dispositivos constitucionais.

Embora compartilhamos o entendimento de ser desnecessário a repetição de institutos constitucionais em leis infraconstitucionais e códigos, é importante destacar que o Código de Processo Civil de 2015 nos seus artigos 4º, 7º, 8º e 11º (além de outros artigos), fazem referências aos princípios constitucionais, e enfatizam a superioridade dos dispositivos constitucionais.

Para que seja possível a análise do Direito a partir da concepção pós-positivista o intérprete terá um papel fundamental, pois cabe a ele construir o direito partindo do caso



concreto em autêntica interdisciplinaridade entre princípios constitucionais, códigos, leis infraconstitucionais, súmulas, jurisprudências, e com os precedentes judiciais inovação do Código de Processo Civil de 2015. Para alcançar tal intento, e proporcionar decisões justas aos casos apresentados ao Judiciário, é importante compreender o Direito como linguagem ajustável ao contexto histórico da época que tem como ponto de partida o *Ser* que imbuídos a partir do intérprete em uma relação construtiva e coesa do ordenamento jurídico permite traçar a interpretação adequada a problemática.

As contribuições da hermenêutica como técnica para interpretação de textos filosóficos serão adaptadas ao Direito para possibilitar aos intérpretes avançarem na fundamentação das decisões, que não são solucionadas com a mera subsunção da lei ao caso concreto.

De um lado, temos o dever do intérprete de fundamentar as decisões, princípio que é reforçado com o Código de Processo Civil de 2015, e de outro, a ausência de leis para acompanhar as nuances advindas da sociedade moderna. É nesta esteira, que os princípios constitucionais coligados com a linguagem e com técnicas da hermenêutica filosófica constroem o Direito a ser seguido no caso concreto em conformidade com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O artigo analisará a teoria de Heidegger e a teoria de Gadamer chamadas de hermenêutica filosófica. Tais teorias além de auxiliar o intérprete no momento interpretativo dentro de um sistema aberto de regras e princípios, serão responsáveis pela mudança na própria forma de pensar que inicia a investigação do caso voltando-se primeiramente a indagação ao homem. É o *Ser* (homem) transpondo-se o *Ter* (patrimônio) enraizado no Direito a partir da concepção positivista.

Com Heidegger e com os conceitos de pré-compreensão, linguagem, somados aos conceitos ontológicos *do Ser no Mundo*, *Ser-aí*, *Faticidade e Daisen*, inseridos no círculo hermenêutico - ontológico, chega-se ao entendimento de que, compreensão, interpretação e aplicação não são conceitos cindíveis, separados do caso concreto, e sim um acontecer. Desta maneira, rompe-se com a concepção positivista que separa sujeito de objeto, que distância a moral do Direito, para ressaltar uma interpretação advinda da linguagem e da compreensão do homem-realidade.

Gadamer acrescenta ao círculo hermenêutico filosófico de Heidegger a historicidade, na finalidade de demonstrar que o conceito histórico da linguagem e do intérprete interferem na compreensão dos fatos e conseqüentemente na tomada de decisão. O "homem não pode estar fora de um contexto histórico-social em cujas inter-relações constrói



seu eu, é um ser autenticamente comprometido, [...]". (FREIRE, 2014, p.24). Com a compreensão do contexto histórico da maneira apresentada por Gadamer é possível através dos princípios constitucionais resgatar o caráter compromissório da Constituição Federal de 1988 e efetivar as promessas da modernidade ainda não cumpridas.

Intenta-se com este artigo, mostrar que no constitucionalismo contemporâneo o trabalho do intérprete não se resume a aplicação da lei por subsunção, técnica positivista, e sim a uma construção valorativa filosófica do caso concreto, tendo como norte a Constituição Federal. Ao decidir por princípios constitucionais criamos o Direito a ser aplicado a problemática que merece tutela jurisdicional, além de fundamentar as decisões e impedir a existência de lacunas na lei. Ao reafirmar o conteúdo compromissório do texto constitucional partindo dos princípios erigidos pelo Estado Democrático de Direito, fica evidente, a não-recepção dos princípios gerais do direito previsto no Art. 4º da LINDB.

CONTEXTUALIZAÇÃO DO CONCEITO DE PRINCÍPIOS

O conceito de princípios modificou-se no decorrer da história sendo imperioso nesse artigo, contextualizar-los para assimilar a importância que tiveram na colmatação de lacunas e na integração das normas jurídicas. Posteriormente, será analisado os fatores que contribuíram para normatividade dos princípios enquanto valores constitucionais consagrados pelo Estado Democrático do Direito.

O conceito de princípios e sua evolução no cenário jurídico está estritamente relacionado ao sistema jurídico adotado na época. Assim, para compreender o papel desempenhado pelos princípios no decorrer da história imperioso contextualizar sucintamente o sistema jurídico da época, na finalidade de detectar os fatores que justifiquem a superação dos princípios gerais do direito pelos princípios constitucionais.

Princípio significa começo, início de obra. Do ponto de vista filosófico, defendido no artigo, "é aquilo de donde uma coisa procede quanto ao ser, ao acontecer ou ao conhecer". (ARISTÓTELES, apud AMARAL, 2014a, p.68).

A abordagem a ser seguida dos princípios, será aquela que orienta o intérprete no processo de criação do direito e que garanti a fundamentação adequada as decisões, além de reafirmar a unicidade do sistema que tem como fonte suprema a Constituição Federal.

