

PRINCÍPIOS: A NECESSIDADE DA COMPREENSÃO DA FUNÇÃO NORMATIVA (COERÊNCIA NA SUA APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO)

Thereza Christina Nahas*

Várias são as propostas para se definir o que é um princípio. Sua evolução passa por três escolas que partem desde sua absoluta falta de importância até sua consideração como espécie de norma jurídica ao lado das regras, e passíveis de aplicação imediata pelo intérprete. Historicamente constatamos três fases quanto à matéria, quais sejam: (a) *jusnaturalista*, em que os princípios não possuíam qualquer grau de normatividade e que vai até o período da Escola Histórica do Direito quando a dogmática cede lugar aos positivistas; (b) *positivista*, caracterizado pelo período em que os princípios ingressam nos códigos com a função de servirem de válvulas de segurança, isto é, utilizados como critérios de interpretação para provocar a extensão da lei e eliminar o vazio do legislativo. Sendo assim, ingressam nas codificações os princípios gerais do Direito, que acaba por gerar a polêmica sobre se são ou não normas. Para Bobbio, os princípios gerais são “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais (...), os princípios gerais são pura e simplesmente normas mais gerais; (...) são normas fundamentais ou normas de base do sistema ou traves mestras, como se tem dito metafóricamente, na acepção de que sem eles o sistema não poderia subsistir como ordenamento efetivo das relações de vida e de uma determinada sociedade; (...) são normas diretivas ou princípios gerais; (...) são normas indefinidas e (...) são normas indiretas”¹.

* Juíza do Trabalho Titular da 61ª Vara do Trabalho de São Paulo; Mestre e Doutora pela PUC/SP; Máster e Doutoranda em Direito Social pela Universidade Castilla de la Mancha (Espanha); Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Lisboa (Portugal); Professora Universitária em Prática Trabalhista na Fundação Álvares Penteado; Professora de Cursos de Pós-Graduação no COGEA/PUC e FGV/Law-SP; Professora no Curso de Mestrado da UNIVEM – Marília (SP).

1 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 264.

A última fase, (c) *pós-positivista*, trata, definitivamente, dos princípios como *Direito*. Dworkin², defensor e precursor desta Escola, deu um golpe mortal naquelas outras fases que antecederam ao positivismo. A finalidade do seu estudo se deu principalmente no modo aberto com que ele sustentou que seria a definição e aplicação dos princípios. Segundo se posiciona, “as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all or nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida, e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso da colisão de regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser cogitados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”³.

Alexy, depurando ainda mais a teoria de Dworkin, propõe a distinção necessária entre regras e princípios sustentando ser a “coluna mestra do edifício da teoria dos direitos fundamentais”⁴. *Regras e princípios* são reunidos sob a espécie de *norma*.

Canotilho⁵ propõe os seguintes critérios diferenciadores para distinguir regra e princípio, espécies estas do superconceito norma:

a) *grau de abstração* = os princípios possuem abstração elevada, enquanto as regras, abstração reduzida. As regras existem para as situações exatas que regulamentam e não admitem extensão de sua aplicação. Daí a generalidade daqueles ser elevada e, destas, reduzida.

b) *grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto* = princípios necessitam de mediações concretizadoras, do legislador, do juiz. As regras não reclamam tais interpretações, pois são aplicáveis ao caso que regulam.

c) *caráter de fundamentalidade no sistema* = os princípios informam todo o sistema, as regras são específicas à situação jurídica posta que objetivam regular.

2 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London, 6. tir. Duckworth, 1991), *The model of Rules* (University Chicago Law Review 35/14 e ss., 1967) e *The Philosophy of Law* (Oxford University Press, 1977).

3 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36.

4 Robert Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85.

5 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1.034-1.035.

d) *proximidade da ideia de Direito* = os princípios são vinculantes de todo o sistema, enquanto as regras podem ter conteúdo meramente funcional.

e) *natureza normogênética* = os princípios são a razão das regras e estão presentes desde o nascimento delas.