A primeira concepção de princípios é aventada no Direito Natural, conhecida como jusnaturalismo. Nesta concepção, os princípios eram inerentes a Natureza, oriundos do pensamento filosófico greco - romano e significa ponto de partida. Posteriormente, na Idade



Média os princípios do Direito Natural estavam vinculados a ideia de Deus e na modernidade relacionados a razão humana chamados de iusracionalismo.

Para os jusnaturalistas o Direito Natural era superior e servia de fundamento e legitimação ao direito positivo. Na lição de Bianca (1978, apud AMARAL, 2014b,p.46) os princípios do direito natural são "princípios superiores ligados à natureza racional e social do homem, dos quais se pode deuzir um sistema de regras jurídicas".

Neste sentido, preleciona Amaral (2014c,p.47) ao afirmar que cabe ao Direito Natural "[...] legitimar o poder do legislador, a ele recorrendo, também, no processo de determinação das normas." Os princípios jusnaturalistas são compreendidos como referências éticas de justiça, abstratos e analisados pelo Direito Natural como axiomas de justiça, desprovidos de conteúdo jurídico.

Bonavides (2008a,p.259), ao analisar o conceito de princípios jusnaturalistas certifica que eles "habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça."

De forma sucinta, podemos resumir as principais características do Direito Natural que influenciaram no conceito de princípios jusnaturalistas. Direito superior as normas jurídicas, de concepções valorativas, ontológicas e éticas, de princípios vistos como suprapositivos, seguindo critérios teleológico e prudencial. No Direito Natural prevalece a busca por decisões justas que sobrepõem-se ao normativismo da lei. As contribuições do iusracionalismo, segunda fase do Direito Natural, tem como característica principal o predomínio da razão no pensamento jurídico, que influenciou o processo de racionalização e sistematização do direito.

As Constituições e os Códigos dos séculos XVIII e XIX, bem como a "preocupação com a justiça, a igualdade material, o reconhecimento de princípios suprapositivos, o conceito e defesa de direitos fundamentais [...]" (AMARAL, 2014d, p.50), são frutos do Direito Natural, que apesar de não ser considerado ciência, era respeitado pelos cidadãos da época, sob pena de desobediência.

A segunda concepção do conceito de princípios é a positivista que tem como finalidade "[...] converter-se o Direito em autêntica ciência, com as mesmas características das ciências da natureza: permanência, certeza, universalidade. [...]" (AMARAL, 2014e, p. 47). Para o desenvolvimento do Direito enquanto ciência, era preciso desenvolver um método para aplicação das normas ao caso concreto, sendo elegido o modelo lógico-dedutivo.

Para a vertente positivista, que transpôs o jusnaturalismo racionalista o ordenamento jurídico é completo, coerente, codificado e legalista. Os positivistas compreendem que o Direito enquanto ciência é um sistema fechado de normas, no qual está ausente a possibilidade de lacunas. Para esta corrente, a lei é capaz de prever todas as hipóteses que merecem tutela jurisdicional, sendo apta e justa na resolução de conflitos.

É a partir da crise refletida no próprio modelo de ciência, incapaz de solucionar as novas demandas da sociedade através da lei, que os princípios gerais do direito passam a ser incorporados nas decisões no intuito de colmatar lacunas legislativas.

Para REALE (1976, p.300 a 302, apud DINIZA, 2013, p. 153) os princípios gerais do direito são " [...] normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não positivadas." Embora a normatização dos princípios gerais do direito esteja na concepção positivista o método lógico-dedutivo, matemático utilizado é reminiscência da concepção jusnaturalista. A proposta era interpretar por princípios gerais do direito na ausência de leis e para reduzir contradições entre elas.

Na lição de OLIVEIRA (2008a,p.51) os princípios gerais do direito

[...] funcionavam de maneira teórica e metodológica para reunir pelo menos duas exigências para concretização da completude axiomático-dedutiva do sistema: em primeiro lugar, a plenitude normativa, sendo articulados para colmatar os espaços vazios do sistema em casos de lacunas; em segundo lugar, reduzindo eventuais contradições que pudessem surgir da interpretação abstrata das disposições normativas do sistema jurídico codificado.

Os princípios gerais do direito são retirados do próprio ordenamento jurídico como generalizações da própria norma positivada, com interpretação subsidiária, abstrata com fim de preencher os vazios normativos, reafirmando assim, a completude do sistema.

O Positivismo enquanto ciência tenta através da norma codificada, expressa, superar conceitos da concepção jusnaturalista, mas, ao analisar a aplicação dos princípios gerais do direito via método lógico-dedutivo na colmatação de lacunas, resta evidente a não superação.

Nesse sentido, ABOUD, CARNIO, OLIVEIRA (2014a, p. 283)

No fundo, os princípios gerais do direito continuam a operar com a mesma lógica que estava pressuposta pelo sistema de direito privado: lacuna legislativa seria apenas aparente. O sistema seria sempre completo, uma vez que os princípios gerais do direito seriam postulados racionais que estariam pressupostos pelo sistema codificado. Sua aplicação a casos particulares, além de excepcionalíssima, obedeceria ainda às regras do método dedutivo-axiomático. O apelo à razão é significativo aqui porque denota, de forma expressiva, como tais "princípios gerais representam uma espécie de



reminiscência jusnaturalista dentro do sistema positivo de direito privado, plasmado nas codificações.

É importante mencionar, que apesar do método de aplicação dos princípios serem idênticos nas concepções jusnaturalista (iusracionalista) e na positivista, há distinção entre as duas vertentes quanto a origem dos princípios, sendo para primeira concepção vistos como superiores, derivados de valores éticos, não escritos, e na segunda concepção, analisados de forma expressa e retirados do próprio ordenamento jurídico. Em relação ao tema Panigua (1976 apud BONAVIDES, 2008b, p.262) conclui:

Podemos dizer que a diferença mais destacada entre a tendência histórica e positivista e a jusnaturalista radica em que esta última afirma a insuficiência dos princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo, para preencher as lacunas da lei, e a necessidade consequente de recorrer aos do Direito Natural (demais, com todas as garantias que temos visto), enquanto que a corrente positivista entende que se pode manter dentro do ordenamento jurídico estatal, com os princípios que deste se podem obter por analogia.

Na obra Teoria Pura do Direito, Kelsen principal expoente do positivismo desenvolveu os conceitos de normas jurídicas e de proposições jurídicas. As normas jurídicas são as elaboradas pelos órgãos judiciais seguindo os anseios sociais. Trata-se de um ato de vontade, subjetivo, prático, ponto inicial da interpretação. As proposições jurídicas são juízos hipotéticos retirados da norma jurídica que permite aplicação do direito (norma) ao caso concreto. Após o conhecimento da norma jurídica é possível realizar a subsunção da lei ao caso concreto (juízo hipotético), justificando a tomada de decisões.

Importante mencionar, que a divisão do direito em estático e dinâmico foi idealizada por Kelsen para teorizar o Direito e padronizar a interpretação dos juízes que era realizada de maneira aleatória. As contribuições de Kelsen para sistematização do ordenamento são identificadas no modelo de escalonamento de normas, sendo a norma fundamental o ponto final da interpretação.

Para Kelsen as lacunas, espaços normativos, eram aparentes, mera ficção, "utilizada pelo legislador com a finalidade de restringir o poder de interpretação e de integração conferido aos tribunais, quando estes constatam falha de uma determinada norma, na ordem jurídica, para resolver certo caso." (KELSEN, 1962, p.109).

A lacuna estaria na lei, mas não no ordenamento, já que toda resposta a um problema normativo deveria sair do próprio direito e mesmo que algum elemento externo fosse introduzido ao direito, passando ele por critérios



formais de adequação ao ordenamento, ele, automaticamente, seria transformado em direito. (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA2014b, p. 328).

Na obra de Kelsen o início da interpretação parte da lei e na hipótese de lacunas, algo improvável de ocorrência pois o ordenamento é completo e fechado Kelsen admite a utilização de um elemento transcendental, que não é estruturado por parâmetros rígidos que transpõe a realidade dos fatos e da própria norma.

O elemento transcendental aproxima-se do conceito de princípios gerais do direito, pois sua aplicação parte do método lógico-dedutivo. Oliveira (2008b, p.120) identifica que, embora Kelsen tenha previsto o elemento transcendental, a maneira como aplica é ineficiente para desenvolver a compreensão adequada ao caso concreto. "O problema surge quando este elemento transcendental é reduzido à subjetividade e organizado de modo matemático- dedutivo a partir de sua lógica deôntica de proposições."

Assim, extraem-se do pensamento kelsiano as seguintes conclusões: norma tem característica semântica sendo configurada e sistematizada antes da problematização do caso concreto, integridade do direito, fortalecimento das estruturas formais e o prevalecimento do dogma da completude do ordenamento jurídico.

Bobbio diferente de Kelsen, admite a possibilidade de lacunas na lei e desenvolve um método para saná-las. Na ausência de normas deve-se observar os critérios de heterointegração que consiste na integração da norma extraída de ordenamentos jurídicos diversos e o critério de auto-integração de normas fontes internas, alternativas, nas quais estão presentes a analogia e os princípios gerais do direito.

Na concepção positivista o conceito de princípios concretiza-se a partir de três pressupostos, os quais serão efetivamente criticados na concepção pós-positivistas, assim seguem os três pressupostos apontados por Oliveira (2008c, p.51) ao tratar do conceito de princípios na visão positivista:

- 1) a radical separação entre direito e fato e, por conseguinte, a problemática relação entre universal e particular, o que implica a cisão entre teoria e metodologia jurídica, esta se volta para o momento aplicativo-operacional do direito, enquanto aquela tem lugar nos processos gnoseológicos de conhecimento da ordem jurídica; 2) um modelo de ciência jurídica que se pretende estruturar sob processos matemáticos de definição, organização e fundamentação; 3) uma imantação do Direito à lei, visto que, mesmos os elementos utilizados para suprir as lacunas (princípios gerais do direito),



depois que todos os recursos endógenos fracassaram, principalmente a analogia - são conhecidos indutivamente a partir da constatação de lacunas no sistema de regras positivas e depois reduzidos a axiomas que incorporam o sistema e são aplicados por dedução.

Os princípios gerais do direito possui na concepção positivista, uma baixa normatividade, sendo somente aplicados após o esgotamento de todas as vias de interpretação com a nítida função de colmatar lacunas. A preocupação em manter a unidade do ordenamento jurídico levaram os positivistas a sistematizarem métodos, critérios, para afirmar o império da lei relegando, o papel estruturante e direcionador dos princípios, que será abordado pelos pós-positivistas.

O sistema positivista é imperativo, fechado, formado exclusivamente por normas, sendo a decisão jurídica realizada através da mera subsunção da lei ao caso concreto. Na concepção positivista, os princípios são analisados para dirimir os espaços legislativos, sendo extraídos do próprio ordenamento a partir de uma interpretação que ignora a presença do homem (Ser) na construção do direito.