Havendo colisão de regras, somente é possível resolver a questão se em uma delas houver sido introduzida uma cláusula de exceção, ou se houver a declaração de invalidade de uma delas. Quanto a eventual colisão entre princípios, não haverá a invalidação de nenhum deles, mas sim o de maior peso deve prevalecer, a solução vai além da dimensão de validade.

Colocação muito oportuna feita por Bonavides nos dá conta de que “os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. E graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”⁶.

Toda a discussão e estudos sobre os princípios têm início após as duas grandes guerras e em razão da constitucionalização dos direitos humanos e aplicação dos princípios. Necessário se faz criar mecanismos que possam coibir e impedir abusos causados pelo próprio Estado. Era necessária a contenção e a valorização do ser humano assim como tal. Daí as Constituições democráticas serem assentadas em dois grandes princípios. O primeiro se traduz pelo princípio negação do arbítrio, que se expressa através dos princípios (a) da racionalidade; (b) do devido processo legal; e (c) da proporcionalidade, que concernem ao uso da razão, da aplicação da proporção entre coisas e suas causas. Necessário se faz a compreensão de como as coisas são e estabelecer a seu respeito o consenso interpretativo. O bom senso faz-se imprescindível, e o melhor esclarecimento de tudo quanto ao que é possível.

O segundo diz respeito ao princípio da inviolabilidade da pessoa humana, integrante da Declaração Universal de Direito Humanos de 1948, que tem como valores básicos a segurança, liberdade e vida. O poder governamental é limitado e deve servir à preservação e garantia daqueles valores, necessários à realização da dignidade da pessoa humana. As liberdades fundamentais são anteriores à existência do próprio Governo e são condições para a positividade. Cria-se o Governo e se viabiliza a existência do Estado para que os direitos fundamentais sejam assegurados.

Sérgio Sérvulo da Cunha⁷ nos oferece a seguinte classificação dos princípios Constitucionais: (a) princípios do sistema constitucional, que podem

6 Op. cit., p. 288.

7 *Princípios Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 97 e ss.

ser referidos na Constituição ou nela implicados. Sob o ponto de vista da natureza divide-os em (i) fundantes; (ii) estruturantes; e (iii) estruturais; (b) princípios de interpretação constitucional e (c) princípios de projeção constitucional.

Os *princípios fundantes* servem para evitar o choque do sistema; sob eles se alicerça a própria Constituição e decorrem da soberania popular. Neles estão contidos os princípios democráticos, republicano, liberal, da isonomia e da segurança. Os estruturantes concernem ao cerne da Constituição e estão relacionados às cláusulas pétreas. Os estruturais são relacionados a fatores externos à Constituição, mas fazem parte dela, como ocorre com os princípios sociais e o pluralismo.

A *interpretação constitucional* refere-se às funções dos princípios e à sua eficácia, ou seja, como aquela função será exercida. É necessário se interpretar uma disposição antes de aplicá-la; saber o real sentido do que quer dizer.

A projeção constitucional, consoante ensina aquele autor, “vai além da eficácia: inclui-se no processo de efetivação da Constituição e tem início a partir do princípio da constitucionalidade. A chamada ‘força normativa da Constituição’ decorre primeiramente das suas funções (...). Dizer que o sistema da Constituição é o corpo lógico, formado pelos elementos e pela estrutura do texto e operante segundo suas funções, significa que à existência da Constituição não basta a existência do seu texto: não se satisfazem em permanecer dentro dele, a estrutura constitucional projeta-se para fora de si mesma, empenhando-se na edificação do governo e da sociedade”⁸.

A Constituição é formal do ponto de vista do seu texto; é material aquela vigente e efetivamente aplicada na sociedade.

Esta projeção constitucional leva ao encontro de uma outra face, isto é, aquilo que se denomina de processo constitucional, o qual, quando analisado em sentido lato, compreende as relações sociais de poder, as quais vão além do estudo do processo como um simples procedimento ou meio para se alcançar um resposta estatal ao conflito de interesses, mas “corresponde ao fluxo da realidade social, econômica, política e cultural da nação”⁹.