O conceito de princípios para concepção pós-positivista remonta a necessidade de superação do método positivista, e passa a direcionar o raciocínio jurídico a partir do caso concreto em uma autêntica interpretação criativa do direito. Para Amaral (2014f,p.67 e 68) os princípios pós-positivistas (princípios constitucionais), são chamados de princípios-problemáticos, pois são:

o ponto de partida do raciocínio jurídico é o caso, o problema concreto, e os princípios e as normas, o seu fundamento, e a decisão concreta, uma autônoma constituição normativa, tudo isso a caracterizar o pensamento jurídico como razão prática, e o direito como uma prática interpretativa criativa. Reabilita-se, assim, a filosofia prática, no campo do direito.

É na terceira concepção pós-positivista que os princípios adquirem normatividade e passam a ser chamados de princípios constitucionais em substituição aos *velhos* princípios gerais do direito. A corrente pós-positivista tem como intuito analisar o direito enquanto fundamento-validade e reduzir as mazelas deixadas pelo positivismo com a crescente complexidade das relações. Neves (2003a,p.104) acentua a mudança de paradigmas que opera da concepção positivista para a pós-positivista, e afirma que: "o problema deixava de ser apenas o da legitimidade (legitimidade política) da criação-constituição do direito, do direito lei [...], para ser um problema do fundamento-validade constitutiva do direito enquanto direito."



Os princípios constitucionais são oriundos do pós-guerra, cenário de uma Europa defasada com a queda do nazismo. Nesse período, os desafios eram: promover a reestruturação do Estado europeu e resguardar direitos fundamentais aos indivíduos, sem recorrer as leis do regime ditatorial. Para tanto, imprescindível traçar uma nova forma de interpretação do caso indo além da lei, para iniciar a investigação por uma compreensão do problema, em uma autêntica interdisciplinaridade entre regras e princípios constitucionais, os quais devem embasar a decisão judicial visando a melhor resposta a problemática. Para (OLIVEIRA, 2008d, p.59),

Isso tudo implica na afirmação de um direito (*ius*) distinto da lei (*lex*), ou seja, de um direito que se forma a partir de elementos normativos constitutivos diferentes da lei, o que é radicalmente novo desde a formação do direito moderno. Nesse sentido, a afirmação dos conceitos de "direitos fundamentais", das chamadas "cláusulas gerais", dos "enunciados abertos" e, evidentemente, dos princípios. Todos estes elementos - que como dissemos passam a ser constitutivos da normatividade - são reconhecidos independentemente da lei ou apesar dela.

As contribuições da hermenêutica como técnica de "compreensão do mundo histórico cultural em que se desenvolve o direito" (AMARAL, 2014g, p.53), são importantes para reforçar a finalidade dos princípios, que nesta esteira, são dotados de valores e apresentam-se como diretrizes para a interpretação, evitando assim, o aparecimento de lacunas legislativas.

Os princípios constitucionais são oriundos de um processo histórico civilizatório que não pode ser ignorado ou suprimido pelos operadores do direito, competindo a eles a adequação dos princípios aos casos "independentemente da lei ou apesar dela." (OLIVEIRA, 2008e,p.58). A interpretação a partir dos princípios constitucionais deve ser garantida aos casos não só porque estão inseridos no texto constitucional, mas porque fazem parte das conquistas históricas de um país não podendo ser desrespeitadas ou suprimidas sob pena de cometer ilegalidades e arbitrariedades.

É inegável que com a alteração na forma de interpretação dos problemas da realidade, as fundamentações das decisões também sofreram modificações. Na Alemanha a necessidade de repensar o sistema e dar aos casos a fundamentação capaz de resguardar os direitos fundamentais pode ser analisada a partir das contribuições da jurisprudência de valores, na qual "começa a ser construído, no continente, o significado pragmático - problemático de princípio" (OLIVEIRA,2008f, p. 60). Segundo a lição de Abboud, Carnio, Oliveira, (2014c, p. 286)



Do mesmo modo, que a nova perspectiva acerca da teoria das fontes do direito, a análise dos princípios constitucionais deve ser iniciada a partir de movimentos históricos que se seguem depois do fim da segunda guerra mundial são decisivos para o direito e para as teorias jurídicas que se desenvolvem no continente a partir de então.

Na tentativa de justificar as decisões por princípios e na intenção de que as mesmas não fossem discricionárias, imperioso mencionar abordagem realizada por Hart sobre os mal-entendidos que a interpretação proporciona ao intérprete. Embora, Hart seja adepto da teoria positivista, está colocado por nós na concepção pós-positivista para demonstrar como a distinção realizada entre regras e princípios influenciaram na teoria da argumentação jurídica de Alexy.

Para Hart, as regras (casos fáceis) e os princípios (casos difíceis) são interpretados após uma construção da linguagem jurídica, as regras seria o núcleo duro, estando localizadas em uma zona de penumbra que permite o juiz escolher qual regra deve prevalecer. Aos princípios (casos difíceis), Hart prevê a possibilidade do juiz criar um novo direito para o caso concreto. Hart defende exatamente o oposto que pretendemos nesta exposição, pois compreende-se que o direito preexistente e em vigor no ordenamento jurídico é capaz de justificar a tomada de decisão por princípios. Acredita-se que o intérprete após a compreensão de técnicas hermenêuticas e o conhecimento das disposições constitucionais, como por exemplo os princípios constitucionais, terá condições suficientes de dar a resposta correta a problemática.

Alexy na Teoria da Argumentação Jurídica, segue a separação entre regra e princípios e desenvolve o conceito de ponderação técnica utilizada na hipótese de colisão de princípios. Segundo esse autor, na ausência de normas, busca-se fundamentar as decisões por princípios, os quais serão analisados a partir de premissas escalonadas sendo que o preenchimento da primeira premissa exclui as demais. Em caso de colisão entre princípios de mesma importância realiza-se a sobreposição de um princípio pelo outro. Ressalta-se, que para esse autor, as regras seguem a técnica da subsunção e os princípios seguem a técnica da ponderação. "Somente diante do caso concreto é que será possível determinar a aplicação do princípio e a solução do eventual conflito, por meio de um procedimento - esse sim a priori - chamado ponderação." (ALEXY, 1989.p.90, apud OLIVEIRA,2008g,p.184).

Assim, Alexy acredita ser necessário a dicotomia entre regras e princípios proposta por Hart, porém acrescenta a ponderação como método de resolver a colisão de princípios certificando que a discricionariedade das decisões estaria resolvida, sendo impossível o aparecimento de lacunas.

Os apontamentos realizados por Alexy, são ineficazes para resolver o problema da discricionariedade na arte de interpretar por princípios. Nesse sentido, a lição de STRECK

(2014a,p.245):

Não é difícil perceber, portanto, a cisão entre aplicação e fundamentação (descoberta e justificação). Ou seja, para Alexy, a aplicação se dá em processos de justificação interna e externa. Na justificação interna, Alexy, em uma clássica postura lógico-analítica, retoma, paradoxalmente, o modelo subsuntivo, "suficiente "para os casos fácies e outras formas corretivas para casos difíceis.

O conceito de princípios desenvolvidos por Hart e Alexy, são ambíguos, abstratos, autênticos mandados de otimização, sendo insuficientes para solucionar as indagações do pós-guerra. Ao analisar os princípios como mandados de otimização, retorna-se ao paradigma da filosofia da consciência, operando conceitos como: separação entre sujeito e objeto, norma jurídica como conceito semântico, métodos de subsunção para regras, esquecendo de mencionar o mais importante, a participação do intérprete no acontecer hermenêutico.

Hart e Alexy ao tratar o conceito de princípios, não utilizam a nomenclatura princípios gerais do direito, mas as características apresentadas por eles, como o método lógico dedutivo, não deixam dúvidas que são os princípios gerais do direito. Ao suprir a ausência de lei de acordo como a proposta dos dois doutrinadores, é inevitável que decisões arbitrárias ocorram, sendo necessário uma nova abordagem de princípios.

Dworkin diferentemente de Hart e Alexy, preocupa-se com a interpretação prática do caso e com integralidade do Direito, no intuito de desenvolver "uma teoria construtivista, edificada a partir da descoberta de que o direito é um fenômeno interpretativo [...] [que] depende de uma leitura moral. (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014d, p. 328).

Para Dworkin as regras e os princípios exercem um relevante papel na fundamentação das decisões aniquilando qualquer possibilidade de lacunas legislativas. As regras para Dworkin são aplicadas no "tudo ou nada" e analisadas sobre o prisma da validade. Regras de um mesmo sistema todas válidas, serão elegidas em virtude da importância maior que exercem na resolução do caso concreto. Na hipótese de conflitos entre regras a conclusão que o direito norte-americano traz para solucionar o impasse são duas:

[...] regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica [...]. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. (DWORKIN, 2002, p. 43).

No presente artigo atentaremos somente para as contribuições de Dworkin no tocante a possibilidade de interpretação por princípios, que segundo este autor, estão vinculados a



questão do peso (representado pela força e pela capacidade que exerce na fundamentação) e pelo grau de importância que os princípios exercem na criação do direito e no embasamento da decisão judicial. Importante mencionar, que os princípios para Dworkin não estão sintetizados "em um texto ou enunciado emanado de um precedente, lei ou mesmo da Constituição, mas um argumento que remete à totalidade referencial dos significados destes instrumentos jurídicos." (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014e, p. 436), sendo impossível distinguir princípios de ordem moral dos princípios sociais.

Em Dworkin a fundamentação das decisões judiciais deve ser coerente com a história jurídica da comunidade e respeitar princípios por ela elegidos, sendo inadmissível a exclusão de um princípio pelo outro como afirma Alexy com a técnica da ponderação. Oliveira (2008,h, p. 177-178) salienta a dimensão do conceito de princípios na obra de Dworkin:

A aplicação por princípios não pode significar a exclusão de outro princípio, mas eles precisam ser pensados segundo os postulados a equidade e da integridade. Ou seja, um princípio nunca é isoladamente, mas sempre se manifesta no interior de uma comum-unidade.

Na concepção de Dworkin em uma regra sempre há a presença de um princípio informador e integrador do ordenamento que não pode ser desrespeitado. Assim, podemos extrair das lições de Dworkin, que: os princípios exercem um papel fundamental no sistema jurídico sendo considerado fonte inesgotável e criadora do direito, e que os princípios compõem independentemente de sua classificação ser estruturante ou epistemológica, a moral da comunidade.

Para os pós-positivistas na linha aqui defendida, o contexto histórico de reinserção dos princípios no texto constitucional, já legitima a superioridade dos princípios sobre as regras, não sendo necessário detectar a ausência de regras para chegar a um princípio constitucional. Os princípios constitucionais sempre devem ser buscados na resolução dos casos concretos independentemente da existência de uma regra, pois são vetores de orientação da interpretação, que adquiriram esse status após um processo histórico constitucional que não pode ser reduzido ou ignorado.