Assim, o princípio do devido processo legal, inserido no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, é o princípio da negação do arbítrio em que o Estado

8 Op. cit., p. 223-224.

9 Op. cit., p. 244.

deve assegurar a todos um processo, um instrumento que seja legal, legítimo e que seja devido. Desta forma há que se garantir o acesso ao Judiciário, garantindo-se a forma e meios de fazê-lo, e assegurando que seus resultados serão realizados.

Não basta ainda que sejam inseridos na Carta Constitucional o rol de direitos fundamentais, mas a Constituição traz ainda as garantias de tutela desses direitos, o que é feito por ações constitucionais (mandado de segurança, individual e coletivo; *habeas corpus*; *habeas data*; mandado de injunção; ação civil pública e ação popular).

A fim de garantir a integralidade da Constituição, o Estado deve fazer o controle da constitucionalidade da lei ou ato normativo, sendo aí o lugar em que se identifica o princípio da reserva do possível. Tal princípio se refere à possibilidade de se aplicar um texto que seja suficientemente claro e de consequências possíveis e convenientes. Tal controle é feito pelo Supremo Tribunal Federal através dos instrumentos que a própria Constituição lhe deu, que são a ação de declaração de constitucionalidade, de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

As ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade por ação ou omissão servem à tutela da ordem jurídica objetiva.

Consiste a arguição de descumprimento de preceito fundamental “a interpretação que fazem representantes do Poder Público de um conjunto normativo, podendo aí ser incluídas regras constitucionais ou não, e princípios explícitos ou implícitos (...) o preceito será tido como ‘fundamental’ em razão do vínculo que se pode estabelecer entre ele e a ‘fórmula política’ adotada na Constituição”¹⁰.

Foi ainda mais longe o legislador, criando um instrumento destinado a combater a inércia do Legislativo, qual seja, o mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI. Importa ressaltar que a omissão legislativa pode acarretar, e muitas vezes o faz, a violação a direitos fundamentais e princípios que são assegurados constitucionalmente, tornando-se a inoperância estatal uma grave infração ao dever que é imposto ao Estado de garantir a segurança e a ordem interna. Constitui um duro golpe à democracia e, conseqüentemente, um enfraquecimento do Estado.

10 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007. p. 232.

DOUTRINA

Alinham-se, ainda, ao lado daquelas ações, as ações de mandado de segurança individual e coletivo; *habeas corpus*, *habeas data*, ação popular e ação civil pública, os instrumentos destinados à defesa de direitos subjetivos.

Não nos cumpre nos limites deste trabalho analisar cada uma das medidas processuais constitucionais que são postas à disposição da sociedade, de forma individual ou coletiva. O que releva ressaltar é que há, no âmbito constitucional processual, instrumentos suficientes e idôneos a suprir a omissão legislativa e fazer com que o Estado cumpra e execute as funções que se propôs a fazer e que constitui um dos princípios fundantes da Constituição.

O Título I da Constituição Federal dispõe, em seu art. 1º, que o Brasil é uma República Federativa submetida ao regime democrático e que tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.

Está a República democrática nacional sujeita à divisão de Poderes que são harmônicos e independentes entre si, o Executivo, o Judiciário e o Legislativo. A cada um deles, o legislador constitucional traçou atribuições e competências diversas, num grau de equilíbrio que garante a independência e imparcialidade de cada um dos Poderes que deverão agir de acordo com as normas e princípios traçados na Constituição, visando sempre ao bem comum, à sociedade justa, segura e na qual todos possam viver com dignidade.

Quando o Poder Judiciário conhece e julga uma questão, o faz dentro de sua função típica. O raciocínio lógico que utiliza pauta-se na subsunção do caso concreto à hipótese fática prevista e pensada no ordenamento jurídico positivado.