A interpretação na concepção pós-positivista, está vinculada a compreensão do caso concreto em sintonia com outros ordenamentos, súmulas, jurisprudências, leis, princípios constitucionais e precedentes judiciais, todos em busca da resposta correta para a problemática apresentada. Nesse sentido, é a posição de Amaral (2014h,p. 63):



A realização do direito consistiria, assim, em um processo intelectual que, de modo dedutivo e indutivo, e por meio de uma interpretação criativa, elaborasse a norma adequada à solução do problema, não se distinguindo, portanto, o ato de criar do ato de aplicar o direito. O processo interpretativo seria um só, e criador da norma jurídica para o caso concreto.

A tarefa do intérprete torna-se mais complexa com a abertura proporcionada pelos princípios na visão pós-positivista, exigindo dos operadores do direito conhecimento da hermenêutica, além do saber jurídico necessário a demanda.

O Direito não é algo acabado e imutável, está em constante construção para adequar a realidade social e desigual de forma eficaz. "Dessa forma, os juízes são colocados perante tarefas de indagação de métodos racionais de conhecimento de valores, a partir da problemática oferecida pelo caso que será julgado (...)" (OLIVEIRA, 2008i, p. 63).

Em apertada síntese, destaca-se as principais características do pós-positivismo: preocupação com caso concreto direcionando a interpretação para o problema, utilização da retórica e argumento em detrimento da subsunção da lei, impossibilidade de cisão entre sujeito e objeto, o que aproxima o conceito de direito e moral, a relevância do intérprete na resolução de conflitos e na interpretação adequada ao caso concreto, o direito visto como prática criativa estando em constante evolução na sociedade.

É na intenção de mostrar a superioridade dos princípios constitucionais em uma sociedade desigual, que faremos uma abordagem hermenêutica do conceito de princípios constitucionais na finalidade de que eles possam alcançar a resposta correta em um sistema aberto sob o império da Constituição Federal.

Seguiremos neste artigo, a noção de integralidade do Direito proposto por Dworkin, porém sob o prisma constitucional, mostrando que os princípios constitucionais devidamente interpretados na solução da problemática realizará o perfeito fechamento hermenêutico constitucional, impedindo o surgimento de lacunas. Assim, o paradigma pós-positivista analisará três pontos fundamentais, segundo Abboud, Carnio, Oliveira, (2014f, p. 338):

(a) a diferença entre texto e norma; (b) interpretação do direito deixa de ser ato revelador da vontade da lei ou do legislador, (c) a sentença deixa de ser processo silogístico: ou seja, as questões jurídicas não podem mais ser aplicadas por subsunção.

Para finalizar a abordagem pós-positivista, esclarece-se que os princípios gerais do direito inseridos no 4º da LINDB, não foram recepcionados pelo texto constitucional, pois trata-se de norma positivista que foi regulamentada por Decreto-Lei anterior a Constituição Federal



de 1988. Importante destacar, que os princípios após a Constituição Federal de 1988 adquire normatividade e superioridade frente as leis, as jurisprudências, súmulas e precedentes judiciais, sendo inadmissível sua aplicação somente na ausência de leis e após exauridos as outras técnicas de integração legislativas como costumes e analogias. Qualquer interpretação que não obedeça dispositivos constitucionais padece de vícios devendo ser declarada inconstitucional. "Assim, resumindo a discussão, não existem lacunas técnicas, sendo todas elas hermenêuticas." (STRECK, 2014b,p.156).

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A HERMÊNUTICA FILOSÓFICA NA BUSCA PELA RESPOSTA CORRETA

Intenta-se com a abordagem hermenêutica do conceito de princípios analisar a importância do intérprete e da linguagem no ato de interpretar. A modificação do Ter para o Ser operada primeiramente no âmbito filosófico influenciou o Direito e a relação do intérprete com o caso concreto na busca pela resposta correta.

No Brasil, a mudança para o Ser pode ser sentida após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a reinserção dos princípios constitucionais que asseguram direitos fundamentais aos indivíduos. Ocorre que, em países como o Brasil, de modernidade tardia, a Constituição Federal que deveria exercer o seu caráter compromissório e assim reduzir as desigualdades sociais existentes, não possui entre os operadores do direito, entre governantes e entre a população força vinculante capaz de cumprir com a sua finalidade. O resultado da baixa efetividade do texto constitucional, são as inúmeras leis, decretos, portarias, súmulas e jurisprudências, gerando uma inflação legislativa. Atenta-se que ao lado desses inúmeros mecanismos legislativos ainda sim os intérpretes deparam com a ausência de normas para fundamentar as decisões, o que abre margem para afirmar a existência de lacunas.

A proposta do artigo é mostrar de que forma a hermenêutica filosófica contribui para construção do direito sendo eficazes na eliminação de lacunas e na fundamentação das decisões, bem como destacar a relevância dos princípios constitucionais na interpretação do caso concreto.

Em princípio, a hermenêutica era analisada como método no intuito de auxiliar a interpretação e compreensão de textos. Nesse sentido, que Schleiermacher agrega ao conceito de hermenêutica o intérprete em um autêntico movimento circular chamado círculo hermenêutico, que consiste na movimentação do intérprete "do todo para parte e da parte para



o todo, de modo a apurar sua compreensão a cada movimentação efetuada." (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014g, p. 393), na finalidade de sanar os mal-entendidos da interpretação de textos. Schleiermacher ao tratar do círculo hermenêutico reafirma a supremacia do método universal procedimental e justifica que o sentido original do texto estaria preservado na interpretação e na compreensão que o intérprete imprimiu.

As contribuições de Heidegger serão relevantes para: romper com dogmas metafísicos que separa sujeito do objeto e para dar sentido ao Ser (homem) dentro do círculo hermenêutico, proporcionando uma interpretação filosófica prática que independe de método pré-estabelecido. Para tanto, são imprescindíveis destacar os conceitos de linguagem, faticidade, do Ser, do Ser-aí, Ser-no-mundo para compreender a ruptura do pensamento pretendida por Heidegger e analisar de que forma a linguagem contribui para o Direito na concepção pós-positivista.

Primeiramente Heidegger percebe que a "compreensão do ser é algo inerente à condição humana, que deste de sempre nós acompanha, ainda que dela não necessariamente estejamos conscientes."(ABBOUD, 2014a, p. 60). Para que o Ser compreenda algo é necessário o vínculo com a linguagem que neste sentido, engloba o aspecto técnico e prático.

A junção entre o Ser que compreende o Ente, ao fazer o uso da linguagem para afirmar o que realmente é, compõem o que Heidegger chama de giro linguístico-ontológico. Assim, significado da linguagem na hermenêutica filosofia "[...] aparece a partir dos contextos históricos-concretos, a partir do qual estão envolvidos o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido."(ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014h, p. 406).

Apesar da inserção da linguagem estar vinculada a hermenêutica filosofia, é possível transpor o conceito para o Direito na finalidade de justificar as decisões e evitar arbitrariedades. Segundo Neves, (1993b,p. 90), o direito é visto como linguagem

[...] e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito é-o numa linguagem e como linguagem - propõe-se sê-lo numa linguagem (nas classificações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é.

Para José Lamego (1990,apud ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014i, p.416-417), as revoluções descritas pela linguagem, pelo fundamento e pela ontologia, é percebida no Direito no fenômeno por ele chamado de "acesso hermenêutico ao Direito". É neste sentido, que aproxima-se a interpretação por princípios constitucionais a qual será construída na finalidade de realizar o perfeito fechamento hermenêutico defendido por Streck.



Nesta esteira, necessário o conhecimento dos conceitos empregados por Heidegger para a abordagem da hermenêutica filosófica. *Ente* é o homem desprovido de conhecimento, um nada para interpretação. A medida que o *Ente* compreende as adversidades e a linguagem, interpreta e adquire conhecimento dando sentido ao *Ser*. Por sua vez, o *Ser* é o homem que apropria-se da linguagem inserido na faticidade considerada por Heidegger como existência. Se antes o *Ser* era desprovido de sentido, em Heidegger ele exerce um papel fundamental na compreensão e interpretação que não pode ser olvidado pelo Ser-aí que é o que o homem e o seu passado.

Com Heidegger percebe-se uma revolução: de ontologia das coisas dirigida ao Ente e não ao Ser para uma ontologia partindo do homem incluído na problemática ontológica, transformando o pensamento filosófico em uma ontologia da compreensão.

Segundo Heidegger o privilégio do homem está em: "[...] termos a "memória do ser", ou seja: temos um privilégio ôntico - entre todos os entes apenas nós existimos; e um privilégio ontológico - de todos os entes somos os únicos que, em seu modo-de-ser, compreende o ser." (STRECK, 2014c, p.272).

Linguagem e compreensão são fatores compilados essenciais na análise pós-positivista, pois integram o processo interpretativo construtivo do Direito a ser desenvolvido a partir da problemática, na finalidade de dar a resposta correta a decisão. Assim:

[...] a hermenêutica deixa de ser uma técnica interpretativa ou uma ferramenta metodológica disponível para determinação da correta interpretação da legislação e passa a ser encarada como um modo de ser daquele que compreende o direito, a linguagem passa a ser constituinte e constituidora do mundo do homem" (MAXIMILIANO, STRECK, apud ABOUD, 2014b, p.62).

Ao compreender o Ser e as complexidades do mundo, Heidegger permite irmos além da interpretação positivista, que diferencia sujeito do objeto, que separa interpretação da compreensão, que desconsidera o caso concreto no ato de interpretar, para adentrarmos em um círculo hermenêutico filosófico-ontológico voltado ao intérprete e ao caso concreto.

Encerra-se com Heidegger a crença de que primeiro interpretamos através do método para depois compreender. Com Heidegger e a fenomenológica realizada pela analítica existencial compreendemos para interpretar. Interpretar é elaborar as possibilidades projetadas na compreensão interpretar conforme Streck afirma já é aplicar.



Hans-Georg Gadamer complementa o pensamento de Heidegger e afirma a importância de pensar historicamente o processo hermenêutico. A historicidade que Gadamer propõe "não é fruto de uma interpretação absoluta, mas sim o resultado de um compreender-se na experiência da finitude que caracteriza, desde Heidegger, as estruturas existenciais do Dasein." (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014j, p. 418).

Para Gadamer a linguagem é o meio de sustentação do direito, e maneira de adquirir conhecimento a partir do sentido do Ser e do mundo, que já está na linguagem. O autor constrói a hermenêutica filosófica e coloca o fator tempo favorável a compreensão porque precisamos do distanciamento temporal para analisar criticamente o prejuízo que para ele constitui o mecanismo hábil para compreensão.