Todavia, algumas questões carecem de norma própria e de solução previamente disposta. Daí prever o legislador, na Lei de Introdução ao Código Civil, que, nestes casos, o juiz não poderá se omitir de julgar e poderá fazê-lo com fundamento na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito.

Hodiernamente, apontam-se inúmeras omissões legislativas, o que, inquestionavelmente, causa a violação às normas constitucionais e a inoperância de direitos considerados vitais para a sociedade. Tais omissões, no tocante à

área trabalhista, referem-se, principalmente, à inércia legislativa em promover uma séria reforma a CLT que, assentada no modelo da relação de trabalho de 1943, não consegue tutelar de forma adequada as novas relações, provocando, inclusive, no âmbito processual, procedimentos dos mais diversos, dentro, muitas vezes, de uma mesma comarca territorial. Há ainda a necessidade de se regulamentar matérias que, inquestionavelmente, acabam por frustrar direitos mínimos do trabalhador e, por via de consequência, mutilam o princípio dos valores sociais do trabalho. Observamos, por exemplo, que a atendente de *telemarketing* e o adicional de penosidade não têm regulamentação própria, assim como o trabalhador semidependente que vive à margem da legislação. Lembremos, ainda, que a terceirização de mão de obra, um dos negócios jurídicos que mais se realiza entre empresas com reflexos profundos nas relações de trabalho e emprego, é *regida* pela Súmula nº 331 no C. TST.

O que, no entanto, merece reflexão é saber qual o limite para se criar norma onde o legislador se omitiu e qual seria (se é que há) o limite à atividade criativa do juiz.

O fato de o Judiciário vir desempenhando o papel ativo nos casos em que é chamado a se manifestar tem gerado críticas e elogios. Nos últimos tempos, o Supremo Tribunal Federal vem sendo chamado a decidir casos de grande repercussão e para os quais não há solução posta no Direito Positivo. Como lembra Luís Roberto Barroso, “em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade”¹¹.

A chamada judicialização das decisões ocorre em razão de três grandes fatores¹². O primeiro em razão da abertura constitucional e a redemocratização do Estado Nacional, que tem como marco a Constituição Federal de 1988 (chamada de Constitucional Democrática e que firma o tempo da democracia em nosso País). O segundo, denominado constitucionalização abrangente, concerne ao fato de haver um grande número de matérias que foram constitucionalizadas, o que antes era deixado para o processo infraconstitucional. A última causa se deve ao controle de constitucionalidade: “Referido como

11 *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 29 mar. 2009.

12 *Ibidem*.

híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF¹³.

Paralelo ao fenômeno da judicialização há o do ativismo judicial. A fim de traçar a diferença a estes dois institutos, socorremo-nos, novamente, de Luís Roberto Barroso, que, a nosso ver, é um dos estudiosos que melhor trata do tema. Diz o jurista: “a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política (...). Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”¹⁴.

Observe-se que a possibilidade aberta pelo ativismo da maior participação do Judiciário em espaços que deveriam ser preenchidos por ação legislativa,

13 Ibidem.

14 Ibidem.

leva a uma importante meditação, qual seja, a de saber se há limites ou critérios para que os órgãos judiciais apliquem diretamente os princípios constitucionais para solução de casos não regulados e nos quais o Poder Legislativo se mantém inerte em tomar uma posição.

Dois principais e atuais situações jurídicas chegaram ao Judiciário Trabalhista e trouxeram polêmica acerca da posição do Judiciário na decisão de questões. Uma se refere à aplicação da Súmula Vinculante nº 4, que trata da desvinculação do salário mínimo e que, em razão da sua publicação, originou a Medida Cautelar em Reclamação junto ao STF que, por sua vez, decidiu por suspender a Súmula nº 228 do TST. A segunda, no que concerne às dispensas coletivas e que gerou sentença normativa em que se *regulamentou* a dispensa coletiva, inclusive prevendo critérios e soluções para casos em que a dispensa houvesse¹⁵.