Gadamer exorciza definitivamente a possibilidade da interpretação do texto ocorrer por frases ou etapas do texto, conforme acreditavam os hermeneutas clássicos, para ele só é possível compreender a partir de uma totalidade do texto, na qual não haja fragmentação do pensamento do autor. Nesse sentido, a hermenêutica toma por fundamento o fato de que a linguagem nos remete tanto para além dela mesma, como para além da expressividade que ela representa." (GADAMER, 2004, 209).

A partir de Gadamer acrescenta-se o conceito de um agir mediador através da experiência da arte, da história e da linguagem. Compreensão é adquirida após o compreender o todo, conceito que aproxima da integridade do Direito defendida por Dworkin.

Streck (2014d,p.344) seguindo o pensamento de Gadamer afirma a impossibilidade de separar o fenômeno interpretativo da análise, pois não há como "isolar a pré-compreensão, que desde de sempre está conosco. Há um compreender que se antecipa e sobre o qual não há regramento. Interpretar e aplicar são coisas incindíveis."

Deve-se ter em mente, que o contexto histórico não pode ser ignorado no momento da compreensão e interpretação, e que cabe ao intérprete realizar a análise do caso concreto a partir da Constituição Federal em uma autêntica interdisciplinaridade entre normas e princípios, visando sempre uma finalidade social na fundamentação das decisões.

Para compreender o caso concreto, além da interpretação dos códigos, de decretos como é a LINDB, jurisprudência, súmulas e precedentes judiciais, deve-se atentar pela compreensão dos preceitos constitucionais, e entender que o início e o limite da interpretação está na própria Constituição Federal que foi promulgada sob égide do Estado Democrático de Direito.

Fundamentar decisões por princípios constitucionais é romper com a tradição positivista, é voltar o olhar para o Ser, na tentativa de dar soluções as novas demandas da



sociedade sem que para isso, seja necessário a elaboração de leis, quando já temos no texto constitucional fundamentação necessária para a problemática.

Segundo GADAMER apud ABOUD, 2016, p. 77a:

[...] o jurista não se torna um ser histórico apenas quando se desdobra sobre o produto da cultura no estudo da disciplina "histórica", mas, mesmo quando efetua uma interpretação no nível de um campo, como é o direito, ali também operam com ele os efeitos da história.

Os princípios constitucionais possuem elementos que transcendem a pura objetividade em direção a um contexto coerente chamado por Streck (2014e, p.100), de "alargamento do espaço da jurisdição constitucional" que não pode ser ignorado na fundamentação das decisões.

Por fim, Oliveira (2008j, p.205) afirma que: "[...] toda reflexão sobre o conceito de princípios e as possibilidades de sua determinação precisam atentar ao fato de que eles são construídos no interior de uma comunidade histórica que desde de sempre é compreendida antecipadamente na historicidade do ser -aí."

Para que a Constituição Federal de 1988, consiga cumprir com as promessas das modernidade é necessário a participação do intérprete e de todos os cidadãos brasileiros, pois a responsabilidade em assegurar e garantir os direitos fundamentais, é de todos. Com a hermenêutica apresentada por Heidegger e Gadamer é possível intensificar e vincular dispositivos constitucionais a abordagem dos casos concretos, sendo completamente aceitável e justificável a interpretação baseada em princípios constitucionais, que impedirá o surgimento de lacunas. Assim, com a abordagem dos princípios na concepção pós-positivista realizando o fechamento hermenêutico, resta evidente, a não-recepção dos princípios gerais do direito previsto no Art. 4º da LINDB.

CONCLUSÃO

Por todo aludido, restou provado no presente artigo que o conceito de princípios foi no decorrer da história, substancialmente modificado após o implemento/restabelecimento do Estado Constitucional Democrático. De princípios jusnaturalistas, passamos para princípios positivistas encontrando-se nesta concepção o conceito de princípios gerais do direito como técnica de colmatação de lacunas e integração de normas, para adentrarmos nos princípios pós-positivistas conhecidos como princípios problemáticos ou princípios constitucionais.



A ruptura que a concepção pós-positivista impõem transpõem o Direito, sendo justificada no artigo a partir da análise hermenêutica de Heidegger e Gadamer. É a compreensão do Ser, da linguagem que antecede a interpretação, inserida no mundo que possibilita afirmar a união entre sujeito (homem) e o fato (caso concreto), reafirmando na sistematização do pensamento que primeiro compreendemos para depois interpretar. Ao compreender não estamos isentos de justificar nossas decisões, temos a linguagem que antecede e que permite o caminhar em prol da Constituição ou em favor dela.

Ao analisar os princípios constitucionais à luz da filosofia e da hermenêutica fica evidente a ausência de lacunas e a superioridade dos princípios constitucionais, os quais após uma abordagem hermenêutica partindo do caso concreto permite que os intérpretes alcancem a resposta correta e justifiquem assim suas decisões ressaltando a força normativa do texto constitucional.

Ao interpretar os princípios conforme a Constituição e considerando o Direito como uma criação hermenêutica, prova-se a não recepção dos princípios gerais do direito tipificado pelo art.4º da LINDB.

REFERÊNCIAS

ABOUD, CARMO, OLIVEIRA, Georges, Henrique Garbelline, Rafael Tomaz. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____, **Discrecionabilidade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____, **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto Global da Crise da Filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

_____; **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra ed., 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



- FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. 36ª ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Paz e Terra, 2014.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Trad. Enio Paulo Giachini. 2ªed.Petrópolis:Vozes,2004.vol.II.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962, v.1 e v.2.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio. A hermenêutica e a (in) determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____,. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11ª ed. São Paulo, 2014.