Entendemos que a Constituição Federal, não obstante tenha previsto o controle concentrado de inconstitucionalidade, não conferiu ao juiz singular o poder de preencher a lacuna legislativa criando o direito a ser aplicável ao caso concreto que está julgando. É certo que a função normativa dos princípios refere-se ao processo de preenchimento de lacunas e que a Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que o juiz não se omitirá de julgar, sendo-lhe lícito valer-se dos princípios gerais de direito, os quais, no regime atual, pode-se dizer que estão inseridos na Carta Constitucional¹⁶. Todavia, a aplicação e interpretação de princípios para a normatização de uma situação não prevista ou não regulada, mas que é conexa a um direito fundamental assegurado pela Constituição, deve pautar-se em critérios que são previstos na norma constitucional sem divorciá-los dos princípios fundantes daquela Carta.

Sendo assim, não nos parece seja admissível que juízes singulares ou órgãos regionais colegiados possam investir-se do papel de criadores da lei ou regra reguladora de uma situação jurídica. O que se admite é a declaração e reconhecimento de inconstitucionalidade de regra, sem que isso autorize o intérprete a criar a solução a ser aplicável ao caso posto.

Admitir-se que juízos de primeiro grau de jurisdição, em situações de omissão legislativa, em nome da necessidade de se tutelar direitos fundamentais, decidam determinada questão e lhe dêem a solução pela aplicação de um princípio que entende regular a matéria, é violar, na verdade, o princípio

15 Proc. TRT/Campinas 15ª R. nº 00309-2009-000-15-00-4 Dc e Proc. TRT/SP 2ª R. – SDC nº 20281.2008.000.02.00-1.

16 BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 274 e ss.

democrático, pois como já referimos, a República Federativa do Brasil é constituída por três Poderes harmônicos e independentes entre si (arts. 1º e 2º, CF) e que possuem funções específicas e típicas.

No que concerne ao Poder Legislativo, Alexandre de Moraes salienta que suas funções típicas são “legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância (...) se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro lado, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70)”¹⁷. A atribuição do processo legislativo é do Congresso Nacional, que tem competência exclusiva para tanto (arts. 48 e 49 CF), não cabendo interferência de nenhum outro Poder.

Os membros do Poder Legislativo são eleitos pelo povo, que é quem lhes dá legitimidade para realizar o processo legislativo. Ao contrário, o Poder Judiciário, que tem a qualidade de “verdadeiro guardião da Constituição”, tem a “finalidade de preservar basicamente os princípios da legalidade e da igualdade, sem os quais, os demais se tornariam vazios”¹⁸.

Não são os juízes legitimados a editar regras jurídicas, e tampouco resultados ou soluções concretas para a aplicação de algum princípio de que se valem para decidir alguma questão. Para o vazio legislativo, o legislador constitucional previu a existência de ações constitucionais dirigidas em face da inércia legislativa, justamente com a finalidade de coagir a edição de regra regulamentadora.

O fato de serem os princípios espécie de normas jurídicas e de aplicação imediata não quer dizer que devam servir de substitutivo legislativo.

O que se pode questionar é se seria lícito, então, ao Judiciário, quando chamado a decidir uma questão na qual se verifica a omissão legislativa, se não estaria sendo omissor, no mesmo grau, pois não lhe é autorizado a negar a prestação jurisdicional fundado no fato de não haver regra regulamentar.

A possibilidade da judicialização das decisões e discussões a ela conexas parece-nos ser atribuição das instâncias que tenham competência para decidir matéria constitucional, isto não cabe aos juízes de primeiro grau ou Regionais, com fundamento na função normativa dos princípios, criar regras de aplicação a casos concretos. Imaginar que cada juízo tenha uma solução diferente a casos

17 *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 998.

18 MORAES, Alexandre. op. cit., p. 1276.

muitas vezes iguais ou semelhantes, ou que confrontem posicionamentos já pacificados pelos Tribunais Superiores, é violar, por outro lado, o princípio da segurança.

Princípios, ao contrário das regras, não possuem o efeito ou a solução gravados em seu enunciado. Possuem força e constituem o cerne, e de onde vertem as normas. Estabelecem, pode-se assim dizer, a natureza, a finalidade, a necessidade e o significado das normas. Daí ser admissível que se reconheça a ineficácia ou invalidade de uma regra em razão de estar ela em confronto com um princípio constitucional.

O Judiciário nacional tem, em determinados casos, mostrado uma posição ativista, o que não nos parece estar respaldado pela Constituição. Inspirados nas decisões da Corte Superior, Juízos de graus inferiores têm se mostrado animados a proferir decisões no mesmo diapasão, fato este que se torna perigoso e instável, considerando que os posicionamentos regionalizados aumentam o número de soluções diferentes a casos análogos. Por melhor que seja a intenção em se decidir o caso posto, finalidade esta do processo judicial, criar a solução não prevista sob o pretexto de se estar tutelando o direito fundamental pode estar a esconder, embora de forma não intencional, eventual ditadura da toga, o que ofenderia a formação da própria Constituição.

Qual seria a solução para as instâncias inferiores?

É razoável que se entenda que a Corte Superior, TST e STF, acenam no resultado de tais questões, direcionando o entendimento nacional sobre as matérias. Além de terem tais instâncias a competência para conhecer e julgar de forma definitiva matéria constitucional, uniformizam entendimentos em todo o território nacional, sem o risco das decisões variadas, incertas e, muitas vezes, confrontantes, pois é natural que a interpretação de um mesmo princípio possa não coincidir com avaliações feitas por duas ou mais pessoas que sequer discutiram sobre ela.

Quicá se cogitasse de estabelecer processo semelhante, *mutatis mutandis*, ao que se aplica no Processo Judiciário europeu, em que o juiz pode suscitar dúvida através da questão prejudicial em que seja necessária a manifestação do Tribunal em matéria de interpretação. Nestes casos, o andamento processual se suspende, os autos são remetidos ao Tribunal de Justiça Europeu, cujo processamento vem especificado no Regulamento de Processo daquele Tribunal. Nestas situações o Tribunal tem a possibilidade de se manifestar previamente sobre as constitucionalidades ou não das decisões e, desta forma, evitar os preenchimentos de lacunas por juízos singulares e o risco de causar inseguranças jurídicas.

DOCTRINA

Os princípios não proíbem e nem permitem nada. São normas que servem à realização de algo melhor nos limites e possibilidades do sistema jurídico de um país. Escudar-se neles para criar regras jurídicas preenchendo o vazio legislativo é, na verdade, desviar-se de suas funções e finalidades. O órgão concretizador da Constituição é sempre o legislador; “a alteração do conteúdo da lei através da interpretação pode levar a uma *usurpação* de funções, transformando os juízes em legisladores activos. Se a interpretação conforme a Constituição quiser continuar a ser interpretação, ela não pode ir além dos sentidos possíveis, resultantes do texto e do fim da lei”¹⁹.

Estão os juízes vinculados à lei e à Constituição mas, na condição de intérpretes e aplicadores daquelas normas, podem desaplicá-las todas as vezes que a lei se mostrar inconstitucional, sobretudo se tal mácula vier a violar direitos e liberdades fundamentais. É-lhes permitido, ainda, preencher os vazios legislativos completando as lacunas, mas desde que isso não importe na usurpação de suas funções e do próprio Poder.

Em se verificando que a lacuna da lei é intolerável, e representa uma violação direta a direitos e liberdades fundamentais a ponto de ser o Judiciário chamado a desempenhar um papel ativista ou judicializante, tal conduta deve ser reservada ao Tribunal Constitucional, não sendo razoável que as instâncias ordinárias sejam autorizadas a adotar tal conduta, sob pena de desvirtuar-se toda a compreensão que se tem acerca da teoria dos princípios e sua efetiva colocação no sistema jurídico.

19 Op. cit., p. 1.178.